

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ÁBNER LUCAS DE BARROS SANTANA

CARUARU
2016

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ÁBNER LUCAS DE BARROS SANTANA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade ASCES, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Bruno Viana.

CARUARU
2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/_____

Presidente: Prof. Bruno Viana

Primeiro Avaliador: Prof. Armando Andrade

Segundo Avaliador: Prof. Saulo Miranda

AGRADECIMENTOS

Agradeço primordialmente a Deus, sem o qual nada, nem mesmo a vida, seria possível;

Ao meu orientador, pelo tempo cedido e pela experiência compartilhada, e, também, todo o corpo docente da Faculdade ASCES, pela contribuição de forma direta ou indireta, em me oportunizar concluir mais uma etapa de minha vida;

Aos meus colegas que sempre me incentivaram e não me deixaram perder o foco;

À minha esposa, sempre presente e compreensiva;

Aos meus irmãos, meu pai e especialmente à minha mãe, que me auxiliou de forma decisiva, não só na conclusão deste trabalho, mas em todos os momentos em que necessitei de suporte.

Muito obrigado!

*“Pensamos demasiadamente e sentimos muito pouco.
Necessitamos mais de humildade que de máquinas.
Mais de bondade e ternura que de inteligência.
Sem isso, a vida se tornará violenta e tudo se perderá.”*

Charles Chaplin

RESUMO

O presente trabalho, utilizando-se de pesquisa bibliográfica de livros e artigos e pesquisa de jurisprudência, trata da evolução do Direito à Saúde no Brasil. Abordando suas peculiaridades e principais aspectos, desde os primeiros sinais da consagração do direito no país, à sua evolução a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, chegando no modelo de prestação Estatal atual dado, quase que totalmente, pelo Sistema Único de Saúde. No entanto, este último, muitas vezes, falha em atingir a eficácia total da prestação do direito à saúde, mesmo sendo este um direito resguardado constitucionalmente e possuindo competência de todos os níveis da organização da Administração Pública para sua prestação, ou seja, solidariamente da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Sob uma análise crítica verifica-se a utilização do Ativismo Judicial e da Judicialização para, em situações de necessidade, o paciente obter, de forma coercitiva pelo Poder Judiciário, a prestação do direito à saúde de forma diferenciada, seja pela particularidade do seu caso, seja pelo alto valor da demanda ou pela complexidade da mesma. Observam-se, também, os obstáculos da ferramenta utilizada, como o princípio da Reserva do Possível, a Separação dos Poderes e os problemas de cunho administrativo. A partir disso, constata-se a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nas demandas apreciadas e reconhecidas como de Repercussão Geral, no que concerne à saúde, e quais os princípios e motivos utilizados que convergiram ao entendimento daquele caso. Destarte, analisa-se o futuro do método utilizado, devido sua grande complexidade, para uma racionalização do que, por vezes melhora as condições dos utilizadores e salva suas vidas e, por vezes, se torna um problema, não só para a máquina administrativa, mas para os demais cidadãos não utilizadores do meio.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Constituição Federal; Sistema Único de Saúde; Efetivação; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study using bibliographical research of books, articles and case law research, deals with the evolution of the Right to Health in Brazil. Addressing its peculiarities and main aspects from the first signals consecration of law in the country, its development from the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, arriving at the State actual data providence model, almost entirely, by the Unified Health System. However, the latter often fail to achieve the overall effectiveness of the provision of the right to health, even though that is a right safeguarded constitutionally and having competence at all levels of the organization of the Public Administration for his performance, that is, solidarity of Union, states, municipalities and the Federal District. Under a critical analysis there is the use of Judicial Activism and Judicialization to in situations of need, the patient obtain from coercion by the Judiciary Power, the provision of the right to health in a different way, by the peculiarity of their case, either the high amount involved or the complexity of it. It is also observed some tool obstacles used, such the principle of the Possible Reserve, the Separation of Powers and the administrative nature of problems. From this, there has been the position taken by the Supreme Federal Court in demands appreciated and recognized as Rebound General, with regard to health, and what principles and reasons used that converged to the understanding of that case. Thus, it analyzes the future of the method used, because of their complexity, to a rationalization of that sometimes improves the conditions of users and saves their lives and sometimes becomes a problem not only for the administrative machine, but for other citizens not users of this way.

Keywords: Right to Health; Federal Constitution; Health Unic System; Effectiveness; Supreme Court Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. CAPÍTULO I – O DIREITO À SAÚDE E O ESTADO	11
1.1 A evolução do Direito à Saúde no Brasil	11
1.2 O Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988	17
1.3 A Lei do Sistema Único de Saúde	22
1.4 As competências na prestação do Direito à Saúde	28
2. CAPÍTULO II – O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	31
2.1 Ativismo Judicial e Judicialização	31
2.2 Limites à efetivação do Direito à Saúde	36
2.3 O Supremo Tribunal Federal como efetivador do Direito à Saúde	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O Direito, em sua totalidade, abarca diversas dimensões de grande complexidade, como a sociológica, política, cultural, econômica, histórica e ética, então, condensá-lo à norma e estatizá-lo é como impedir que esse fenômeno jurídico se faça presente na vida dos cidadãos de modo mais adequado e próximo da realidade. Entretanto, a norma pretende apenas prescrever condutas ou omissões, sendo, antes de tudo, um dever-ser sob o enfoque dogmático, não sendo possível dissociar os fatos naturais e culturais do fato jurídico em si, nem mesmo do fato executório propriamente dito.

Torna-se imprescindível que na busca pela justiça haja uma justificada e moralmente ilibada interpretação do caso *versus* norma, pelo intérprete. O Direito à Saúde, sendo este constitucionalmente elencado como direito social, não pode distanciar-se desta perspectiva, sendo necessária sua guarda tanto no âmbito individual quanto no coletivo, determinando as ações ou omissões necessárias ao bem estar social.

Percebe-se ao longo dos anos no Brasil uma crescente insatisfação mesclada com revolta no que se refere ao âmbito nacional da saúde, tanto pelos serviços prestados pelo Poder Público como pelas empresas privadas de diversas naturezas. Esse sentimento de falta de preocupação com o Direito à Saúde por seus prestadores, um direito tão básico a todo ser humano, postulado na Constituição da República Federativa do Brasil, a raiz jurídica norteadora da justiça em nossa nação, deixa a população cada vez mais angustiada com o futuro, pois, nem se valendo de um serviço privado, muitas vezes pago com sacrifício, pode viver livre de preocupação em relação a essa relevante necessidade.

O presente trabalho foi composto por pesquisas bibliográficas de livros, artigos, legislação e jurisprudência, buscando um arcabouço consistente para constatar, de maneira concisa, a problemática envolvendo a saúde nacional, tanto no âmbito legislativo quanto no administrativo e sua eventual judicialização como meio de receber a prestação que, por vezes, não se efetiva.

O primeiro capítulo é composto por quatro subtópicos, onde o primeiro aborda o conceito da própria saúde, toda evolução do direito à saúde no Brasil, desde os

acontecimentos mundiais que influíram na consolidação do mesmo, seguindo por suas primeiras manifestações no âmbito trabalhista até chegar na atualidade, sendo abordada, também, a relação do Estado e a respectiva prestação do direito. O segundo subtópico trata da evolução do direito à saúde a partir da Constituição Federal de 1988, destacando suas principais características como direito social e seus meios de efetivação na teoria, observando, ainda, os dispositivos pertinentes referidos ao direito à saúde na legislação em vigor. O terceiro subtópico versa sobre o Sistema Único de Saúde, explicando a necessidade de sua criação e o procedimento utilizado para tal ato, observando suas diretrizes e características principais e o modo de prestação ao cidadão adotado pelo Estado, visando a garantia do direito. O quarto subtópico traz informações sobre as competências, dentro dos níveis da Administração Pública, sendo essas a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, no que tange à prestação do direito à saúde, ou seja, trata das atribuições e funções de cada ente para atuar de forma passiva ou ativa, visando garantir a saúde e o bem-estar físico e psicológico dos cidadãos, detentores do direito.

O segundo capítulo traz informações sobre a questão da saúde no Brasil e a intervenção do Poder Judiciário, iniciando, no primeiro subtópico, pelo Ativismo Judicial e Judicialização, fazendo um aporte conceitual de cada ferramenta e trazendo suas diferenças para uma melhor compreensão da problemática. O segundo subtópico traz os limites impostos pela Legislação e pela Administração na efetivação total do direito, quando este é pleiteado pela via judicial, tais quais o Princípio da Reserva do Possível, da Separação dos Poderes e críticas sobre o discernimento dos julgadores quanto à temática do problema, sendo esta, preponderantemente administrativa e de cunho medicinal. Por fim, elucida-se a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), trazendo demandas relacionadas ao direito à saúde que obtiveram reconhecimento de Repercussão Geral, pois o tema trazia a mesma discussão de diversas ações existentes, nas quais se analisa a posição dos julgadores e os princípios e motivos utilizados em sua argumentação, para esclarecer o entendimento da Suprema Corte e aferir a efetividade da ferramenta utilizada.

Por meio deste trabalho, se busca uma racionalização do problema, que é extremamente complexo, para uma justificativa e uma legitimação ao ato de se

utilizar o Judiciário para exigir a prestação de um direito, pois além das problemáticas legislativas e administrativas, o que está em jogo é a vida e a saúde dos cidadãos, que, mesmo sem querer ou perceber, estão em um polo oposto à vida e à saúde de outro cidadão.

Então, é necessário que haja uma discussão para entender melhor as nuances da problemática em relação ao direito, sua efetividade e a crescente judicialização. Também verificar o próprio sistema prestador dos serviços de saúde, estudando suas peculiaridades, para buscar uma possível solução ou adequação do que está sendo constantemente prejudicado ou distorcido a algo mais coerente, de modo que se torne mais concreto e seguro, melhorando, assim, a efetivação do direito.

CAPÍTULO I – O DIREITO À SAÚDE E O ESTADO

1.1 A evolução do Direito à Saúde no Brasil

O Direito, como ciência, busca uma maior aproximação da realidade fática no tempo/espaço onde estiver inserido, sempre se adequando à valoração e aos ideais do mesmo momento, sendo, desta maneira, inerente para uma melhor compreensão dos fatos a que se pretende analisar ou julgar. Neste entendimento, versa o notório Miguel Reale (1990):

Ciência do Direito é sempre ciência de um *Direito positivo*, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual. Assim é que o Direito dos gregos antigos pode ser objeto de *ciência*, tanto como o da Grécia de nossos dias.

Como referência da palavra direito tem-se a “ciência do direito”, um ramo do conhecimento humano que tem como objeto de estudo um sistema de normas que regulam o comportamento dos homens em sociedade. A saúde, definida como direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais, pois as normas jurídicas representam as limitações às condutas nocivas para a vida social (SILVA, L. P., 2011).

Souza (2010) refere-se à saúde como componente da vida, intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo a dignidade, qualidade intrínseca de cada ser humano, que traz como consequência o respeito e a consideração por parte do Estado e da comunidade. Assim sendo, o direito à vida e à saúde são consequência da dignidade humana, significando que o ser humano tem direito a uma vida digna.

A saúde, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto de preocupação da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: "*Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença*". Ainda Silva, L. P. (2011) ressalta que o Direito à Saúde começou a tomar forma a partir do final das duas grandes guerras mundiais do século XX quando a sociedade remanescente, estando carente de recursos econômicos, descrente na forma de organização social e alijada de seus líderes, sentiu a necessidade de promover um pacto, o qual se concretizou na Organização das Nações Unidas, que por sua vez fomentou a Declaração

Universal dos Direitos do Homem, em 1948, incentivando simultaneamente a criação de órgãos especiais dedicados a garantir alguns direitos considerados essenciais à pessoa humana.

Schwarz (2012) afirma ter sido a Declaração Universal dos Direitos Humanos o documento que se pode considerar como uma notória conquista contra a discriminação e defensor da igualdade e dignidade das pessoas, por reconhecer que a aplicação dos direitos humanos e as liberdades devem abranger a todas as pessoas. Em nosso país, a Declaração foi ponto de referência para que se iniciasse uma luta para a efetivação do direito à saúde.

Pereira e Nelson (2012) ressaltam que na 8ª Conferência Nacional de Saúde em 1986, a qual teve ampla participação da população nas discussões, o conceito de saúde foi ampliado, ficando então definido que: “Saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde”.

A partir deste novo conceito, pode-se inferir que a qualidade de vida interfere decisivamente para se gozar de saúde, sendo então, os estados de pobreza e de exclusão dificultadores do acesso à saúde. Também se pode defender que uma vida mais saudável pode ser proporcionada por políticas sociais e econômicas que garantam desenvolvimento econômico sustentável e justa distribuição de renda, diminuindo o risco de adoecimento.

Elias (2004) relata que as intervenções estatais mais eficazes no Brasil no setor da saúde iniciaram no período da República Velha (1889 - 1930), mesmo que acontecendo de certa maneira desde o fim do Período Colonial (1530 - 1815). No Brasil, apesar de serem notados alguns exemplos na dimensão coletiva da saúde, é na dimensão individual que a relação Estado/saúde apresenta melhor a sua especificidade.

Ainda conforme ressalta Elias (2004), a Lei Elói Chaves, que consolidou a base do sistema previdenciário brasileiro, editada em 1923, foi um marco significativo no princípio da intervenção estatal na assistência à saúde no Brasil. Nesse período o Estado Social já se consolidara na Europa, e após as movimentações operárias de 1910 a 1920 o governo nacional, refletindo o que já acontecia na Europa, começou a regulamentar as aposentadorias, pensões e

assistência médica, submetendo então esta política pública à lógica setorial corporativa. Mas no Brasil tal política não se realizou incluindo o conjunto dos trabalhadores, e sim somente aqueles vinculados aos polos mais dinâmicos da economia da época (ferroviários e portuários), sem a participação de recursos fiscais do Estado, com o financiamento ocorrendo, desta maneira, por desconto compulsório na folha de salário. Pode-se perceber, conforme Elias (2004) que:

A assistência médica previdenciária surge no Brasil mercantilizada sob a forma de seguro, no qual a garantia do acesso aos serviços de saúde é feita com pagamento mediante desconto compulsório, ao mesmo tempo em que se estrutura um sistema urbano de assistência quando a maioria da população era rural.

Essa estruturação da saúde concorre para o padrão de regulação social denominada por Santos, W. G. (1979) de cidadania regulada, mantendo-se praticamente intacta até o final dos anos 80, apesar desse modelo, segundo Elias (2004) ter chegado em seu auge, de forma centrada na lógica setorial, nos anos 30 e 40, ocorrendo de início com a estruturação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs por categoria profissional, o que possibilitou um duplo padrão na relação público/privado, pois manteve a contribuição compulsória sobre a folha de salário e a vinculação ao trabalho formal. Ainda de acordo com Santos, W. G. (1979), a poupança previdenciária, servindo de base para a reprodução do capital pela via da assistência à saúde, marca o sistema previdenciário brasileiro, que inicia assim seu processo de mercantilização, havendo desta maneira, como leciona Elias (2004), a extensão do modelo setorial aos trabalhadores do setor público através dos sistemas de previdência fechados nas diferentes esferas de governo nos anos 40.

Segundo Cohn (1980), a criação do Instituto Nacional da Previdência Social – INPS, no período pós-golpe militar de 1964, marcou a configuração público/privado na saúde como expressão da sua mercantilização, tornando-se um eminente instrumento potencializador da dinâmica de acumulação no setor, com a implementação de políticas voltadas para o setor privado da saúde.

Com o Estado ocupando-se da função de organizar a clientela, financiar a produção de serviços e subsidiar o investimento privado para ampliação da capacidade instalada, esse novo ajuste elucida a organicidade da relação Estado/saúde, convergindo aos interesses dos produtores privados (COHN, 1995).

Elias (2004) argumenta que tal processo sociopolítico e histórico gera a privatização precoce do sistema de saúde brasileiro, com a consequente estruturação da produção de serviços de saúde em moldes privados e lucrativos.

Percebe-se que o direito à saúde começou sendo garantido apenas para os que contribuíam para a previdência social, e o atendimento à população se dava somente por meio de assistência beneficente, carecendo de discussão política acerca do tema tratado.

Conforme Schwarz (2012), surgiram vários movimentos para colocar em pauta o tema tão importante para a população.

Uma renovação no setor privado de saúde brasileiro se acentuou ao final dos anos 80, com o fechamento do ciclo de industrialização facilitado pelo projeto nacional desenvolvimentista, que orientou a ação estatal desde a década de 30, como relata Elias (2004).

De acordo com Elias (2004), com a saída da ditadura militar e uma identificação do projeto econômico do país acontecendo simultaneamente, a noção de seguridade social é consagrada na Constituição Federal, marcando um importante ponto de modulação nas Políticas Públicas de saúde em vigor, deslocando a noção de seguro social, vigente desde os anos 20, pela de seguridade, tornando, desta maneira, o acesso pleno ao sistema de saúde independente da renda, buscando-se garantir um novo padrão de cidadania. Neste momento surgem tensões e conflitos, pois a exigência da desmercantilização da saúde torna-se, ao mesmo tempo, ponto de apoio para a redefinição das políticas públicas e de confronto com a realidade do acelerado processo de mercantilização da saúde como tendência mundial, expressando-se, no Brasil, com o rápido crescimento do sistema privado de saúde. Contudo, segundo Oliveira, F. (1999), o novo ajuste fiscal do Estado, no início dos anos 90, resultou em um avassalador "desfinanciamento" das políticas sociais e, principalmente, das de saúde.

Schwarz (2012) ressalta que com a participação do país na 8ª Conferência Nacional de Saúde em 1986, com o tema "A Saúde, direito de todos e dever do Estado", foi dada abertura aos dispositivos promulgados na Constituição de 1988, sendo uma novidade no sistema jurídico ao trazer à tona a discussão sobre o Direito à saúde. Criado também o Sistema Único de Saúde (SUS), norma de conteúdo programático regulamentada pela Lei 8.088/90, regeu a aplicação de um direito

previsto na Constituição, trazendo ao conhecimento da sociedade a ideia de que o atendimento sendo unificado, poderia ser igualitário e universal, abrangendo a vigilância e promoção da saúde.

Com essa nova forma de abordagem e tratamento, o Direito à Saúde entra em um novo momento no país, pois observa-se a preocupação do Estado para um tratamento isonômico em relação aos cidadãos e a busca em assumir a efetivação do mesmo direito de forma mais abrangente e eficaz.

Nesse momento histórico o SUS surge cercado pela disposição da relação Estado/sociedade, sendo, logo inicialmente afetado pelos atuais problemas da administração estatal, devido ao acolhimento da mercantilização da saúde, este dado pela regulamentação do sistema privado de saúde (planos e seguro-saúde), pela ótica do consumidor completamente à margem do SUS, pela adoção de parâmetros de gestão permeados pela noção de custo/efetividade ou custo/benefício e pela notável insuficiência do repasse financeiro em relação aos compromissos previstos na Constituição Federal para a área da saúde (COHN; ELIAS, 2003).

Oliveira, F. (1999), elucida que além dos citados problemas enfrentados pelo Estado, somam-se os já tradicionais expressos pelo patrimonialismo, pela persistência de um padrão infenso a qualquer forma de controle público, pela reprodução das iniquidades sociais nas políticas públicas, pela ineficiência social da máquina pública e por suas debilidades na regulação de áreas e setores estratégicos para a emancipação social, com o objetivo de mitigar a imensa dívida acumulada com amplos setores da população.

Segundo Elias (2004), “como construção política e histórica, vinculado ao projeto de desenvolvimento do capitalismo, o SUS permeia e é permeado por essas contradições em sua trajetória de afirmação como política pública”.

Essa afirmação estende-se até a atualidade. Entretanto, nota-se uma evolução da prestação Estatal para com o cidadão, mas, uma evolução que ainda não atingiu as proporções adequadas à demanda.

O direito à saúde, conforme Silva, L. P. (2011), é um direito público subjetivo, um bem jurídico constitucionalmente tutelado, cabendo ao poder público formular e implementar políticas sociais e econômicas no sentido de garantir o acesso universal e igualitário à assistência nessa área. É, portanto, um direito que não pode ser simplesmente transformado numa promessa institucional.

Zanobini (apud Cretella Júnior, 1993) argumenta que:

nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde [...] Para o indivíduo, saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. [...] Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Elias (2004) argumenta que somente com a formulação de políticas voltadas à desmercantilização da saúde se criam as condições para a construção de uma nova e potente consciência sanitária, fundada na noção da saúde como necessidade social a ser provida nos marcos da regulação estatal e, portanto, em contraposição ao ideário corrente da saúde como bem a ser satisfeito nos parâmetros de mercado. São, portanto, providências demandadas para a efetivação da saúde conforme os ditames constitucionais.

A real liberdade necessária ao direito à saúde, como direito subjetivo, está atrelada ao grau de desenvolvimento do Estado, conforme enfoca Silva, L. P. (2011), e, no que concerne aos aspectos sociais, o direito à saúde prioriza a igualdade, com a garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam, levando em conta, também, que para a preservação da saúde da coletividade se faz mister que ninguém impeça outrem de procurar seu bem estar ou provoque o seu adoecimento, sendo de suma importância a participação de todos os indivíduos no processo. Baseando-se nesse pensamento foram criadas as normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente e das condições de trabalho.

Sobre a opinião do cidadão brasileiro em relação à saúde no país, chama a atenção um recente relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), de 2013, chamado Relatório de Desenvolvimento Humano, que coletou e analisou dados e entrevistas de pessoas em 126 diferentes países entre os anos de 2007 e 2009, feitas pelo instituto Gallup, abordando diversos assuntos e fatores da vida dos cidadãos em relação a seus países. A partir daí criou diversos rankings em diferentes comparações, sendo um deles “a satisfação com o sistema de saúde do seu país”, o qual o Brasil atingiu a 108ª posição, com um índice de 44% de aprovação da população, muito atrás do índice da América Latina, que é 57% e ainda mais distante da média mundial, de 61%. Na América Latina nenhum país teve

um índice tão baixo quanto o Brasil, exceto o Haiti, com 35%, e países como o Uruguai (77%), Venezuela (75%) e México (69%), consideram o serviço de seus países melhor que o da população brasileira, e, no resto do mundo, o país ficou atrás de países como Afeganistão (46%), Serra Leoa (46%), Camarões (54%) e Senegal (57%).

Santos, L. (1997), ao reconhecer serem muitos os fatores que interferem na saúde do indivíduo e da coletividade, enfatiza que o direito à saúde não implica apenas o acesso a serviços assistenciais, na oportunidade de se cuidar da doença. Mas abrange o direito a não adoecer devido a causas cuja regulação compete ao Estado, através de intervenções nos fatores que podem desencadeá-las, a denominada cadeia causal, a qual inclui o meio ambiente de moradia e de trabalho, a instrução, a evitação e combate a propagandas nocivas, o controle de agrotóxicos, entre outros. Cabendo também à sociedade e ao indivíduo a responsabilidade pela saúde, evitando risco de doenças ao adotar medidas preventivas ao seu alcance, sendo o Estado responsável por estimular a formação de uma consciência de dever e responsabilidade individual e social pela saúde.

Conforme elucidado, apesar de o Estado, perante a Constituição Federal, ser o garantidor da prestação de serviços relativos à saúde, a subjetividade do indivíduo tem um papel de importância equivalente, pois sua conduta afeta não somente a si, mas pode, certamente, atingir um grupo de pessoas, gerando, desta forma, uma certa insegurança natural ao sistema, o que dificulta o alcance da eficácia, não obstante, contudo, a obrigação estatal. A partir disso vislumbra-se a necessidade de uma evolução do sistema, com uma atualização de maior rapidez em relação à demanda, tanto no que tange à quantidade quanto na qualidade desta, ou seja, na prestação do serviço adequada ao caso concreto individual.

1.2 O Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988

Embora as Constituições brasileiras do passado não tenham sido totalmente omissas quanto à questão da saúde, pois apresentavam normas tratando dessa temática, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, apresentando uma sessão específica para o tema, tratando-a como direito social fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto

constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos. Assim, Ladeira (2009) leciona que “o reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito”, que visa assegurar o direito à igualdade em aspectos formais e materiais.

O direito à saúde evoluiu e ganhou seu devido lugar de destaque, ou seja, o ápice do ordenamento jurídico nacional, quando se consagrou um direito fundamental da pessoa humana na nossa Constituição Federal de 1988, fazendo parte do seu artigo 6º. Assim, segundo Sarlet (2002), possuindo uma dupla fundamentalidade formal e material no âmbito jurídico-constitucional, sendo a primeira ligada à posituação do Direito, por integrar a Constituição escrita como norma fundamental e integrante das “cláusulas pétreas” e definidora de direitos e garantias fundamentais, vinculada a todos e, a segunda, pelo bem jurídico que ela tutela, que é de importância inquestionável.

Além de direito do cidadão, o Direito à Saúde obteve uma condição de “dever” estatal, pelo artigo 196 da Constituição da República Federal, que versa: “a saúde é direito de todos e dever do Estado...”, tornando sua efetivação uma obrigação do Poder Público, instituindo, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (SCHWARTZ, 2001).

Os direitos fundamentais, conforme Souza (2010), podem ser classificados em três dimensões, os quais englobam os direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de cada Estado, considerados de extrema importância no Estado Democrático de Direito, a saber: direitos de cunho negativo, direitos de cunho positivo e direitos de titularidade difusa ou coletiva. A primeira dimensão, dos direitos de cunho negativo, passíveis de uma abstenção estatal, como o direito à vida e à igualdade perante a lei, é ainda composta por um rol de liberdades e pelos direitos de participação política. Neste sentido Bonavides (1997) elucida: “cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental”. A segunda dimensão é a que engloba os direitos de cunho positivo, ou seja, que ensejam uma prestação do Estado, dentre os quais estão o direito à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho. Por fim, a terceira dimensão, refere-se a direitos que trazem como característica o fato de serem direcionados à proteção de grupos humanos,

sendo por isso chamados direitos de titularidade difusa ou coletiva, estando incluídos dentre esses o direito à paz, ao meio ambiente e à qualidade de vida. Ainda há referência a uma quarta geração de direitos fundamentais, resultantes da globalização dos direitos fundamentais no sentido de uma universalização no plano institucional, englobando o direito à democracia (democracia direta), à informação e ao pluralismo. (SOUZA, 2010).

A efetivação do direito à saúde, ainda segundo Sarlet (2002), dá-se em duas dimensões, a negativa (primeira), de forma subsidiária, que põe a saúde como direito de defesa, ou seja, a proteção para que não haja interferência negativa na saúde do detentor do direito, e a positiva (segunda), que visa garantir a prestação pública, e eventualmente particular, de serviços para a manutenção da sua saúde, tais como um tratamento médico, exame laboratorial, internação hospitalar, cirurgias, obtenção de medicamentos.

A partir dessa segunda dimensão, ou seja, a positiva, surge a legitimidade de reivindicação dos cidadãos em prol da prestação do Estado pela busca do cumprimento efetivo do direito. Neste entendimento, Bontempo (2005) afirma que “os direitos sociais são, por conseguinte, sobretudo, endereçados ao Estado, para quem surgem, na maioria das vezes, certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”.

De acordo com o princípio da universalidade, o direito à saúde é conferido a todos por serem pessoas, não impedindo porém, que haja diferenciações na aplicação prática da norma, especialmente quando contrabalançada com o princípio da igualdade. Trata-se de um princípio, a titularidade universal do direito à saúde, associada aos direitos à vida e à integridade física e corporal. Mesmo priorizando-se uma proteção processual coletiva no campo da efetivação do direito à saúde, não se pode negar a condição de direito de titularidade individual ao direito à saúde (SARLET; FIGUEIREDO, 2011).

Piovesan (2010), observado o contexto normativo, elucida que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de estabelecer os direitos sociais em seu artigo 6º, apresentou um amplo leque de normas que apontam para a necessidade da criação de diretrizes, programas e afins a serem adotados pelos Entes Públicos e pela coletividade.

O direito à saúde concretizou-se relevante pela sua eminência e evidente ligação com o direito à vida e o princípio da dignidade humana, tal como Schwartz (2001) cita: “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida”. Da mesma maneira Souza (2010) entende que: “a saúde é componente da vida, estando umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, pode-se dizer que o direito à vida e à saúde são consequências da dignidade humana”. Ainda sendo importante perceber que “o direito à saúde é direito à vida, pois a inexistência de um leva, inevitavelmente, ao fim da outra” (PARANHOS, 2007).

O direito à saúde está presente, mesmo que implicitamente, em diversos artigos da Carta Constitucional de 1988 a saber: artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 34, 35, 127, 129, 133, 134, 167, 170, 182, 184, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 219, 220, 225, 227, 230 e 241.

Dentre os artigos constitucionais supracitados, é importante o esclarecimento de que no artigo 6º, é elencado como direito social, sendo, também, dessa maneira confundido com direito fundamental à vida. Esse direito é tratado sob diversos aspectos dentro da Constituição. No artigo 7º há dois incisos: o IV, que determina que o salário mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, e o XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

No artigo 23, inciso II, há previsão que todos os entes da Federação, quer seja a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, devendo também legislar sobre a defesa da saúde, pelo artigo 24, inciso XII a União, os Estados e o Distrito Federal e, para os municípios, pelo artigo 30, inciso I. Já o artigo 30, inciso VII, confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Com a adição da alínea “e” ao inciso VII do artigo 34 pela Emenda Constitucional 29, de 13/09/2000, é possível a intervenção na União, nos Estados e no Distrito Federal se não for aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais nas ações e serviços públicos de saúde, e, em relação aos

municípios, houve a modificação do inciso III do artigo 35, que possibilita intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Ressalvou-se, ainda, por força da EC 29/00, que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (artigo 167, inciso IV).

O artigo 196 garante a todos os cidadãos brasileiros o direito à saúde, versando: “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 a promoção, proteção e recuperação”.

O artigo 197 reconhece a relevância pública das ações e serviços de saúde e diz que o Poder Público deve regulamentar, fiscalizar e controlar, sendo os serviços prestados diretamente ou por terceiros, sendo pessoa física ou jurídica de direito privado. O artigo 129, inciso II, prevê como atribuição do Ministério Público o zelo pela efetiva prestação e respeito aos serviços de relevância pública garantidos pela Constituição.

O artigo 198 estruturou o Sistema Único de Saúde (SUS) em uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada de acordo com as diretrizes: universalidade, equidade e integralidade. No artigo 200 existe uma enumeração das atribuições, além de outras, do Sistema Único de Saúde, tais como controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador e ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde.

O artigo 208, inciso VII, incluiu a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental. No artigo 220, § 3º, inciso II, há a previsão da possibilidade de, por meio de lei federal, ser restringida a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O artigo 227 determinou que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde.

Ainda há menção ao direito no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como a do artigo 53, inciso IV, que assegurou aos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial e seus dependentes a assistência médica e hospitalar gratuita, e também nos artigos 55 e 77, que versam sobre percentuais mínimos de alocação de recursos para o setor de saúde ou tratam do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, esse, criado pela Emenda Constitucional nº 31, de 14/12/2000, a qual tem foco em viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, pelas ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Silva, L. P. (2011) comenta que as normas constitucionais referentes à saúde possuem eficácia jurídica, podendo ser utilizadas para fundamentar ações judiciais ou decisões concernentes à realização do direito à saúde. Há várias possibilidades de concretização judicial desse direito, principalmente se houver a consciência do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, entretanto, existem os limites, já que em uma democracia não há direitos absolutos. Percebe-se o esforço do Poder Legislativo em efetivar as ações e programas nesta área. A dificuldade está em promover a aplicação do direito à saúde, extraíndo na norma constitucional sua eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhes são impostos.

Na incumbência de dar efetividade aos vários direitos sociais, inscritos na Constituição Federal, o Poder Judiciário tem sido convocado a se manifestar continuamente, pois as omissões ou a falta de estrutura da administração pública em termos de saúde maculam, ainda mais, os cidadãos que mais necessitam do sistema público. Essa possibilidade de exigência mediante o sistema judiciário tornou-se real pela positivação de tais direitos, fazendo com que, diante da precária situação individual, e pela difusão de experiências positivas, aumentasse cada vez mais a busca pela efetivação do direito à saúde pela via que estava, de fato, garantindo-o em casos mais específicos, a via judicial.

1.3 A Lei do Sistema Único de Saúde

A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) foi fundamentada na concepção de que o direito à saúde é universal, ou seja, deve abranger o atendimento aos

cidadãos, independentemente de serem filiados à Previdência Social, dependentes de caridade, de comprovação da condição de miserabilidade ou, ainda, de disporem de recursos financeiros suficientes. É o que ressaltam Cambi e Boff (2015), acrescentando que a solidariedade e a democracia fundamentam a concepção de seguridade social, devendo prevalecer a igualdade de todos, à saúde, devido à sua grande relevância. Consequentemente, houve a edição da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a LOS – Lei Orgânica da Saúde, complementada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, as quais regulamentam o Sistema Único de Saúde (MALLMANN, 2012).

Conforme Elias (2004), o SUS começou a ser efetivado com a implementação da Norma Operacional Básica - NOB 01-93, que marcou um ato de vontade política do movimento pela municipalização da saúde, sendo simbolicamente intitulada de "A ousadia de cumprir e fazer cumprir a Lei". Além disso, com a efetivação da NOB 01-96 a partir de 1998, as transferências financeiras do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais e municipais foram ampliadas, caracterizando uma descentralização da saúde pelo determinado grau de autonomia dos entes.

No Brasil, O Sistema Único de Saúde se tornou a maior política pública de saúde já formulada, objetivando atender as necessidades locais da população e cuidar de questões que influenciam na verificação da saúde, como o meio ambiente, a vigilância sanitária, as ações de saneamento básico, o incremento e desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação na sua área, a fiscalização de alimentos, entre outros (COHN; ELIAS, 2003).

Cambi e Boff (2015) ressaltam ter sido o SUS uma conquista social, advindo de uma organização da sociedade, com a mobilização de profissionais da área da saúde, sindicatos, trabalhadores e entidades comunitárias, com o intuito de satisfazer a coletividade por meio da viabilização e estruturação do atendimento à saúde. Assim, a criação do SUS não se deve especificamente a nenhum governo ou partido político, já que até antes do mesmo ser criado, o direito ao atendimento médico se restringia aos que usufruíam de boas condições financeiras ou eram trabalhadores com carteira assinada.

Sarlet e Figueiredo (2011) alegam que a objetivação do direito à saúde toma dimensão significativa por meio da institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), ao assumir a condição de autêntica garantia institucional

fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira. Acrescentam que tal institucionalização foi fruto de reivindicação da sociedade civil organizada, destacando-se nesse sentido o Movimento de Reforma Sanitária ocorrido antes da elaboração do texto constitucional; resultou também de evoluções decorrentes de experiências anteriores frustradas e sobretudo deve-se considerar que o SUS foi estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988. Conseqüentemente, tornou-se protegido pela tutela constitucional protetiva, na condição de instituição pública.

Segundo Silva, J. A. (2007), o SUS é integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O Sistema Único de Saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelo princípio da descentralização.

A estrutura do SUS engloba Comissões, Conselhos, Gestores e profissionais de saúde nos âmbitos federal, estadual e municipal (CAMBI; BOFF, 2015).

De acordo com Silva, J. A. (2007), o Poder Público elegeu a criação do SUS como forma para a efetivação da saúde e suas nuances formais e materiais no âmbito nacional, proporcionando ações baseadas nos princípios e diretrizes adotadas, sendo essas trazidas pelo artigo 7º da Lei n 8.080/90, dentre os quais: a) a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; b) a integralidade da assistência; c) a igualdade da assistência à saúde, ou seja, equidade.

Sarlet e Figueiredo (2011) enfatizam como princípios informadores do SUS: unidade, descentralização, regionalização e hierarquização, integralidade e participação da comunidade.

Explicando cada princípio, os autores supracitados alegam que o princípio da unidade, significa que o SUS é um sistema único e unificado, decorrendo que os serviços e as ações de saúde, públicos ou privados, devem basear-se e se desenvolver sob as mesmas políticas, diretrizes e comando. Um só sistema vem estabelecer que as ações e os serviços de saúde englobam e devem partir de um

único planejamento (mesmo organizado nos níveis nacional, regional, estadual, municipal) e levar a uma única direção.

O SUS é formado por uma rede regionalizada e hierarquizada, permitindo essa atuação regionalizada, a adaptação das ações e dos serviços de saúde ao perfil epidemiológico local, sintonizando não só com as diretrizes da Organização Mundial de Saúde, mas adequando-se às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, além de, de certa forma, adequar-se à tradição municipalista brasileira. A municipalização sendo o principal meio de efetivação das diretrizes de descentralização e regionalização do SUS, considerando-se, porém, a necessidade de aperfeiçoamentos e ajustes visando assegurar o equilíbrio na distribuição dos recursos de saúde.

Sarlet e Figueiredo (2011) acrescentam que as regras constitucionais de distribuição de competências no âmbito do SUS, e também sua regulação normativa em nível infraconstitucional (leis, decretos, portarias) são embasadas pelos princípios da descentralização, regionalização e subsidiariedade. Assim sendo, a União atua em caráter supletivo e subsidiário, pois a responsabilidade pelas ações e pelos serviços de saúde, incluindo o fornecimento de bens materiais, cabe primordialmente aos Municípios e aos Estados. Os princípios da subsidiariedade e da eficiência indicam que as ações e os serviços de saúde devem ser executados por quem possua as condições para efetivar mais e melhor o direito à saúde. Assim, a atuação direta da União se dá apenas em algumas situações específicas, sendo priorizada a harmonização prática entre os princípios constitucionais.

Ainda de acordo com Sarlet e Figueiredo (2011), o princípio da integralidade de atendimento define que a cobertura por parte do SUS deve ser a mais abrangente possível, não se deixando de considerar os limites, principalmente técnicos. Nesse sentido, as ações e os serviços de saúde devem ser considerados como um todo, harmônico e contínuo, sendo ao mesmo tempo articulados e integrados em todos os aspectos (individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional) e níveis de complexidade do SUS.

A aplicação da assistência à saúde em níveis crescentes de complexidade indica a hierarquização. Vem significar que os serviços de saúde são organizados e distribuídos a partir dos mais simples aos mais altos níveis de complexidade, começando pelas ações de atenção básica, comuns a todos os Municípios,

passando pela assistência de média e alta complexidade, situadas em Municípios de maior porte, até chegar aos serviços de grande especialização, disponíveis apenas em alguns grandes centros do país. O acesso aos serviços de saúde deve, de acordo com o caso concreto, isentando-se os casos de urgência, obedecer ao princípio da hierarquização.

Sarlet e Figueiredo (2011) ainda enfatizam os princípios da precaução e da prevenção, intimamente ligados às noções de eficácia e segurança. Alegam a importância de se dar prioridade às atividades preventivas, incluindo-se as ações de medicina preventiva e recomendando mais amplitude às ações de vigilância e polícia sanitária, comportando as medidas voltadas à prestação de saneamento básico e à garantia de um ambiente sadio e equilibrado.

Quanto à participação da comunidade, Sarlet e Figueiredo (2011) citam que esta se dá de forma direta e indireta, na definição e no controle social das ações e políticas de saúde. Tal participação acontece através dos representantes da sociedade civil junto às sucessivas Conferências de Saúde, que têm competência para fazer proposições às políticas de saúde em cada um dos níveis da federação; ante os Conselhos de Saúde, atuantes no planejamento e controle do SUS, também criando um canal para a participação popular, com a análise de propostas e denúncias; e, ainda, no âmbito das agências reguladoras (Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, Câmara de Saúde Suplementar da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, Conselho Nacional de Meio Ambiente - Conama etc.).

Através da participação na organização e no procedimento, evidencia-se o lado democrático-participativo do direito à saúde, acentuando uma dimensão especial dos direitos fundamentais, em que os próprios indivíduos se envolvam no processo de definição das políticas públicas de saúde, intervindo para a efetivação desse direito fundamental e depois exercendo o controle social sobre as ações executadas.

Moraes (2005) descreve que na Magna Carta está previsto que o SUS será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§ 1º, artigo 195, CRFB/88), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§ 2º e § 3º do referido artigo). O artigo 199 versou sobre a faculdade da iniciativa privada em dar assistência à saúde, podendo esta participar

de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo as diretrizes previstas em lei. Em complemento, o artigo 195, §10 da CRFB/88, incluído pela Emenda Constitucional n° 20/98, determinou que

A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o Sistema Único de Saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

Sendo, conforme Cambi e Boff (2015), a elaboração de planos de saúde, em todas as esferas do governo, o alicerce para o planejamento, execução e financiamento das ações de saúde no Sistema Único de Saúde. Estes, regulamentados pelo artigo 36 da Lei 8.080/1990, o qual define o processo de planejamento e orçamento do SUS de forma vertical, indo do nível local até o federal, analisando-se as informações prestadas pelos respectivos órgãos deliberativos e racionalizando as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

O artigo 36, § 1º, da Lei 8.080/1990 traz a informação que a base das atividades e programações, ou seja, os planos de saúde de cada nível de direção do SUS, terão seu financiamento previsto na respectiva proposta orçamentária, sendo vedada, mediante o § 2º do artigo 36, a transferência de recursos, salvo em situações de emergência ou calamidade pública, para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde (CAMBI; BOFF, 2015).

São diversos os pontos de vista, ainda segundo Cambi e Boff (2015), quanto à compreensão do SUS, pois, em geral, para os profissionais da saúde, é um sistema que remunera mal; para o cidadão comum, ressalta-se a espera por atendimento, tendo que enfrentar longas filas; todavia, na visão dos gestores públicos, há falta de recursos suficientes para atender dignamente o enorme volume de usuários; e, finalmente, para os que dispõem de recursos financeiros, é um serviço destinado a atender os que não têm condições de pagar um plano de saúde. Mas não se pode deixar de considerar que a saúde pública é um direito fundamental reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desta maneira, pode-se afirmar que o SUS constitui uma política pública cujo princípio fundamental é a consagração da saúde como direito universal, entretanto, no momento atual, ele divide o espaço com um sistema privado paralelo que, de

certo modo, acaba suprindo as omissões do sistema, mas faz com que um outro problema, o da desigualdade social, evidencie-se ainda mais, pois os menos providos de recursos não tem outra opção a não ser aderir aos, muitas vezes precários, recursos providos pelo Estado.

1.4 As competências na prestação do Direito à Saúde

O artigo 196 da Carta Magna evidencia claramente o Estado como o devedor, ou seja, prestador basilar na efetivação da saúde, que é direito de todos de forma gratuita, visto que o país se encontra em regime democrático, o qual busca a justiça social, estando o direito à saúde, estritamente ligado a esta última.

Sarlet e Figueiredo (2011) enfatizam ser o Estado o sujeito passivo principal do direito à saúde, assim como dos demais direitos fundamentais sociais. É de sua competência a realização de medidas destinadas à proteção da saúde das pessoas, tornando efetivo o direito em sua dimensão negativa (especialmente no sentido de não-interferência na saúde dos indivíduos) e positiva (organizando instituições e procedimentos voltados à assistência individual e coletiva da saúde, providenciando o atendimento dos deveres de proteção, fornecendo diretamente os bens materiais necessários à prestação da assistência à saúde). Não excluindo a eficácia do direito à saúde na esfera das relações entre particulares, revelada tanto indiretamente, por intermédio da prévia intervenção dos órgãos estatais, como diretamente, como por exemplo, através das normas de proteção ao trabalhador, tradicionais no direito constitucional de nosso país.

Como a saúde nacional é tratada operacionalmente pelo Sistema Único de Saúde, percebe-se que cada esfera governamental assumiu obrigações dentro do sistema para melhor eficiência no atendimento das políticas públicas de saúde, observando-se, para tanto, a condição de gestão em que cada ente federado está enquadrado, os quais deverão cumprir funções e competências específicas e articuladas entre si, caracterizando os três níveis de gestão (CASTRO; LINO; VIEIRA, 2008).

Segundo Cretella Júnior (1993), a partir da descentralização estabelecida pelo governo com a implementação do SUS, ficou determinada a “transferência de atribuições em maior ou menor número dos órgãos centrais para os órgãos locais”.

Tanto na Constituição Federal quanto na Lei 8.080/90, como elucida Humenhuk (2004), observa-se que o cidadão pode exigir do Estado, que está no polo passivo, a prestação do direito, atuando através da prevenção ou recuperação do mesmo. O Estado, por sua vez, possui uma sistemática para a efetivação, dando-se esta por meio de políticas sociais e econômicas, que tem como objetivo a redução do risco de doenças e outros agravos, o que configura a saúde preventiva e, também, promovendo a saúde, realizando implementos e ações para viabilizar a efetivação do direito através da adequação do seu sistema às necessidades sociais, buscando a elevação da qualidade de vida dos cidadãos.

Deste modo evidencia-se a impossibilidade de isenção de todas as esferas estatais, sendo elas a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, na obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde.

Entretanto, ainda conforme Humenhuk (2004), o artigo 197 da Constituição Federal não elimina a possibilidade da participação de terceiros, sendo estes pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, na prestação de serviços em benefício da saúde, participando, também, da rede hierarquizada e regionalizada do sistema único, observados os mesmos princípios e diretrizes vinculados a todos os prestadores, sejam eles da própria Administração Pública ou efetuados através de contratações ou convênios de terceiros. Neste sentido, o artigo 5º da Lei Orgânica de Saúde trata dos objetivos e atribuições do SUS e o artigo 18 versa sobre a organização, planejamento e programação, ou seja, de como se dará a execução e efetivação dos serviços prestados pelo Estado em suas diversas dimensões.

Fundamentalmente é o Estado o garantidor de tal direito ao cidadão, que divide suas atribuições aos seus níveis de governo, tendo cada um deles suas funções elencadas pelo artigo 16 da Lei 8.080/90, a qual impõe a descentralização de competência para implementação de ações para os Estados-membros e Municípios, ou seja, respectivamente a esfera estadual e a esfera municipal. O artigo 17 da referida Lei propõe a competência de algumas ações diretamente aos municípios, fazendo com que estes tenham mais destaque no Âmbito Federal, melhorando a prestação dos serviços pela proximidade da realidade local, ficando, assim, mais precisa e democrática a efetivação do direito (HUMENHUK, 2004).

Ante o exposto, conclui-se que é de suma importância esta descentralização, pela diminuição das distâncias entre os possuidores do direito e seus prestadores,

visto a imensa diversidade de particularidades de cada região, ficando, também, mais eficaz a vigilância das situações locais, tanto para ações imediatas, quanto para ações de longo prazo, fazendo com que, desta maneira, o SUS se ligue mais diretamente ao seu alvo, o cidadão.

CAPÍTULO II – O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 Ativismo Judicial e Judicialização

Conforme já abordado, há inúmeras normas constitucionais referentes à saúde, demonstrando a preocupação do constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área. Entretanto, o sistema ainda não consegue abranger toda demanda, acarretando, de certa maneira, uma falta da prestação de assistência ao cidadão em alguns casos, levando assim a uma distorção da máquina estatal para suprir o pedido que chega por outra via.

Silva, L. P. (2011) comenta que as diversas normas possuem eficácia jurídica, podendo ser utilizadas para fundamentar ações judiciais ou decisões concernentes à realização do direito à saúde. Há várias possibilidades de concretização judicial desse direito, principalmente se houver a consciência do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Mas existem os limites, já que em uma democracia não há direitos absolutos. A dificuldade está em promover a aplicação do direito à saúde, extraíndo na norma constitucional sua eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhes são impostos.

De acordo com Almeida (2011), o ativismo se dá quando ocorrem decisões judiciais determinando obrigações ao administrador, na ausência de previsão legal expressa.

O ativismo judicial, conforme Barroso (2009), está atrelado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário, interferindo no espaço de atuação dos demais poderes, na concretização dos valores e fins constitucionais, sendo uma atitude relativamente livre no que concerne à escolha de um modo específico e proativo de interpretar o texto constitucional, podendo ampliar, destarte, o seu sentido e alcance. Costumeiramente ocorre em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas. Pode se manifestar por diversas condutas, das quais destacam-se a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos

emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

De acordo com Magalhães (2012), o poder judiciário direciona suas forças para suprir a omissão dos outros poderes, aplicando princípios a ocasiões não previstas em lei. Acrescenta que essa forma de atuação, atípica do Poder Judiciário, tem seu lado positivo, por atender os interesses da população, notadamente quando ocorre a lentidão do legislativo e executivo. Mas adverte para que não se aplauda tal prática sem atentar para o cuidado necessário para o devido exercício dos poderes do Estado.

Lopes, Karlinski e Cardoso (2010) argumentam que o ativismo judicial não é um fenômeno isolado ou um mero exercício deliberado de vontade política, mas faz parte da ascensão institucional do Poder Judiciário, decorrente do modelo constitucional adotado com a Constituição Federal de 1988. Portanto, acompanha as inúmeras mudanças do Direito Constitucional, as quais ocasionaram uma transformação no modo de pensar e praticar o direito. Enfatizando que o ativismo judicial “é, em efeito, uma atitude, ou seja, um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance”.

Gomes (2009) ressalta haver ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Assim, se um determinado direito está previsto na Constituição e há interpretação na direção da garantia desse direito, não há ativismo, mas judicialização do direito em questão. Conforme o autor, o ativismo acontece quando o juiz inventa uma norma, cria um direito, ou inova o ordenamento jurídico. Há duas espécies de ativismo judicial: o inovador (criação, pelo juiz, de uma nova norma, de um direito) e o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa). No caso do ativismo revelador, o juiz pode inovar a disposição hierárquica das normas jurídicas, complementando o entendimento de um princípio, de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

Já o termo judicialização, como descreve Barroso (2009), significa que a tomada de decisões sobre algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo tomadas, não pelas instâncias políticas tradicionais da administração,

ou seja, o Congresso Nacional e o Poder Executivo, mas por órgãos do Poder Judiciário, o que acarreta uma transferência de poder para juízes e tribunais, que agem de maneira diferente da política convencional, como no modo de participação social, linguagem e argumentação. Descreve, também, que a judicialização foi causada por três grandes fatores, sendo o primeiro a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, fortalecendo e expandindo o judiciário com a recuperação das garantias da magistratura, pela sua transformação em um tipo de poder político que fazia valer as leis do país, mesmo que isto confrontasse os outros Poderes e, ainda, pela maior procura dos cidadãos que no momento presenciavam uma reavivação da cidadania no país. O segundo, chamado de constitucionalização abrangente, ampliou as matérias abordadas pela Constituição, trazendo assuntos que antes só eram abordados pelos políticos e legisladores, possibilitando, dessa forma, a exigência desses novos direitos positivados. E o terceiro grande fator foi o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que possibilitou a não aplicação de normas pelo poder judiciário se este a considerasse inconstitucional, a possibilidade de ajuizar ações diretas e a competência imediata do Supremo Tribunal Federal sobre determinadas matérias.

Conforme Magalhães (2012), “o fenômeno da Judicialização ocorre quando na existência de uma norma constitucional presume-se uma pretensão objetiva e/ou subjetiva que é pleiteada, e neste sentido cabe ao juiz decidir”.

Diante disso, observa-se que o direito à saúde, mesmo sendo considerado um dos direitos fundamentais mais importantes, estando estreitamente ligado à proteção da dignidade da pessoa humana, não tem sido devidamente efetivado pelo Poder Executivo, fazendo com que os administrados procurem o Judiciário, a fim de concretizarem o disposto no artigo 196 da Constituição da República. O que por um lado, pode salvar vidas, visto a morosidade do acesso convencional a alguns tratamentos, ou pela existência de novos tratamentos ainda não aceitos como eficientes pelo Estado, e, por outro lado, pode ocasionar um juízo puramente emocional do mérito, acarretando uma falta de segurança à ferramenta utilizada e promovendo elevados gastos pela administração, tanto pela mobilização de diversos agentes públicos, quanto pela própria prestação.

Neste entendimento Barroso (2007) ressalta que:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública,

desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Em face da atuação do Judiciário, Magalhães (2012) comenta que também devem ser observados os limites dados pelo poder constituinte, pois a positivação dos interesses coletivos e individuais ocorre pela manifestação de seus representantes do Poder Legislativo, de modo que deve ser respeitada para evitar a desestruturação da conquista democrática social, mesmo considerando que à elaboração de uma lei, assim como à decisão de um caso concreto interponham-se discussões de caráter político. Há de se observar também que os julgamentos devem ser promulgados em coerência com a atual situação do tempo espaço e, por se tratar de um assunto tão dinâmico e abrangente, por vezes a aferição do caso concreto necessita, não só de um olhar de cunho jurista, mas de algo mais técnico e específico, ou seja, de profissionais de outras ciências para a melhor compreensão e análise da situação, agindo, assim, de forma razoável. Ainda concorda com Barroso (2009) ao argumentar que “os riscos da Judicialização, e, sobretudo, do ativismo, envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade inconstitucional do Judiciário para decidir determinadas matérias”.

Então, é imprescindível que haja uma racionalização no que concerne à apreciação do Judiciário dos determinados casos relacionados à saúde, conforme a obrigatoriedade de apreciação e promoção de um julgamento, para a atribuição de justificativas ou legitimações de parâmetros, estes não só jurídicos ou legais, que deverão ser utilizados na análise do mérito, visto os princípios constitucionais a serem utilizados e seus respectivos pesos devidamente ponderados em eventuais colisões, e a complexidade destes casos pelos fortes argumentos pertinentes aos pontos positivos e negativos da atuação judicial relacionada à prestação estatal.

Barroso (2009) assim se expressa em relação à judicialização e ao ativismo judicial:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo

constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Almeida (2011) aponta que as principais críticas ao ativismo judicial se apoiam na argumentação de que os juízes e Tribunais, incluindo os Tribunais Constitucionais, não teriam legitimidade democrática para colocarem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo, decorrendo daí o chamado contramajoritarismo, que vem significar a atuação do poder judiciário ora como legislador negativo, invalidando atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo, interpretando as normas e princípios e lhes atribuindo juízo de valor. Há também argumentação referente à intromissão do poder judiciário nos demais poderes da república, atingindo drasticamente o princípio da separação e harmonia entre os poderes, assim como o estado democrático de direito e a democracia. Alegando a possibilidade do ativismo judicial assumir um caráter conservador ou progressista, a depender da conjuntura sócio-política do país, o autor refere que na realidade brasileira, o mesmo tem existido para efetivar os valores introduzidos no texto da Carta Magna. O judiciário aparece diante do embaraçamento do legislativo em fazer as leis solicitadas pela sociedade, regulando situações cuja regulamentação caberia ao legislador ordinário.

O Ativismo Judicial se faz presente no judiciário brasileiro, havendo os que o condenam, outros que o defendem e os que referem reservas. Segundo Almeida (2011), muitos estudiosos do assunto admitem a possibilidade de um desequilíbrio na separação dos poderes, na democracia e na segurança jurídica. Mas evidencia-se que apesar do cuidado necessário na interpretação dos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário, este tem se posicionado no sentido de garantir os direitos fundamentais e os objetivos inscritos no artigo 3º da Constituição Federal.

2.2 Limites à efetivação do Direito à Saúde

Conforme pode-se perceber, diante da teoria, já é possível esbarrar em diversos entraves à ação jurisdicional em prol do direito à saúde, e, além destes, outros podem ser observados sob a visão administrativa, ou seja, dos constitucionalmente elegidos prestadores.

Para Aristóteles, o princípio da igualdade consistia em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem”.

Dentre as diversas críticas feitas ao que está atualmente acontecendo no que tange à participação do Judiciário na efetivação do direito à saúde, Barroso (2007) elucida a questão da norma constitucional estar positivada em forma de norma programática, sendo assim viabilizada por meio de políticas sociais e econômicas e não por decisões judiciais, que acarretariam uma desorganização da administração pública. Traz, também, o problema atrelado ao desenho institucional utilizado no país, argumentando que quem possui competência para tomar decisões relacionadas a otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é o Poder Executivo, o que leva diretamente à impugnação da atuação judicial na matéria, pois, de certa maneira, fere a legitimidade democrática dos que escolheram, mediante voto, quem detém a prerrogativa de decidir sobre os gastos dos recursos, sendo observada a vontade e necessidade dos cidadãos.

Silva, L. P. (2011) elucida o princípio da proporcionalidade como meio de aferição da validade de limitações dos direitos fundamentais, observada a colisão entre esses, buscando a adequação ao momento, a vedação de excessos e a proporcionalidade em sentido estrito.

Barroso (2007) cita também a crítica técnica ao judiciário, por este não possuir de conhecimento específico necessário na instrução de políticas de saúde e que, mesmo que possuísse laudos técnicos para tanto, não se equipararia à Administração Pública.

Ou seja, não se pode prever, mesmo se assoberbando de modelos, diretrizes e cuidados, a posição que será adotada pelo julgador e seu real discernimento em torno do tema, tanto na esfera principiológica e de interpretação normativa, que possui uma eminente carga emocional e de convencimento, quanto na esfera da

prática, sendo esta última observada no que concerne à prática administrativa e à própria necessidade de prestação de saúde no caso específico.

O artigo 2º da Constituição Federal trata da existência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. O artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, da Carta Magna determina o princípio da Separação dos Poderes, o qual não pode ser modificado por emenda constitucional.

Mas é preciso admitir, conforme Souza (2010), que a separação de cada Poder não é absoluta, já que todos os poderes legislam, administram e julgam. Há então, a possibilidade de um Poder intervir na competência do outro, especialmente se houver omissão na garantia de direitos fundamentais. O objetivo da colaboração e controle recíproco entre os Poderes é precaver da ocorrência de distorções e descontrole.

Segundo José Afonso da Silva (2007), a divisão de funções entre os órgãos do poder e sua independência não é absoluta, devendo-se buscar o equilíbrio necessário para o bem da coletividade, admitindo que o sistema de freios e contrapesos é algo essencial para a harmonia entre os poderes. Assim, argumenta que essa alegação é descabida, pois o que se deve priorizar é a garantia do direito fundamental, devendo agir o Poder Judiciário na correção de desigualdades e no déficit de prestação do Estado, mas de forma secundária.

Sendo, provavelmente, a questão da Reserva do Possível, o principal enfoque no que tange à problemática racionalizada pela doutrina, Souza (2010), coloca que a questão a ser debatida é se não estaria o Poder Judiciário intervindo na competência do Executivo, infringindo, assim, os princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível.

Souza (2010), cita que a Teoria da Reserva do Possível surgiu na Alemanha e que além de se referir ao orçamento público, aborda também a condição de razoabilidade como referência principal. Explica, ainda, que ocorre a aplicação dessa teoria para analisar se aquilo que é desejado é economicamente possível. Entretanto, o Poder Público, de forma geral, invoca tal teoria com o intuito de não cumprir sua obrigação constitucional que não está sendo completamente efetivada, cabendo a ele, assim, o ônus de provar a falta de recursos ou que os prejuízos da prestação serão superiores às vantagens.

De acordo com Barroso (2007) uma crítica frequente que se faz à judicialização excessiva é a financeira, a denominada “reserva do possível”. Alegando que, sendo os recursos públicos insuficientes ao atendimento das necessidades sociais, sempre recai para o Estado a tomada de decisões difíceis, pois se um determinado setor for privilegiado no investimento de recursos, outros acabam sendo prejudicados. Acrescenta ainda que o orçamento não atende à demanda social no sentido de efetivar os direitos, sejam individuais ou sociais.

Oliveira e Costa (2011) comentam que a reserva do financeiramente possível não pode ser limitadora à efetivação de Direitos Fundamentais Sociais, visto que, não havendo recursos disponíveis suficientes para a prestação, cabe à administração o papel de relocar os valores disponibilizados a prestações menos importantes para a prestação à saúde, garantindo, assim, o texto constitucional. Alegam também que os tribunais têm se posicionado em desfavor à aceitação da teoria da reserva do possível. Nesses casos, pois, cabe ao administrador priorizar a concretização deste direito, ressalvando que o Poder Judiciário só deve intervir em casos extraordinários.

Observa-se, destarte, que o Brasil possui uma enorme quantidade de detentores do direito, mas, a arrecadação feita pelo Estado, muitas vezes não supre a plena demanda de todos os órgãos da administração. Sendo assim, esses recursos devem ser utilizados de forma mais distributiva, buscando, com as políticas públicas, atingir a coletividade no que concerne à saúde, no entanto, quando for pleiteada uma prestação mais peculiar, o Estado não pode se eximir da prestação, movendo-se de forma a garantir a efetivação do direito a absolutamente todos os cidadãos. Deve-se garantir, no mínimo, o necessário à existência, que é inerente a todos os cidadãos, pela sua vinculação à Constituição Federal, estando atrelado ao princípio da dignidade humana, pois é basicamente o fornecimento do mínimo essencial de sobrevivência para o indivíduo.

2.3 O Supremo Tribunal Federal como efetivador do Direito à Saúde

A garantia do direito à saúde por meio de intervenção judicial tem sido um tema bastante debatido na atualidade, destacadamente pela sua implantação na prática, pois nem sempre a assistência do Poder Público supre as necessidades do

paciente, sendo essa falha dada pela peculiaridade da prestação exigida, pela demora da mesma e até por questões administrativas, como em problemas no processo de aquisição e distribuição de medicamentos e na contratação de médicos.

No Estado, ao Poder Judiciário é resguardado o dever de interpretar a legislação e a Constituição, cabendo aos tribunais e juízes a tarefa de construir os sentidos, observados os métodos de interpretação e a ponderação, principalmente quando a questão envolver princípios ou conceitos jurídicos não delimitados, decidindo de forma legítima, construtiva, proporcional e harmônica com a realidade social do país.

Almeida (2011), versa que com a promulgação da Carta Maior em 1988, o Poder Judiciário adquiriu a missão da guarda dos valores constitucionais, garantida pelo próprio texto constitucional, que limitou as ações dos três poderes.

Partindo da análise do inciso XXXV do artigo 5º da Magna Carta, a qual versa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, conclui-se que a intervenção do mesmo é legítima, pois visa resguardar este direito em face da falta ou deficiência dos serviços prestados pelo Poder Público.

Silva, L. P. (2011) ressalva que:

Algumas cautelas ou critérios devem ser observados no manejo dos mecanismos processuais que viabilizam a intervenção jurisdicional na efetivação da assistência farmacêutica pelo Poder Público, a fim de se evitar prejuízos ao Sistema Único de Saúde e, conseqüentemente, à própria população.

É inegável, ainda conforme Almeida (2011), que no intuito de assegurar as garantias constitucionais aos cidadãos, os Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, se utiliza dos amplos princípios constitucionais e das chamadas cláusulas abertas. Mediante a omissão legislativa em determinadas matérias, o STF tem sido chamado a se pronunciar, vezes em que vai além do que a dogmática legalista tradicional convencionou ser o papel do Judiciário.

Em matéria de saúde, observadas as demandas que obtiveram caráter de Repercussão Geral, busca-se compreender a posição adotada pelo STF nas demandas que a ele chegam, e identificar o caráter da ação ou omissão dos polos envolvidos para a melhor compreensão da decisão.

No Recurso Extraordinário 578.801-RG do Rio Grande do Sul, de 16 de outubro de 2008, a relatora Ministra Carmen Lúcia trata da retroatividade do novo texto da lei reguladora dos planos de saúde, no que tange à sua aplicação aos

contratos celebrados antes de sua vigência. Decidiu por não haver a retroatividade, visto que ocorreria uma afronta ao princípio que garante a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, violando o contrato celebrado entre as partes, prejudicando, de certa maneira, a cliente do plano de assistência de saúde.

Apesar de ser uma decisão de matéria de cunho majoritariamente contratual ou processual, houve uma guarda da norma mais benéfica em prol do cidadão. Observa-se, assim, o olhar voltado para a porção hipossuficiente da demanda, não contrariando, contudo, o entendimento civilista no que tange aos contratos, sendo este um de prestação por meio particular à saúde.

Observa-se no Recurso Extraordinário 581.488-RG do Rio Grande do Sul, de 30 de agosto de 2012, tendo como relator o Ministro Dias Toffoli, a questão do caso de possibilidade de internamento de paciente em hospital do SUS, com tratamento diferenciado, mesmo que não custeado pelo Estado. Contendo no relatório:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSO DE PACIENTE À INTERNAÇÃO PELO SUS COM A POSSIBILIDADE DE MELHORIA DO TIPO DE ACOMODAÇÃO RECEBIDA MEDIANTE O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CORRESPONDENTES. INTELIGÊNCIA E ALCANCE DA NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS.

REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso extraordinário contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DIFERENÇA DE CLASSE. ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO.

Possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal.

Entende-se, desta maneira, a preservação das diretrizes e princípios não só adotados pelo Sistema Único de Saúde, mas pela Constituição, o que revela a importância da igualdade de todos e da prestação de forma isonômica a quem em situação semelhante se encontrar, dada pelo princípio do tratamento igualitário. Mesmo o paciente arcando com a diferença de valores, na prática, principalmente no entorno de sua instalação, estaria favorecido um entendimento de que a quem possui renda superior, o Estado disponibilizará tratamento superior, com a chamada “diferença de classe”, então, buscando uma seguridade nas ações e uma conduta

socialmente mais aprovável, o STF entendeu que seria mais adequada a não admissão desse tipo de conduta.

Em março de 2015, o STF atribuiu o caráter de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178-RG de Sergipe, tendo o Ministro Luiz Fux como relator, o qual discutiu sobre a prestação Estatal de tratamento e os níveis da Administração.

Sendo o relatório:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. [...]

A discussão jurídica presente no recurso ora apreciado diz respeito, em síntese, à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e à alegação de ilegitimidade passiva da União.

A discussão transborda os interesses jurídicos das partes, uma vez que envolve a temática de repartição constitucional de atribuições institucionais, tendo em conta a legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que versa sobre o fornecimento de tratamento e medicamentos por parte do Poder Público. Bem delimitado o tema, verifica-se que o Tribunal de origem, ao assentar a responsabilidade solidária da União, não destoou da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. [...]

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. [...]

Nesse sentido: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014; ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teroi Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014; ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013; ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; RE 586.995-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16.8.2011; RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011; RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffol, Primeira Turma, DJ 18.2.2014; AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

Verifica-se, desse modo, que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência da Corte, razão pela qual não merece reparos, impondo-se o desprovimento do recurso.

Nesse julgado, a União arguiu a descentralização da prestação no âmbito da saúde, com o intuito de se eximir da prestação que foi solicitada, informando que o repasse feito ao determinado município seria a determinada prestação. Ressaltou

também a necessidade de imposição de limites à ingerência do Poder Judiciário, que de certa forma implementa políticas públicas que geram uma multiplicação das decisões judiciais, desequilibrando o plano orçamentário da Administração.

Entretanto, o entendimento do STF foi de que “...o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente”. Tornando a descentralização, desta maneira, um motivo a mais para a efetivação do direito.

Essa decisão atingiu, por unanimidade, o *status* de repercussão geral, dada pela matéria excessivamente incorrente. Sendo a decisão:

O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia.

Apesar da decisão divergente, de quatro votos a favor e três em desfavor, a partir desse entendimento, afere-se a preocupação do STF em resguardar os direitos constitucionais dos cidadãos, pelo que a lei expressamente prevê nos artigos 22, II e 196 da Constituição Federal, não opondo, assim, barreiras à prestação do serviço sob o escopo de ter prioridade tal direito essencial, como o da saúde, observada a solidariedade dos entes federados em sua prestação. Observa-se que a base principiológica adotada pelos ministros é muito evidente, onde se utilizam de métodos de hermenêutica com o fim de extrair o máximo possível das normas, adequando a finalidade da criação pelo legislador e o caso concreto na atualidade.

O Recurso Extraordinário 566.471-RG do Rio Grande do Norte, tendo como relator o Min. Marco Aurélio, versa no que tange ao Estado fornecer medicamentos de alto custo, observado o relatório:

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. RELEVÂNCIA, QUESTÃO, ASSISTÊNCIA, SAÚDE, CONTEÚDO COLETIVO, DISCUSSÃO, LIMITE ORÇAMENTÁRIO, ESTADO, EFICÁCIA, ATUAÇÃO ESTATAL, NECESSIDADE, PESSOA, USO, MEDICAMENTO. [...]Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

No voto, o ministro opta por prover o direito ao cidadão, não possuidor de meios, a prestação no âmbito da saúde que tanto necessita. Entende-se que o relator levou em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, visando garantir uma prestação adequada ao cidadão, mesmo sendo custeada pelo Estado, pois esse é seu inicial prestador.

Importante, também, no que trata a saúde o Recurso Extraordinário 657.718-RG de Minas Gerais, que versa sobre a prestação de medicamentos que não possuem registro na ANVISA, atuando como relator o ministro Marco Aurélio.

Tem-se o voto:

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO.

Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

[...] Citou como precedente a Suspensão de Segurança nº 3.989/PI, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. O acórdão impugnado encontra-se assim ementado (folha 125): SUS – FORNECIMENTO PELO ESTADO DE MEDICAMENTO IMPORTADO – AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA – IMPOSSIBILIDADE. Não se recomenda o deferimento de pedido de medicamentos não aprovados na ANVISA – Conclusão aprovada por maioria no 1º Curso do Fórum Permanente de Direito à Saúde, realizado no dia 9 de agosto de 2010 neste Tribunal. Se o medicamento indicado pelo médico do agravante não possui registro na ANVISA, não há como exigir que o Estado o forneça, já que proibida a sua comercialização.

A impossibilidade de prestação dada pelo Estado, neste determinado caso, esbarra em um outro problema, o da falta de registro do medicamento pela ANVISA, pois, apesar de testado e aprovado no exterior, é necessária uma avaliação dos profissionais competentes da área de saúde nacional, com o intuito de viabilizar a circulação do mesmo medicamento no país, observados os respectivos requisitos, pois, não sendo este registrado, ocorreria a circulação de um produto ilegal. Tal problema ocorre, geralmente, com produtos mais recentes e em outros casos, o problema pode existir na não comprovação de eficácia, pela curta idade do objeto pleiteado.

Observa-se, também, a atuação do STF, no que tange à prestação essencial dos serviços de saúde em suas unidades, visto a ocorrência de um déficit na prestação ideal, nesse sentido, tem-se o Recurso Extraordinário 684.612-RG, do Rio

de Janeiro, datado de 6 de fevereiro de 2014, no qual a relatora Min. Cármen Lúcia versa:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS VISANDO OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTIGO 127 DA CF/88). SITUAÇÃO CAÓTICA DO HOSPITAL SALGADO FILHO. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (ARTIGO 5º, CAPUT E 196) E DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO. FATO QUE ATINGE PRINCIPALMENTE, A CAMADA MAIS POBRE DA POPULAÇÃO, QUE NÃO POSSUI PLANO PARTICULAR E DEPENDE TÃO SOMENTE DA REDE PÚBLICA PARA ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO EXERCER CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA FUNDAMENTAL, FAZENDO OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE (ARTIGO 37 DA CF). INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. NECESSIDADE URGENTE DE CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, DE MODO A PERMITIR O REGULAR FUNCIONAMENTO DO HOSPITAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA IMPOSSIBILIDADE DE REMANEJAMENTO DE RECEITA ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO PROVIDO PARA QUE SEJA CUMPRIDO O DÉFICIT DE PESSOAL, COM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA PROVIMENTO DOS CARGOS DE MÉDICO E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, NOMEAÇÃO E POSSE DOS PROFISSIONAIS APROVADOS NO CERTAME, BEM COMO CORRIGIDOS OS PROCEDIMENTOS E SANADAS AS IRREGULARIDADES EXPOSTAS NO RELATÓRIO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, NO PRAZO DE 6 (SEIS) MESES, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) (fls. 327-328).

Diante deste entendimento, fica clara a possibilidade de atuação do Judiciário na mobilização do Executivo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, que, também, agiu coercitivamente, observada a aplicação da multa diária, na busca do atendimento ideal ao cidadão pelo seu direito constitucionalmente elegido. Desta maneira, superou as barreiras interpostas pelo outro polo, como a da separação dos poderes e da reserva do possível, conseguindo, assim, uma prestação igualitária a todos.

Salienta-se o Recurso Extraordinário 858.075-RG, do Rio de Janeiro, com data de 21 de maio de 2015, e relator ministro Marco Aurélio, que trata da atribuição dos recursos arrecadados na área da saúde, em quantitativo mínimo, a saber:

ORÇAMENTO – APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS NA ÁREA DA SAÚDE – CONTROLE JUDICIAL – SEPARAÇÃO DE PODERES – ALCANCE DOS ARTIGOS 2º, 160, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, E 198, § 2º E § 3º, DO CORPO PERMANENTE E 77, INCISO III, § 3º E § 4º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CARTA DE 1988 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à possibilidade de o Poder Judiciário impor aos municípios e à União a aplicação de recursos mínimos na área da saúde, antes da edição da lei complementar referida no artigo 198, § 3º, da Constituição Federal, considerados os preceitos dos artigos 2º, 160, parágrafo único, inciso II, e 198, § 2º e § 3º, do corpo permanente e 77, inciso III, § 3º e § 4º, do Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988. [...]

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. [...]

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

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

Com esse recente julgado, percebe-se a imposição do STF em relação à prestação do serviço pelo Estado, trazendo, de maneira a coibir a prática de investimentos inferiores aos legais, os termos da lei que dirigem o orçamento do governo, não eximindo, também, a solidariedade entre os entes federativos na prestação ao direito à saúde e a busca pelo bem estar social da coletividade.

A força do Poder Judiciário, fica ainda mais evidentemente robusta sob o interposto no Recurso Extraordinário 607.582-RG do Rio Grande do Sul, com Relatora Min. Ellen Gracie, de 16 de março de 2010, o qual apresenta no relatório:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RETIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. [...]

Ademais, verifico que a matéria já se encontra pacificada no âmbito desta Corte, no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Cito os seguintes julgados: AI 553.715-Agr, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe. 4.6.2009; AI 597.182-Agr, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 6.11.2006; RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.3.2008; AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.12.2009; RE 562.528, de minha relatoria, DJ 6.10.2005; AI 640.652, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.11.2007; e AI 724.824, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.9.2008. [...]

Igualmente, dada a pacificação de entendimento, entendo não ser necessária apreciação pelo Plenário desta Corte, possibilitando o

juízo monocrático deste recurso, nos termos do art. 325, caput, do RISTF, e, ainda, a aplicação dessa orientação pelos tribunais de origem.

Destarte, fica elucidado o poder de ampliar, pelo STF, o controle da aplicação de direitos constitucionalmente elegidos, do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, agindo, quando observada a necessidade e a adequação com as decisões previamente já reiteradamente tomadas pela Suprema Corte, de forma que garanta a prestação do Direito à Saúde, podendo esta se dar de várias maneiras. A possibilidade de coercibilidade, a grande quantidade de provimentos em favor do cidadão e o reconhecimento de Repercussão Geral em assuntos de suma importância que possuem uma grande demanda no país, exaltam a preocupação em efetivar e garantir a devida prestação aos detentores de direito, mesmo que isso acarrete um certo desequilíbrio ou distorção da Administração Pública, pois, entende-se que os conceitos e essências de saúde, vida e bem-estar estão sobrepostos, quase que totalmente, às questões materiais e técnicas que possam advir como contraponto impossibilitador da prestação garantida pelo Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a pesquisa desenvolvida, percebe-se uma progressiva evolução na consideração e reconhecimento do direito à saúde no Brasil, apesar de o país ainda ocupar uma posição preocupante e vergonhosa no ranking mundial, ficando atrás de países de condições econômicas e organização social bem mais precárias que o nosso.

Mesmo sendo considerado um direito essencial à pessoa humana, o direito à saúde passou por um processo de mercantilização, ficando o atendimento à população mais carente a cargo da assistência beneficente, havendo a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma reformulação e ampliação dessa assistência. Essa evolução se deu pela consagração na Carta Magna da noção de seguridade social, tendo ocorrido uma modulação nas Políticas Públicas de saúde, tornando o acesso pleno ao sistema de saúde desvinculado do poder aquisitivo e da renda da pessoa, inaugurando assim um novo padrão de cidadania.

Importante considerar também que para se ter uma vida mais saudável e um menor risco de adoecimento se faz mister não só a elaboração de políticas sociais e econômicas que garantam desenvolvimento econômico sustentável e justa distribuição de renda, mas a garantia de sua efetivação.

No caso do Brasil, apesar da ótima estruturação, na teoria, do Sistema Único de Saúde e da cadeia prestadora de serviços nessa área, existe uma grande deficiência no que concerne a esta prestação. Tanto na prestação de serviços como na falta de equipamentos e medicamentos.

Sem poder esperar, pois é eminente o perigo quando não se está com a perfeita saúde, ainda mais contundentemente nos casos de doenças muito graves ou que gerem risco de morte, a população tem buscado a ajuda do Judiciário que, munido de poderes para tal ato, procura efetivar o direito à saúde quando este se apresenta deficiente. Podendo exigí-lo de qualquer esfera governamental.

Nota-se que, apesar da grande complexidade do tema, envolvendo a Administração Pública e o Judiciário, a ferramenta tem dado certo, no que tange às prestações que estão se dando de maneira equivocada ou naquelas em que há uma

necessidade especial do demandante, visto sua condição financeira ou outro fator relevante, como a gravidade da enfermidade.

A Suprema Corte tem evidenciado estar, na maioria das vezes, do lado do polo hipossuficiente da relação, ou seja, o cidadão, pois em suas decisões, baseando-se nos princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade, e pela possibilidade na legislação, tanto no que se refere ao processo ou à própria Administração, prolata decisões que acatam a aclamação pelo direito da saúde e sua prestação na forma necessária no caso concreto específico, sendo esta no âmbito individual ou coletivo.

Entretanto, por vezes, se esbarra no problema da utilização excessiva da ferramenta judicial, além dos entraves já citados acima, como o princípio da Reserva do Possível, da separação dos poderes, questões orçamentárias, lenta atualização das listas do governo, possível falta de informações técnicas específicas de outros ramos pelo judiciário, entre outras. Essa excessividade pode causar um desequilíbrio orçamentário, prejudicando, assim, a prestação de serviços e políticas públicas já existentes, acarretando em distorções da máquina pública.

Algumas possíveis soluções para o sistema seriam a preferência das ações coletivas, que demandariam menos movimento da máquina pública, entre órgãos e servidores, e gerariam uma decisão de igual ou superior eficiência na prestação do direito clamado, levando em conta que o Supremo já utiliza tal método considerando os assuntos de interesse de grandes grupos como de Repercussão Geral, que foram abordados mais especificamente neste trabalho.

Outra medida interessante seria a integração do Judiciário com a área médica, trazendo, assim, informações mais aprimoradas e pertinentes, do ponto de vista dos profissionais da área, para um melhor entendimento do julgador, trazendo uma maior segurança, razoabilidade e proporcionalidade nas decisões. Podendo haver a criação de varas especializadas em saúde, com profissionais especializados e julgadores tecnicamente competentes às nuances do tema.

Deve-se, também, antes de tudo, buscar a otimização da prestação à saúde pelo SUS, desde a reavaliação de sua estrutura e regramento, até investimentos e repasses necessários a serem feitos periodicamente, com uma melhor cooperação entre os entes federados, causando, assim, uma diminuição gradativa da necessidade de demandas relacionadas ao tema.

Contudo, tais medidas devem atuar de modo a não deixar prejudicado o detentor do direito constitucional à saúde física e psíquica, o cidadão. Devendo buscar, com estas medidas e inovações, um aumento na capacidade, celeridade, eficiência e qualidade dos serviços prestados, aliados à preocupação com os demais fatores inerentes à vida em sociedade, que também necessitam de apoio Estatal, de forma que a prestação específica de um cidadão não interfira negativamente na de outro e que se busque, a todo custo, a totalidade da prestação, de forma que, conseqüentemente, melhore a vida dos cidadãos.

Por fim, eminente se faz citar o meritório desígnio do filósofo francês Michel de Montaigne, tido em um de seus ensaios que abarcou o tema da saúde, aludindo que “É coisa preciosa, a saúde, e a única, em verdade, que merece que em sua procura empregemos não apenas o tempo, o suor, a pena, os bens, mas até a própria vida; tanto mais que sem ela a vida acaba por tornar-se penosa e injusta.”

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Revista Jus Navigandi**. Teresina: ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível na internet: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível na internet: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 21 de março de 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Bahia: RDE, v. 13, p. 71-91, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

BRANCO NETO, Ney Castelo. O sistema na ciência do Direito: As incompletudes diante do pensamento sistêmico e a racionalidade jurídica. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande: RAJ, XI, n. 58, out. 2008.

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

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

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 566.471-RG. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio Grande do Norte, 15 de novembro de 2007. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000040&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 578.801-6 RG. Recorrido: Paulo Paes Vieira. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Rio Grande do Sul, 16 de outubro de 2008. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000124&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 581.488-6 RG. Recorrido: União, Município de Canelas e estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Dias Toffoli. Rio Grande do Sul, 30 de agosto de 2012. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000590&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 607.582-RG. Recorrido: Marina Carolina Morais Paz. Relator: Ministra Ellen Gracie. Rio Grande do Sul, 16 de março de 2010. Disponível na internet: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 657.718-RG. Recorrido: Alcirene de Oliveira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Minas Gerais, 17 de novembro de 2011. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000555&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 684.612-RG. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2014. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000752&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178-RG. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Pernambuco, 5 de março de 2015. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000844&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 858.075-RG. Recorrido: União e Município de Nova Iguaçu. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 21 de maio de 2015. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000869&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

CAMBI, Eduardo; BOFF, Daniele Bohrz. Efetividade do Direito À Saúde Pública No Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, vol. 954/2015, p. 119-151, abr. 2015.

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

COHN, Amélia. **Previdência social e processo político no Brasil**. São Paulo: Moderna, 1980.

_____. **Mudanças econômicas e políticas de saúde no Brasil**. In: LAURELL, A.C. (Org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo. São Paulo: Cortez, 1995.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 5. ed. São Paulo: Cortez/Cedec, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**, vol. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

ELIAS, Paulo Eduardo. **Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Perspec. vol. 18. no.3. jul./set. 2004. Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392004000300005&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 15 de junho de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Revista Jus Navigandi**. Teresina: ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível na internet: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 20 de novembro 2015.

HUMENHUK, Howerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**. Teresina: ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível na internet: <<http://jus.com.br/artigos/4839>>. Acesso em: 05 de setembro de 2015.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 10, n. 32, maio/ago. 2009.

LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. Algumas considerações acerca do ativismo judicial. In: **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande: XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível na internet: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande: XV, n. 107, dez. 2012. Disponível na internet: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

MALLMANN, Eduarda. **Direito à saúde e a responsabilidade do Estado**. 2012. Disponível na internet: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Francisco. **Privatização do público, destituição da fala e anulação da política**: o totalitarismo neoliberal. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia (Org.). Os sentidos da democracia – Políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis – RJ: Vozes, 1999.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista dos Tribunais - Revista de Direito Brasileira**. São Paulo: RT, vol. 1, p. 77, jul. 2011.

Organização das Nações Unidas. Relatório de Desenvolvimento Humano. 2013. Disponível na internet: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 2015.

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

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. A Constitucionalização do Direito à Saúde e sua Concretização Via Aplicação da Norma Constitucional. **Revista dos Tribunais - Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, vol. 81, p. 105-143, out./dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SANTOS, Lenir. O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde. **Revista dos Tribunais - Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, vol. 20/1997, p. 140-176, jul./set. 1997.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo: RT, vol. 3, p.775-829, ago. 2011.

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

SCHWARZ, Monica Araújo. **A Ineficácia do Direito Fundamental à Saúde**. 2012. Disponível na internet: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9624http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9624>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

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

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2011. 65 f. Monografia (Especialista em Direito Público) – Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **A intervenção judicial na garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos**. Porto Alegre: PUCRS, 2010.