



Editora Unesc

*Série*  
*Dissertações e Teses*



*Efetividade do direito à saúde: uma análise sob um  
contexto de crise financeira e constitucional*

*Juliana de Oliveira*





Editora Unesc

*Série*  
*Dissertações e Teses*



*Efetividade do direito à saúde: uma análise sob um  
contexto de crise financeira e constitucional*

*Juliana de Oliveira*

© 2017 Editora Unoesc  
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc  
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.  
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva  
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro  
Capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

O48e Oliveira, Juliana de.  
Efetividade do direito à saúde: uma análise sob um contexto de crise financeira e constitucional / Juliana de Oliveira. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. – (Série Dissertações e Teses, v. 10)  
238 p. ; il. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-110-3

1. Direito à saúde. 2. Princípio da efetividade. 3. Direitos fundamentais. I. Título. II. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*  
*Campus* de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco  
*Campus* de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
*Campus* de Videira  
Ildo Fabris  
*Campus* de Xanxerê  
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria  
Lindamir Secchi Gadler

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Débora Diersmann Silva Pereira  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Jovani Antônio Steffani  
Eliane Salet Filippim

Carlos Luiz Strapazzon  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Maria Rita Nogueira  
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

## SUMÁRIO

<b>CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO II - DIREITO À SAÚDE</b> .....	13
2.1 DO CONCEITO DE SAÚDE AO DIREITO À SAÚDE.....	15
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	20
2.2.1 <b>Direito à Saúde no Período Imperial</b> .....	20
2.2.2 <b>Saúde pública no Brasil no início da República Velha</b> .....	21
2.2.3 <b>Saúde Pública no Brasil e o Estado Novo</b> .....	24
2.2.4 <b>Saúde Pública no Brasil e a Ditadura Militar</b> .....	26
2.2.5 <b>Saúde pública no Brasil e a redemocratização</b> .....	27
2.3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	29
2.3.1 <b>A Saúde e os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988</b> .....	34
2.3.2 <b>Direito à saúde: um direito social?</b> .....	39
2.3.3 <b>Eficácia, Efetividade e Aplicabilidade das Normas Relativas ao Direito à Saúde</b> .....	41
2.4 DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	45
2.5 LEI Nº 8.080/90 - LEI DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS): A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE? .....	50
2.5.1 <b>O Sistema Único de Saúde - SUS como Política Pública de Saúde</b> .....	52

2.5.2 Programa e Estratégia da Saúde da Família .....	56
2.5.3 Recursos vinculados para implementação das ações e serviços do SUS .....	59
2.5.4 Programa Mais Médicos .....	62
2.6 OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A SAÚDE .....	68
2.7 PANORAMA DA SAÚDE NO BRASIL .....	74

### **CAPÍTULO III - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.....81**

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À SAÚDE .....	83
3.2 DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	92
3.2.1 Vedações ao Retrocesso Social.....	98
3.3 A RESERVA DO POSSÍVEL E O ORÇAMENTO PÚBLICO....	101
3.3.1 Orçamento Público Federal .....	112

### **CAPÍTULO IV - EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE EM UM CONTEXTO DE CRISE .....131**

4.1 CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS .....	133
4.2 FUNDAMENTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL .....	143
4.2.1 Judicialização da Saúde em Números .....	152
4.2.2 Atuação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça na seara da Judicialização da Saúde.....	155

4.3 ANÁLISE DE ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM AS DECISÕES DO STF SOBRE O DIREITO À SAÚDE.....	158
4.4 (IN) EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: ESTAMOS DIANTE DE UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?.....	171
4.4.1 <b>Estado de Coisas Inconstitucional</b> .....	172
4.5 TEMPOS DE CRISE FINANCEIRA E INSTITUCIONAL.....	180
4.6 PEC 241/2016: TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DA CRISE ECONÔMICA E INSTITUCIONAL .....	185
4.7 DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS .....	192
4.8 PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE PÚBLICA: ALGUMAS POSSIBILIDADES .....	198
<b>CAPÍTULO V - CONCLUSÕES .....</b>	<b>203</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>211</b>



Dedico o presente trabalho a Deus, que ilumina meus passos, e ao meu eterno namorado e amigo Lucas, com quem estou tendo forças para buscar meus objetivos, enfrentar as maiores dificuldades, nem sempre de cabeça erguida, mas ao final inclinando-a para a vida e para o céu, para pedir benção e agradecer as tantas já me concedidas!!



# CAPÍTULO I

## INTRODUÇÃO



A presente pesquisa tem por objetivo tratar sobre a efetivação do direito constitucional à saúde, mais concretamente quanto ao conflito existente na aplicação do princípio do mínimo existencial e da teoria da reserva do possível, diante da sua ordem fundamental e em um contexto de crise econômica e constitucional, pelas quais o país está passando. Neste sentido, o problema que orientará a presente pesquisa será: Como efetivar o direito social à saúde em um contexto de crise econômica e financeira?

Busca-se responder ao problema através de uma pesquisa bibliográfica exploratório-explicativa, aplicando o método dedutivo, que segundo Mezzaroba (2014), parte de argumentos gerais para argumentos particulares, onde primeiramente são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, que ficam restritas à lógica das premissas estabelecidas.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos, além da Introdução e Conclusão, conforme detalhado a seguir.

Busca-se, no segundo capítulo, abordar e conceituar o direito à saúde, adotando-se aquele definido pela Organização Mundial da Saúde, bem como o direito e o dever fundamental amparado pela Constituição Federal de 1988. Destaca-se o princípio da dignidade humana e sua relação com o direito à vida e a saúde. O Estado como destinatário do dever fundamental de promover políticas públicas. Conceituam-se os direitos fundamentais, e demais princípios basilares do direito à saúde, bem como aborda aspectos históricos e doutrinários.

No terceiro capítulo pretende-se analisar o fenômeno da judicialização da política e a efetivação do direito social à saúde, com a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, e dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, uma abordagem da relevância destes princípios frente a direitos e garantias constitucionais. Ademais, far-se-á um estudo sobre a Vedação ao Retrocesso Social e o orçamento público federal, para fins de melhor destacar a importância dos princípios

do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, respectivamente, na efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, no quarto capítulo analisar-se-á a efetividade do direito à saúde em tempos de crise, com o estudo do controle judicial das políticas públicas, com o estudo dos fundamentos da judicialização da saúde pública no Brasil, analisando a judicialização da saúde em números e a atuação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça na seara da judicialização da saúde. Ainda, analisam-se os argumentos que fundamentaram as decisões do STF – Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde, tentando identificar se estamos diante de um estado de coisas inconstitucional no que se refere à efetivação do direito social constitucional à saúde. Finalmente, apontam-se soluções para o combate à inefetividade do direito à saúde, com a aplicação da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy e a propositura de ações coletivas.

**CAPÍTULO II**  
**DIREITO À SAÚDE**



A saúde pública brasileira é marcada por muitas lutas em meio ao descaso e ao abandono sofridos pela população, que passou a reivindicar o mínimo de condições de sobrevivência em meio ao interesse do Estado na industrialização e produção, sem lhes oferecer em troca condições básicas de sobrevivência diante de epidemias e doenças. Até chegar ao direito à saúde como direito fundamental buscou-se incessantemente pela evolução dos direitos humanos, fundamentais e sociais.

O Direito à saúde vem sendo abordado há algumas décadas,<sup>1</sup> tanto no Brasil quanto internacionalmente;<sup>2</sup> porém, foi após longos anos de luta e anseios da sociedade, que o Estado passou a ver a população como ser dotado de direitos e valores a serem respeitados e garantidos. Com a luta pelos direitos, chegou-se à responsabilidade do Estado em oferecer condições mínimas de vida e de sobrevivência a todos, sem distinção. Com as normas vigentes elevou-se a responsabilidade do Estado como garantidor de direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde.

## 2.1 DO CONCEITO DE SAÚDE AO DIREITO À SAÚDE

A noção de que a saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia do que seja a saúde, em si mesma considerada (FIGUEIREDO, 2007)

<sup>1</sup> Especialmente após a edição pela ONU – Organização das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que prevê em seu artigo Artigo XXV que “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

<sup>2</sup> Em âmbito internacional o direito à saúde, pode-se dizer, que vem sendo abordado há séculos, pois já no Século XIV fora celebrado Tratado Internacional entre a Sereníssima República de Veneza e países vizinhos.

Scliar (1987) afirma que a literatura especializada indica que a primeira concepção de saúde apareceu ligada a uma explicação mágica da realidade, em que o doente era uma vítima de demônios e espíritos malignos.

A Grécia Antiga, através dos estudos de Hipócrates, questionou esta concepção, introduzindo fatores ambientais ligados à doença, defendendo o que hoje poderia ser chamado de um conceito-ecológico de saúde-enfermidade, enfatizando a multicausalidade na gênese das doenças, não se limitando apenas ao estudo do paciente (SCLIAR, 1987). Os rituais deram lugar ao uso de ervas e métodos naturais.

Platão trouxe a noção de equilíbrio interno entre corpo e alma, depois ampliada para afirmar o equilíbrio do homem com a organização social e com a natureza, tirando deste contexto o conceito de saúde (DALLARI; VENTURA, 2003).

A Idade Média consolidou um imenso retrocesso na área sanitária, um período de pestilências e surtos epidêmicos decorrentes de movimentos populacionais, conflitos militares, miséria, promiscuidade e falta de higiene (FIGUEIREDO, 2007).

A doença voltou a ser vista como um castigo divino, resumindo-se os cuidados sanitários à preocupação de afastar o doente do convívio social, para evitar o contágio e a visão da própria doença (DALLARI, 1988). O único avanço que se deu foi com o surgimento dos hospitais, que funcionavam como verdadeiros asilos ou hospícios (SCLIAR, 1987).

O Renascimento, como uma restauração do conhecimento greco-romano, foi na área da saúde um período polarizado entre as tradições greco-romanas, opondo-se ao misticismo medieval e as práticas exotéricas. Deu-se neste período um avanço nas descobertas sobre o corpo humano, ao pensamento e aos métodos científicos (SCLIAR, 1987).

Para Dallari e Ventura (2003), o atual conceito de saúde pública teria surgido no Renascimento, quando também se firmaram as primeiras políticas concretas do que hoje se conhece por Direito Internacional

Sanitário, que segundo Soares (2000) iniciou-se com a celebração de Tratado Internacional entre a Sereníssima República de Veneza e países vizinhos, ainda no Século XIV, relacionado à aplicação de políticas públicas de controle sanitário de fronteiras, com o objetivo de proteger a população em face de doenças que pudessem vir dos navios mercantes.

Com a consolidação do Estado Liberal burguês, a partir do final do Século XVIII e durante o Século XIX, a assistência pública, englobando a assistência social e médica, deixou de depender da solidariedade da vizinhança para incluir proteção à saúde entre o leque de atividades tipicamente estatais, inclusive com status legal-constitucional (DALLARI; VENTURA, 2003).

A Revolução Industrial acarretou um grande movimento de urbanização, com migração populacional do campo para a cidade e a formação de cinturões ao redor das fábricas, que pela proximidade espacial e absoluta falta de higiene, permitiram a rápida proliferação de doenças entre os operários, patrões e familiares (FIGUEIREDO, 2007).

Como neste período o Estado nada mais era do que instrumento do empresariado, mostrou-se relativamente simples a transferência das reivindicações por melhores condições sanitárias, assumindo o Estado a função de garante da saúde pública (DALLARI; PILAU SOBRINHO, 2003). Segundo Schwartz (2001, p. 113), “[...] o capitalismo, por mais paradoxo que pareça, fez nascer uma visão social da saúde.”

No Século XX, a proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo. Desde a II Guerra Mundial essa noção foi ampliada, estabelecendo-se a responsabilidade do Estado pela saúde da população, bem como reforçando-se a lógica econômica, a partir da evidente interdependência entre as condições de saúde do trabalhador e a atividade produtiva (SCLIAR, 1987).

Preceitua Silva (2010) que por longos anos a saúde foi entendida como sendo a ausência de doenças, tendo assim a atuação do poder

público e privado quando do conhecimento das diversas patologias e endemias, no sentido de controlar a evolução do quadro e visando o estado de ausência de doença. E apenas com o desenvolvimento do estado social de direitos que se teve alargamento da definição de saúde.

Para Novelino (2014, p. 902), a saúde é “[...] indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana”, sendo ainda direito fundamental social e integrante do mínimo existencial da pessoa humana. Não é possível haver saúde sem a preservação da vida, da dignidade e o bem-estar de cada indivíduo. Vinculando-se diretamente ao princípio da dignidade humana, é direito de todos que estiverem em território brasileiro independente de sua nacionalidade, sendo o Estado o principal responsável, respondendo os entes federativos solidariamente no que concerne à saúde, não isentando a família e a sociedade de suas responsabilidades que juntamente se obrigam.

A Organização Mundial da Saúde - OMS define saúde como “[...] o completo estado de bem-estar físico, mental e social”, e não simplesmente a ausência de enfermidade. Englobando assim o perfeito bem-estar pessoal, que só se efetiva com sua completa harmonia. Com este conceito, a OMS retomou a ideia de qualidade de vida.

O direito à Saúde vem estabelecido nos arts. 196 e 197 da Constituição Federal de 1988, que institui a obrigação do Estado em fornecer condições de saúde, prevenção e proteção, ou seja, visa reduzir os riscos de doenças promovendo políticas e ações preventivas, bem como fiscalizar sua efetividade.

Para Araújo e Nunes Junior (2008), a Constituição Federal trata da saúde como direito social e o inclui no rol de Direitos Fundamentais. Afirmam ainda que, o direito à saúde é um desdobramento do próprio direito à vida e, por conseguinte um direito fundamental do indivíduo.

De acordo com Vasconcelos (2014, p. 1.839), “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser prestada a quem dela necessitar.” Ou seja, cabe ao Estado prestá-la de forma igualitária.

Por mais superficial que se possa constituir o conceito de saúde, qualquer investigação em torno do direito à saúde é bastante para afirmar a complexidade e a diversidade de ações e prestações que compõe o conteúdo desse direito fundamental (FIGUEIREDO, 2007).

Para Moraes (2003, p. 23-24), o núcleo central do conceito de saúde estaria na ideia de qualidade de vida, que se relaciona às teorias política e jurídica contemporâneas, sendo a saúde um elemento de cidadania, ou seja, um direito à promoção da vida das pessoas, não se preocupando somente com a pretensão difusa e legítima de curar e evitar a doença, mas de ter uma vida saudável.

Sarlet (2003, p. 2) equipara vida digna à vida saudável, aproximando os conceitos de qualidade de vida com dignidade da pessoa humana, afirmando que o completo bem-estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e inadequadas sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade.

O aparecimento da saúde pública está, portanto, intrinsecamente relacionado à evolução do Estado moderno, encontrando-se, já no início do século XX, instaurada a proteção sanitária como política pública, sendo reforçada com o advento do Estado do Bem Estar Social, em que se faz evidente a interdependência entre condições de saúde e de trabalho, cuja nova concepção, revelada somente a partir dos últimos anos do século vinte, implica a definição de políticas públicas que visem ao seu cuidado, à sua defesa e à sua proteção (CAVALHEIRO, 2013).

Ademais, saúde é um direito de todos e uma dimensão essencial do crescimento e desenvolvimento do ser humano, logo, todas as pessoas, sem distinção, tem direito a uma vida saudável sendo essencial o completo bem-estar para que se atinja a condição de saúde. A condição de saúde

é produzida nas relações com o meio físico, econômico e sociocultural, identificando fatores de risco à saúde pessoal e coletiva presentes no meio em que vivem.

O debate sobre a saúde e o acesso aos meios de prevenção e tratamentos médicos e terapêuticos se alargou muito na última década no país, incorporando novos participantes e colocando os médicos, os gestores e todos os envolvidos no processo em um cenário em que saúde, direito, gestão e economia têm sido compelidos a dialogar e construir soluções.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O direito à saúde pública no Brasil é marcado por evoluções históricas, nos quais devemos destacar como principais momentos históricos que marcam esta trajetória: o Período Imperial, o Brasil República, o Estado Novo, a ditadura militar e a República democrática de 1988.

A saúde passou a ser uma busca incessante pelos movimentos sanitaristas que lutavam por proteção estatal. Em meio à evolução de direitos e a miséria em saúde, o povo lentamente passou a ser ouvido. Surgindo assim princípios de proteção à saúde que só se concretizaram definitivamente enquanto direitos com proteção constitucional, com a Constituição Federal de 1988 e a unificação do sistema de saúde no país.

### 2.2.1 Direito à Saúde no Período Imperial

No período da instalação do Primeiro Império, com os colonizadores até a chegada da família real, não havia qualquer proteção à saúde pública no Brasil. A população limitava-se ao uso dos recursos naturais, como utilização de ervas, plantas e raízes medicinais e práticas como curandeirismo. Somente com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil, no século XIX, organizou-se uma precária estrutura sanitária que dava

suporte às necessidades da nobreza que se instalava na cidade do Rio de Janeiro. O interesse efetivo em relação à saúde pública se limitava apenas a Capital do Império, mais especificamente, ao rigoroso controle sobre os navios que atracavam nos portos do Brasil (CAMPOS; OLIVEIRA, 2014).

De acordo com os ensinamentos de Campos e Oliveira (2014), a Constituição Imperial de 1824 precisamente no art. 179 faz algumas menções à saúde pública, na redação do inciso XXI do referido artigo, assegurava-se ao trabalhador condições de segurança e saúde. Estabelecia ainda a garantia dos socorros públicos no inciso XXXI do mesmo artigo. Nesta época o problema maior a enfrentar era a epidemia de febre amarela. Porém, a saúde ainda não era conhecida como direito na legislação vigente.

Entre os anos de 1808 a 1828 eram expedidas licenças e cartas para aqueles que pretendessem exercer alguma atividade relacionada com a prática da cura, quais sejam, sangradores, parteiras, curandeiros, entre outros (CARLINI, 2014).

Com o objetivo de desenvolver ações de saúde pública, entre 1849 e 1851, devido à epidemia de varíola, criou-se a Junta Central de Higiene Pública, que passou a coordenar as atividades de política sanitária, a vacinação antivaríola e a fiscalização do exercício da medicina, bem como com a inspetoria de Saúde dos Portos (SCOREL; TEIXEIRA, 2008).

### **2.2.2 Saúde pública no Brasil no início da República Velha**

Em 1889 ocorre a Proclamação da República e a organização político-econômica do país adota o sistema capitalista, já adotado por vários países do mundo. O período ficou marcado pelo domínio do poder centralizado em mãos dos grandes proprietários de terras. Até 1930, as políticas-econômicas eram regionalizadas e raramente atingiam os interesses nacionais, restando assim, as reivindicações de saúde pública em segundo plano (CAMPOS; OLIVEIRA, 2014).

Observa-se que, no século XIX e no início do século XX, não havia políticas públicas sanitárias, proliferando-se assim nas cidades epidemias, como febre amarela, varíola, malária e a peste. Havia assim, completa desordem na saúde pública nacional, e os navios negreiros se recusavam a atracar nos postos do Rio de Janeiro, repercutindo negativamente no setor do comércio exterior (POLIGNANO, 2010).

A época era de ausência de saúde pública e muitas pessoas doentes, que acabavam morrendo muito jovens, fazendo com que a expectativa de vida fosse muito baixa no país. Assim, diante do contexto, o presidente Rodrigues Alves (1902/1904) criou o serviço público de limpeza urbana, obras de urbanização, construção de ruas, avenidas, praças e a reestruturação dos portos. Nesta mesma gestão o médico sanitário Oswaldo Cruz foi nomeado ao cargo de diretor do Departamento Nacional de Saúde Pública, com a responsabilidade de erradicar a epidemia de febre amarela na cidade do Rio de Janeiro - RJ. Devido ao seu sucesso com o controle das epidemias e a erradicação da febre amarela na cidade do Rio de Janeiro, o modelo foi fortalecido e adotado como proposta de intervenção na área da saúde coletiva durante as décadas seguintes (CAMPOS; OLIVEIRA, 2014).

Em 1920, Carlos Chagas foi responsável por reestruturar o Departamento Nacional de Saúde e pela introdução de política de saúde pública educativa e preventiva, expandindo ainda, o saneamento básico para os demais Estados. Entretanto, até a década de 60, as ações de saúde e as medidas sanitárias eram apenas voltadas aos espaços de circulação de mercadorias de exportação e nos grandes centros urbanos, propagando-se ao meio rural apenas no momento em que a agricultura passou a ser a principal atividade econômica daquela época (CAMPOS; OLIVEIRA, 2014).

Como as necessidades em saúde pública eram emergentes e o Estado não progredia na sua criação, a situação foi se agravando, com os hospitais lotados devido às endemias rurais que acometiam a população

e a ausência de políticas públicas de saúde e saneamento. Fatores estes, concorreram para que houvesse a manifestação mais intensa do povo clamando por condições mínimas de saúde e saneamento a serem garantidos pelo Estado.

Conforme esclarece Hochman (1998, p. 217):

Esse movimento, também conhecido como a “campanha pelo saneamento rural”, difundiu eficazmente essa interpretação por meio de uma ampla campanha de opinião pública e ofereceu soluções políticas e institucionais para transformar uma comunidade fundada nos efeitos negativos das endemias rurais e abandonada pelo Estado em um país hígido com uma população saudável. O movimento sanitarista entendia que a doença caracterizava a sociedade brasileira, desafiava suas elites e as instituições políticas (especialmente, o federalismo e a autonomia dos estados), exigindo um aumento da responsabilidade do poder público ao nível federal uma vez que a maioria dos estados não tinha condições técnicas e financeiras para implementar políticas de saneamento e saúde pública. Esse movimento foi bem-sucedido em forjar uma consciência sanitária entre as elites brasileiras, que possibilitou o surgimento das primeiras políticas de saúde e saneamento de âmbito nacional a partir da criação, em 1919, do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) e seus serviços de profilaxia rural.

Assim, fortaleceram-se os movimentos sanitaristas, expressando os anseios da sociedade, diante do caótico diagnóstico sobre as condições de vida e saúde dos brasileiros, que se arrastava desde o início da República, especialmente a partir do impacto das campanhas sanitárias do Rio de Janeiro, na gestão de Oswaldo Cruz na Diretoria Geral de Saúde Pública e ainda devido o descaso da elite e dos governos para com a população pobre, doente e abandonada (HOCHMAN, 1998).

De acordo com os ensinamentos de Hochman (1998), o Brasil era visto internacionalmente e divulgado como um país doente, devido

à inércia do poder público nas práticas de saúde pública e saneamento. Foi assim que, o movimento sanitarista demonstrou para a sociedade duas linhas que definiam o Brasil, como “o hospital” e “os sertões”. O hospital expressava as endemias rurais e os sertões definiam o abandono e carência da autoridade pública. Caracterizava-se pela população doente e abandonada no imenso hospital chamado Brasil, vítimas do sistema político e constitucional, sendo que havia médicos profissionais capazes de prevenir e/ou ainda curar as doenças. O fato de que as endemias rurais se aproximavam dos centros urbanos, o movimento sanitarista redefiniu as fronteiras entre o território urbano e o rural, e os sertões chegaram próximo das grandes cidades do país e as consequências da pobreza do abandono e das doenças se aproximavam da elite brasileira.

No ano de 1923, foi aprovada a Lei Elói Chaves, que criava as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS). Esse órgão é considerado o marco inicial do sistema previdenciário no Brasil. As CAPS eram financiadas pela União, empregados e empregadores. Ofereciam aos segurados, medicina curativa, medicamentos, aposentadoria por tempo de serviço, velhice e invalidez e pensão para os dependentes. Os beneficiários eram os trabalhadores pertencentes a grandes empresas, como marítimos e ferroviários.

No entanto, as caixas de aposentadoria e pensão apresentavam serviços irregulares, possibilitando pouca cobertura aos doentes mais graves.

### **2.2.3 Saúde Pública no Brasil e o Estado Novo**

Em 1929 ocorre a crise financeira mundial e com isso o país passa por um processo de industrialização. A saúde pública então acaba por perder importância no cenário nacional, oferecendo-se somente assistência médica individual para reprodução e manutenção da força de trabalho.

No ano de 1930, a política toma um novo rumo no país quando se dá início à Era Vargas. Após o golpe de 1937 que criou o Estado Novo, o presidente Vargas direcionou seus interesses para a população urbana que estava empregada nos setores industriais e comerciais.

Com a Revolução de 1930, comandada por Getúlio Vargas, o Estado foi reestruturado, deslançando o período da industrialização no Brasil. Deste modo, as poucas verbas destinadas à saúde pública foram destinadas a outros setores, como indústria, comércio, transportes e urbanização, devastando ainda mais a saúde pública que já era precária e passando a se agravar ainda mais com o grande êxodo rural, e o crescimento dos centros urbanos.

Em 1930 fora criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, que era responsável ao mesmo tempo pelas questões educacionais e de saúde do país. Essa ação causou a fragmentação dos serviços relacionados à saúde no país, impedindo o avanço e a melhoria na organização deste sistema no Brasil.

Em 1934, diante da situação fática catastrófica vivida pelo país no setor da saúde, a Constituição traz avanços sobre saúde pública e assistência social. De forma ainda mais abrangente a Constituição de 1946 passa a “[...] garantir direitos como à aposentadoria, à saúde, à educação, à assistência social, à cultura, à moradia, entre outros, em especial os que visavam à proteção dos trabalhadores.” (LIMA, 2003, p. 8).

A Constituição Federal de 1934 proporcionou algumas garantias aos empregados, tais como assistência médica, a licença remunerada à gestante trabalhadora e a jornada de trabalho de oito horas. Nos anos que se seguiram mais alguns benefícios foram concedidos à população como, por exemplo, o salário mínimo. Em 1943 ocorreu o estabelecimento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Em 1946, o governo do presidente Eurico Gaspar Dutra estabeleceu como uma de suas prioridades a organização dos serviços públicos nacionais.

No ano de 1948 é elaborado o Plano Salte (Saúde, Alimentação, Transporte e Energia), com a Lei nº 1920/48.

Em 1954 foi criado o Ministério da Saúde no país, responsável de forma exclusiva pelos serviços de gestão e assistência à saúde no país, no entanto, sem recursos financeiros para investimentos, sendo considerado mais um órgão burocrático.

#### 2.2.4 Saúde Pública no Brasil e a Ditadura Militar

As políticas públicas de saúde estão associadas às políticas sociais e econômicas do país. Antes da Constituição Federal de 1988, a saúde era reservada apenas aos trabalhadores com carteira assinada e seus dependentes; o restante da população era atendida pelas “Casas de Misericórdia”, que prestavam atendimento médico e hospitalar como caridade e não como um direito. Assim, diante deste cenário, o sistema de saúde previdenciário acabou sendo insuficiente para suprir a demanda da sociedade.

Criou-se em 1981 o “[...] CONASP (Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária), órgão ligado ao INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social)”, com a finalidade de fiscalizar rigorosamente a prestação de contas dos credenciados e combater fraudes na Previdência (CAMPOS; OLIVEIRA, 2014).

Posteriormente, em 1983, foram instituídas as Ações Integradas de Saúde (AIS) que abarcava um novo modelo assistencial incorporando o setor público, com ações de medicina curativa, preventiva e educativa ao mesmo tempo. Destaca-se ainda que as Ações Integradas de Saúde foram imprescindíveis para se chegar ao Sistema Unificado de Saúde (CAMPOS; OLIVEIRA, 2014).

Para Sarlet (2013) a evolução constitucional pretérita brasileira, de modo geral, fazia poucas menções aos direitos sociais, geralmente elencados nos direitos individuais, ou por meio dos textos elencados nos

títulos da ordem econômica e social, podendo identificar na Carta Imperial de 1824 (art. 179, incisos XXXI e XXXII) manifestações de garantias aos socorros públicos e o direito a instrução primária gratuita.

A Constituição de 1891 não contemplava direitos sociais, emergindo apenas com a Constituição de 1934 influenciada pelas primeiras constituições do Estado Social, em especial pela Constituição de Weimar. Surgiu assim, dentre outros, a inviolabilidade do direito à subsistência, à assistência judiciária gratuita, direitos ao trabalho e dispor sobre a assistência social e saúde pública. Com a Constituição do Estado Novo, de 1937 não houve avanços no que concerne o direito à saúde. A saber, a Constituição 1946, do segundo pós-guerra e representando o constitucionalismo, segue as evoluções anteriores, que apenas evoluiu direito individual e social, como direito ao trabalho a educação à assistência judiciária dentre outros. Contudo, a Constituição de 1967, promulgada pelo regime militar manteve a mesma linha de direitos sociais com poucas variações. A citar a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”, dentre outros. Direitos estes mantidos pela EC 1/1969 (SARLET, 2013).

### 2.2.5 Saúde pública no Brasil e a redemocratização

Segundo Sarlet (2013), a Constituição Federal 1988 concentra os direitos fundamentais sociais básicos como, “[...] educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados” no artigo 6º da CF.

A primeira organização a atuar internacionalmente com o objetivo específico de melhorar as condições de saúde e de qualidade de vida das pessoas “[...] é a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), que hoje reúne quarenta e oito países e atua como Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde para as Américas.” (LIMA, 2013, p. 17). Esta

Organização visa condições de igualdade no que cerne o acesso à saúde, combater doenças, melhorar a qualidade de vida e elevar a expectativa de vida dos povos das Américas.

Com a Segunda Guerra Mundial, e devido às atrocidades cometidas questionaram-se as condições humanas e a necessidade de garantia efetiva dos direitos humanos. Aos Estados restou a obrigação de consolidar os direitos sociais, surgindo assim, a Organização das Nações Unidas (ONU) que a ser introduzida com o advento da Declaração dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, estabelecendo assim uma diversidade de direitos sociais e evidentemente o direito à saúde, fruto da internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006).

Segundo Piovesan (2006), na esfera do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema de normas internacional de proteção dos direitos humanos, surgindo uma vertente constitucional global, destinado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, com a criação de um sistema internacional de proteção de direitos. Daí a precedência ao valor da dignidade humana, como modelo e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o sistema constitucional contemporâneo em todas as esferas, seja ela local, regional e global.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foram proclamados direitos que visam à proteção dos direitos dos indivíduos de todo o gênero humano e posteriormente foram gradativamente incorporados nas constituições de diversos países, bem como na Constituição do Brasil, em outubro de 1988 (LIMA, 2003).

Para Mendes e Branco (2014), “[...] a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde”, sendo que as constituições anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre o assunto, como a Constituição de 1824, que fazia alusão à garantia de socorros públicos no artigo 179, inciso XXXI.

A partir dos documentos declaratórios de direitos humanos, o Estado Brasileiro passa a considerar, a partir da redemocratização, a saúde um direito fundamental, tendo como marco a Constituição Federal brasileira de 1988 no que se refere à garantia dos direitos fundamentais, a qual trata em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo II, trata “Dos Direitos Sociais”, e Título VIII “Da Ordem Social”, no Capítulo II, “Da Seguridade Social”. A Constituição Aborda o Direito Fundamental à Saúde no primeiro artigo da Seção II, afirmando que é “direito de todos e dever do Estado.” (LIMA, 2013).

De acordo com Barros (1996), o sistema jurídico brasileiro recebe suporte nos princípios constitucionais que regem a dignidade humana e os direitos fundamentais, princípios estes que trazem as exigências de justiça e dos valores éticos, ou seja, servem como fundamento e garantia para a efetivação dos direitos.

Destarte, o movimento sanitarista foi o movimento mais importante para se chegarmos até a Constituição Federal de 1988 e efetivamente consagrar o direito à saúde no texto constitucional. Luta esta, longa e incessante para se reconhecer a saúde como direito de todos e dever do Estado!

### 2.3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, chamada por Ulisses Guimarães de Constituição Cidadã, é o primeiro documento brasileiro com consonância às declarações internacionais de direitos humanos a tratar da saúde como direito fundamental e posto ver, o dever do Estado em prestá-la.

De acordo com a redação do art. 6º da Constituição Federal de 1988 incorpora-se a saúde como direito social, a ser garantido através de prestações positivas pelo Estado: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a

previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

O art. 7º, inciso IV, prevê que o salário mínimo, deverá ser capaz de atender as necessidades vitais do trabalhador e de sua família, garantindo-lhes condições de bem-estar, as quais além de outras, faz alusão à saúde. No inciso XXII impõem garantias de saúde no trabalho com políticas de prevenção higiene e segurança (BRASIL, 1988)

Conforme o art. 23, II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde (BRASIL, 1988)

O art. 24, inciso XII, define que, “[...] compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] matérias que tratam da proteção e defesa da saúde.” (BRASIL, 1988).

Compete ainda, conforme art. 30, VII, aos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados prestar serviços de atendimento à saúde da população (BRASIL, 1988).

A Emenda Constitucional nº 29, editada em 2000, acrescenta a alínea “e” ao art. 34, e trás a possibilidade da intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal quando não for aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais em programas de educação e em serviços públicos de saúde (BRASIL, 1988).

Ainda, a referida emenda incorporou o inciso III ao art. 35, autorizando o Estado a intervir em seus Municípios bem como a União nos Municípios do Território Federal, quando não for aplicado o mínimo exigido da receita municipal em educação e saúde pública (BRASIL, 1988).

A redação do artigo 193 da CF/88, segundo a qual a ordem social, que tem como base o primado do trabalho, tem um duplo objetivo: o bem-estar e a justiça sociais. É pretendendo cumprir esses objetivos que se instituiu o sistema de seguridade social, a fim de que fossem assegurados

os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, o que já garante, em boa medida, bem-estar e justiça sociais (CAVALHEIRO, 2013).

Ademais, o art. 194 faz saber que, a seguridade social compreende um conjunto de ações tomadas pelo Poder Público juntamente com a sociedade, designadas a promover os direitos relativos à saúde, previdência e a assistência social, definindo que a seguridade social será financiada por toda a sociedade de forma direta ou indireta (BRASIL, 1988).

A seguridade social é entendida como um direito humano, tendo o artigo 22, da Declaração de Direitos Humanos<sup>3</sup>, expressamente reconhecido que toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à seguridade social, e a obter a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à sua dignidade ao livre desenvolvimento de sua personalidade (CAVALHEIRO, 2013).

O poder público, ao organizar o sistema de seguridade social, que é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, deve ter em conta os seguintes objetivos: (1) Universalidade da cobertura e do atendimento; (2) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; (3) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (4) irredutibilidade do valor dos benefícios; (5) equidade na forma de participação no custeio; (6) diversidade da base de financiamento e (7) o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite com participação dos trabalhadores, dos empregados, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (CAVALHEIRO, 2013).

---

<sup>3</sup> Diz textualmente o artigo 22: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”* (DECLARAÇÃO, 2008, p. 18, tradução livre).

O art. 195, § 5º explicita que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio (BRASIL, 1988).

O art. 196 consagra a saúde em “direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988), devendo ser promovida através de políticas sociais e econômicas com finalidade de reduzir os riscos de doenças e demais agravos, e que todos tenham acesso com igualdade às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já o texto do art. 197 destaca que, as ações e serviços de saúde são de interesse público e cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, sua execução deverá ser feita diretamente ou através de terceiros, bem como, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Destaca-se ainda a previsão do art. 198 que trata da criação e organização do sistema único de saúde, sendo este organizado de forma regional e hierarquizada, com direção única em cada esfera do governo. Ainda o inciso II, destaca o atendimento integral e com prioridade para as atividades preventivas (BRASIL, 1988).

Autoriza o art. 199 a participação complementar de instituições privadas no sistema único de saúde através de contrato público ou convênio, por sua vez, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (BRASIL, 1988).

O art. 200 e seus incisos tratam da competência atribuída ao Sistema Único de Saúde, dentre outras, o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substância de interesse à saúde, participar, formular e organizar diversos pontos que permeiam à saúde (BRASIL, 1988).

O art. 208, que versa sobre o direito social à educação, atribui ao estado o dever de fornecer ensino e educação aos educandos efetivando-se com o fornecimento de material, transporte alimentação e condições de saúde (BRASIL, 1988).

Destarte, pode-se verificar que na Constituição Federal de 1988 o Direito à Saúde pública e a responsabilidade do Estado em prestá-la resta evidente e consagrado, após séculos de lutas em meio a epidemias e abandono, o Estado tomou para si tal responsabilidade.

No entanto, nos 28 (vinte e oito) anos de sua vigência e de seu expressivo número de emendas constitucionais, a população brasileira tem se dado conta de que os projetos políticos e sociais abrigados em seu texto não foram suficientes para fazer o país atingir a igualdade de tratamento para todos os cidadãos e garantir acesso aos direitos sociais (CARLINI, 2014).

Mas, conforme Carlini (2014), a Constituição Federal de 1988, no âmbito do elenco de direitos e garantias individuais, coletivos e de direitos sociais, cumpriu integralmente seu papel, consignando em seu texto todos os direitos fundamentais para a garantia da dignidade da pessoa humana.

O Brasil seguiu a corrente internacional de proteção dos Direitos Humanos, consagrando em seu texto os direitos humanos, tendo a garantia de proteção à dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. Conforme Bobbio (2004, p. 221-223):

[...] a enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional.

A Constituição Federal merece uma crítica no seu texto, quando fixa as diretrizes do Sistema Único de Saúde, pois se concentra em aspectos diretamente relacionados com a saúde corporal, sem abordar, de forma mais sistemática, a proteção social e psíquica que são aspectos

fundamentais na definição de saúde da OMS – Organização Mundial de Saúde e no debate travado por especialistas e movimentos sociais antes da Constituinte (CARLINI, 2014).

Neste sentido, o conceito de saúde e de efetividade de sua proteção tem menor amplitude e está focado nos aspectos eminentemente pragmáticos de garantia de mecanismos de saúde física. Não se discute neste conceito constitucional outros aspectos, relacionados com programas de moradia adequada, acesso à educação pública de qualidade, ações afirmativas que acelerem o processo de inclusão social dos setores historicamente excluídos da sociedade, programas de alimentação adequada, entre outros aspectos políticos e sociais.

### **2.3.1 A Saúde e os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988**

Inicialmente, importante considerar que todo ser humano nasce com direitos e garantias, não devendo estes ser considerados como concessão do Estado, tendo em vista que, “alguns estes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas” (SILVA, 2006). Ainda, é válido ressaltar que as pessoas como um todo devem exigir que a sociedade respeite e garanta sua dignidade e necessidades básicas fundamentais.

Nesse sentido, de acordo com Silva (2006), os direitos fundamentais compreendem um conjunto de direitos e garantias do ser humano, que têm por finalidade tutelar a dignidade, o respeito à vida, à liberdade e à igualdade para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Partindo dessa prerrogativa, é importante, considerar que os direitos fundamentais, e, principalmente os direitos fundamentais sociais, têm ocupado posição de destaque no contexto constitucional brasileiro.

Para Dallari (2003), a sociedade deve estar organizada de modo que busque condições que permitam a cada homem e grupo social ter o que precisa para seus fins particulares. A organização da sociedade deve ter uma finalidade, que é visar o bem de todos, bem comum sendo este um conjunto de condições da vida social que melhorem o desenvolvimento da personalidade humana, obtido de forma harmônica e garantindo a liberdade de todos.

Distingue-se o direito social do direito de defesa, ao ponto que estes representam uma omissão do Estado, uma prestação negativa, enquanto aqueles exigem uma prestação positiva por parte do Estado, assegurando aos indivíduos um mínimo existencial, e pressupõem uma realização de igualdade (ASSIS, 2012).

Os direitos sociais passaram a se desenvolver a partir do século XX, quando se percebeu que os direitos individuais não eram suficientes, pois sem as condições mínimas como educação, alimentação e saúde, os direitos individuais não podiam ser exercidos. Assim, observa-se que as dimensões de direitos se completam, contribuindo todos para a realização da dignidade humana (BARCELLOS, 2011).

Após a Segunda Guerra Mundial, cresce a discussão acerca dos direitos humanos, criando declarações pactos e organizações para protegê-los. O Estado passa a intervir ativamente tentando diminuir as desigualdades econômicas, assumindo a prestação de serviços fundamentais para todos, surge a necessidade de controlar os recursos disponíveis para obter-se um maior proveito, levando a ação do Estado a todos os campos sociais; com o fim da guerra, o Estado precisa intervir mais ainda para restaurar as cidades e readaptar as pessoas (DALLARI 2003).

Parece aceita a ideia de que para ser denominado direito humano, este precisa preencher algumas condições como a universalidade, a justicidade e exigibilidade, ou seja, ser garantido a todos os grupos, ter pleno acesso à justiça, e clareza de quem tem a obrigação de realizá-lo. Existe dificuldade

no entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam qualificados nessa categoria. Há quem pense que seria possível exigir do Estado apenas que não maltrate ou dizime os cidadãos, mas não seria apropriado requerer garantia de um padrão de vida para todos, sendo que tais direitos requereriam um aumento consequente nos impostos, sendo um atrevimento requerer a satisfação dos direitos humanos quando não há possibilidades de realizá-los e concretizá-los (BONVENUTO 2010).

Os direitos sociais são previstos na Constituição Brasileira de uma forma ampla e abstrata, sendo necessária a atuação do poder público para estabelecer meios adequados de implementação. Observado isso, não há como negar o vínculo entre a efetivação dos direitos e os recursos públicos para o financiamento das prestações, necessitando de regulamentação através das políticas públicas como caracteriza a Constituição, elaboradas pelo poder legislativo e poder executivo, por meio das quais são estabelecidos objetivos a serem alcançados para a melhoria econômica social e política, garantindo o acesso às camadas menos favorecidas, definindo assim metas e meios pelos quais serão aplicados (ASSIS, 2012). Através delas, o governo faz o planejamento da forma mais adequada, para que as áreas sociais que mais precisam sejam atendidas, e assim sejam alcançados os objetivos desejados.

No contexto marcado pela globalização econômica e pela integração regional, há a urgência de incorporar a agenda social na pauta da integração regional de blocos econômicos, bem como na nova arquitetura financeira internacional.

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu, após a Constituição Federal de 1988, à dignidade humana, o caráter de princípio fundamental e de norma embaçadora do sistema constitucional, tendo assim valor máximo, sendo a dignidade humana dotada de eficácia plena em todas as relações (BERNARDI, 2007).

Durante as últimas décadas a sociedade contemporânea tem acompanhado a situação da saúde pública no país, onde a população encontra-se abandonada pelo Estado, à mercê da sorte ou de condições particulares de custear tratamento médico.

Segundo teoria desenvolvida por Campos (2006, p. 37), o termo “saúde pública” é entendido como prática social exercitada por inúmeras instituições do aparelho estatal, desde as universitárias até aquelas diretamente vinculadas ao Poder Executivo e diretamente responsáveis pela criação de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico a partir da perspectiva do bloco político e economicamente dominante, e ao mesmo tempo, “[...] encarregadas de administrar a saúde coletiva dentro de limites que facilitem a legitimação deste bloco frente à sociedade.”

De acordo com ensinamentos de Schwartz (2001, p. 52), “[...] a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida.”

Os textos constitucionais, anteriores à Constituição de 1988, não garantiam o direito à saúde na concepção atual; limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária (DALLARI, 1988).

No ano de 1988, de acordo com L’Abbate (2010), a soma de forças políticas e sociais resultou em uma conjugação favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no país.

Segundo doutrina defendida por Sarlet (2008), no âmbito da evolução jurídica brasileira, um dos principais marcos do direito à saúde a serem lembrados é a inserção da saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, na condição de direito e dever fundamental de titularidade universal, isto é, na condição de direito de

todos e de cada um e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trabalho do Poder Constituinte originário, outros direitos fundamentais surgiram no país, em uma tentativa de compensar os abusos do período ditatorial e com o objetivo de limitar os Poderes do Estado, que é representado por indivíduos eleitos pela vontade popular.

Há de ser frisado, ainda, que na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde encontra fundamento jurídico em conformidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – Organização das Nações Unidas, que desde 1948 constam na agenda internacional:

Artigo 25º

1. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade [...] (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, 1948).

Indiscutivelmente, com a promulgação da carta constitucional 1988 obteve-se uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, a Constituição por si só não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos (L'ABBATE, 2010).

São necessárias ações do poder público, de todas as esferas federativas, com ênfase à efetivação de tão importante direito, que é a saúde, que se dará a partir das chamadas políticas públicas.

### 2.3.2 Direito à saúde: um direito social?

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, conforme previsão na Carta Constitucional fundamenta-se em aspectos como: cidadania, dignidade e soberania popular. Assim, a saúde passa a ser declarada como um direito fundamental de cidadania, cabendo ao Estado a obrigação de provê-la a todos os cidadãos, indistintamente (SILVA; TANAKA, 2012, p. 250).

Silva (2002) afirma que direitos fundamentais são situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem sobrevive; são fundamentais porque devem não apenas ser reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Conforme doutrina de Ibanhes (2010, p. 213), historicamente, a responsabilidade do Estado pela vida de seus cidadãos era resultado do reconhecimento de problemas sociais e de saúde no âmbito da produção e reprodução da força de trabalho, ou seja, o acesso aos serviços de saúde estava restrito aos trabalhadores formais.

Dallari e Fortes (1997, p. 187) afirmam que o quadro de injustiça social, resultado da postura do Estado, resultou em manifestações de ordem política que influenciaram no olhar e no comportamento diante de direitos sociais.

Desta forma, o Estado de Direito passa do modelo tradicional de Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático de Direito, resultando em um aprofundamento dos direitos humanos e fundamentais, que ganham novos valores, e a atuação do Estado passa a ser reivindicada positivamente (LUIZ; KAYANO, 2010, p. 115). Segundo Dallari e Fortes (1997, p. 57), o direito à saúde, antes entendido como obrigação moral, passa a ser transformado em obrigação legal.

A saúde é um dos bens mais precisos do ser humano, *in verbis*:

Os Direitos Sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, era proteger a instituição brasileira. A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do Direito à Vida. (BONAVIDES, 2006, p. 565).

Assim, o direito à saúde foi classificado pelo constituinte originário e pelo derivado como sendo um direito social, para justificarmos esta afirmação vejamos algumas passagens de artigos esparsos da Constituição Federal de 1988 que asseguram e protegem o direito à saúde.

Segundo Moraes (2008, p. 198), o direito à saúde, classificado como direito social, é norma de ordem pública, inviolável e imperativa, cabendo ao Estado a concretização de tal direito:

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

O STF- Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.510, e quem se questionava a (in) constitucionalidade da Lei de Biossegurança, de relatoria do Ministro Ayres Brito afirmou que o direito à saúde é um direito social, nos seguintes termos:

[...] *Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de n. 194). Saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte*

inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. (ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010, grifo nosso).

Portanto, partindo de uma análise do período pré e pós Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, tendo em vista que antes da Constituição não era dever constitucional do Estado (em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar os direitos relativos à saúde e hoje deve fazer parte das políticas públicas do governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

A partir da análise do texto constitucional, infere-se que o Direito à Saúde foi classificado pelo constituinte originário como um direito social, que merece especial proteção do Estado, de forma que fosse a todos os brasileiros assegurado um patamar de subsistência digna, garantindo a efetivação das normas programáticas, através de políticas públicas.

### **2.3.3 Eficácia, Efetividade e Aplicabilidade das Normas Relativas ao Direito à Saúde**

Vários fatores contribuem para a violação por parte do Estado, abrangendo todas as esferas federativas, do cumprimento do seu dever de prestação da saúde. Sarlet (2006, p. 420) afirma que um dos fatores é o aumento da demanda por parte da população brasileira, enquanto que outro seria a incapacidade do Estado em efetivar tal direito:

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades

marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.

Castro (2008), afirma que em países como o Brasil, que não atingiram o mesmo nível de proteção social que o dos continentes precursores da ideia de direitos sociais, o período atual gera outros problemas, como a redução de gastos públicos com políticas sociais, o que significa o não comprometimento com a meta do Bem-Estar Social.

A proteção social é afetada diretamente pelos reflexos da globalização, que afeta o Estado Contemporâneo. Assim, as sociedades estão vivendo um processo de modificação das políticas estatais, que refletem na soberania estatal, no valor social do trabalho e na intervenção do Estado com vistas à redução das desigualdades sociais (CASTRO, 2008).

Ao Estado compete garantir os direitos sociais, por meio de políticas públicas, e segundo Castro (2008, p. 668), o direito à saúde deve ser concretizado integralmente pelo Estado-Providência: “O Estado-Providência foi criado, segundo os seus precursores, para a redução das desigualdades sociais. Assim, o sistema se sustenta e se legitima pelo fato de que a sociedade – e o Governo eleito por esta – tem um compromisso moral com os menos favorecidos.”

Neste sentido, precisa-se identificar qual é a efetividade e aplicabilidade dos direitos constitucionais, principalmente dos direitos sociais.

A efetividade dos direitos constitucionais pode ser entendida como a concretização de efeitos jurídicos no mundo fático, ou seja, constitui a materialização do Direito. Segundo Barroso (1996, p. 83), a efetividade “[...] simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.”

Importante distinguir a eficácia em eficácia jurídica e eficácia social:

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. [...] Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. (SILVA, 1998, p. 66).

Os conceitos de efetividade e eficácia relacionam-se ainda com o de aplicabilidade:

Já no que diz com a relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade, retomamos mais uma vez a lição de José Afonso da Silva para consignar que eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, já que a eficácia é encarada como potencialidade (a possibilidade de gerar efeitos jurídicos) e a aplicabilidade, como realizabilidade, razão pela qual eficácia e aplicabilidade podem ser tidas como as duas faces da mesma moeda, na medida em que apenas a norma vigente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. (SARLET, 2009, p. 25).

Portanto, as normas constitucionais para serem efetivas precisam ser materializadas no mundo fático, precisam deixar de serem meras normas formais.

De acordo com Sarlet (2005), a classificação dos direitos fundamentais, segundo a funcionalidade, se dividiria em: a) direitos fundamentais de defesa e b) direitos fundamentais à prestações, que se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo, abarcando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, e os direitos a prestações em sentido estrito.

No que se refere aos direitos fundamentais de defesa, ensina o jurista que objetivam a limitação do poder estatal, para garantir ao

indivíduo uma esfera de liberdade e lhe conceder um direito subjetivo a evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminar agressões a sua esfera de autonomia pessoal. Trata-se, pois, de direitos negativos, dirigidos a uma conduta omissiva do destinatário (SARLET, 2005).

Schwartz e Thome (2015) defendem que os direitos possuem um custo, ou seja, não somente os direitos sociais demandam investimento pelo Estado, mas também os direitos civis e políticos, contanto que exigem a abstenção do Estado ou indivíduos, ou seja, não-intervenção na esfera de autonomia e liberdade das pessoas, contam com uma estrutura estatal pesada para que seja cumprida na realidade. O que está em jogo, portanto, normalmente não é a forma de garantir direitos “caros”, mas para decidir quais recursos e prioridades serão atribuídas para sua satisfação:

*Todos los derechos tienen un costo. Los derechos civiles y políticos, en síntesis, comportan, de la misma forma que los derechos sociales, una dimensión distributiva cuya satisfacción demanda recursos: no solo los derechos sociales implican costos para el Estado; los derechos civiles y políticos, en tanto en cuanto exigen una abstención del Estado o de los particulares, es decir, la no intervención en la esfera de autonomía y libertad de los individuos, dependen de una gravosa estructura estatal para ser hechos realidad. Lo que está en juego, por tanto y normalmente, no es cómo garantizar derechos “caros”, sino decidir cómo y con qué prioridad serán asignados los recursos que todos los derechos exigen para su satisfacción.*

No que tange aos direitos a prestações em sentido amplo, incluem-se os direitos de proteção, entendidos como posições jurídicas que atribuem ao cidadão o direito de exigir perante o Estado a proteção de bens jurídicos em face de violações de terceiros, e os direitos à organização e ao procedimento, relacionados também à produção normativa, que apresentam caráter residual em relação aos direitos de defesa. Por fim,

os direitos a prestações em sentido estrito correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social (SARLET, 2005).

Segundo interpretação da teoria de Sarlet (2005), conclui-se que o direito à saúde classificaria-se como um direito à prestações em sentido estrito, ou seja, vinculado às prestações sociais materiais, vinculado às funções do Estado Social Democrático, sendo, portanto, um direito que depende de políticas públicas a serem efetivadas pelo Estado.

## 2.4 DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS

A preservação da vida sempre foi uma preocupação constante do ser humano. Assim, em decorrência das necessidades diárias, buscou-se no decorrer da evolução da sociedade a proteção do indivíduo, garantindo alguns meios de amparo frente às adversidades da vida. No entanto, nem sempre a proteção é efetiva, tanto por parte da sociedade quanto do Estado, ficando muitos indivíduos e coletividades desprotegidos e desamparados.

“As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há menos de vinte anos. O tema é, por natureza, muito complexo. [...] É originário do universo de preocupações da teoria política.” (BUCCI, 1997, p. 89).

O modo como se estruturou o Estado liberal foi mais voltado à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo ou construtivo (BUCCI, 1997).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o advento de políticas sociais de saúde, seguridade social e habitação “[...] há um aprofundamento dessa alteração qualitativa das funções do Estado, que do plano da economia se irradia sobre o conteúdo social da noção de cidadania.” O dado novo que passa a caracterizar o Estado social, no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos, é a existência de um

modo de agir dos governos, ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados (BUCCI, 1997, p. 90).

Neste contexto, a política pública é o instrumento privilegiado do Estado para minimizar as contradições e conflitos sociais gerados pelo confronto entre o global, entendido como o todo, e o setorial, representado pelas categorias profissionais (ELIAS, 2004).

Neste sentido, para Elias (2004) as políticas públicas constituem instrumentos para a atuação do Estado. Os pressupostos teóricos do Estado para se pensar a área social estão centrados na reprodução da força do trabalho, promovendo a regulação entre Estado, economia e sociedade.

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais. Enquanto os direitos individuais, ditos de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que dependem de prestações do Estado (BUCCI, 1997).

“A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.” (BUCCI, 1997, p. 90). Portanto, as políticas públicas estão legitimadas na vontade popular. As políticas hoje são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law* (BUCCI, 1997, p. 90 apud COMPARATO, 1989) – fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos republicanos. A função governar seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas (BUCCI, 1997).

As grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder

Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para a execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou programa implica na permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação de poderes entre os dois centros de atribuição (BUCCI, 1997, p. 96).

“Governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas de médio e longo prazo.” (BUCCI, 1997, p. 96 apud COMPARATO, 1989, p. 102). O sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa (BUCCI, 1997, p. 97).

Neste contexto, entendendo no que se consubstanciam as políticas públicas, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 uma série de direitos fundamentais, inspirados nas Constituições do México e de Weimar (Alemanha), foram previstos no texto constitucional brasileiro. Dentre eles, temos um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição e de forma mais específica no art. 5º foram exemplificados alguns direitos e deveres individuais e coletivos.

Além do Título II, muitos outros direitos fundamentais foram previstos em artigos esparsos no decorrer do texto constitucional, como por exemplo, a defesa das instituições democráticas, a organização do Estado e a organização dos Poderes, neste último prevendo-se a separação dos poderes e a aplicação da Teoria dos Freios e Contrapesos. Vale salientar que tais previsões constitucionais têm como objetivo primordial a proteção dos indivíduos de abusos praticados pelo Estado ou pelos Poderes, garantindo uma maior segurança jurídica, protegida contra qualquer ato discricionário do governo que tenha como objetivo prejudicar os indivíduos ou coletividades.

Algumas conclusões afirmam que a ampla proteção aos direitos e garantias fundamentais é uma espécie de compensação aos exageros cometidos pelo Estado durante a Ditadura Militar, enquanto que outros afirmam que o Brasil seguiu modelos internacionais, inspirados nas Declarações da ONU – Organização das Nações Unidas, tentando se adequar a um mundo globalizado, democrático e de proteção do indivíduo contra abusos praticados pelo Estado.

Assim, no Título VIII da Constituição Federal, o constituinte originário entendeu por tratar “Da ordem social”. Neste título, deu-se uma atenção especial à Seguridade Social (Capítulo II), à educação, cultura e desporto (Capítulo III), ciência e tecnologia (Capítulo IV), Comunicação Social (Capítulo V), meio ambiente (Capítulo VI), família, criança, adolescente jovem e idoso (Capítulo VII) e aos índios (Capítulo VIII).

No que se refere à ordem social, o que nos interessa para o avanço da pesquisa é o Capítulo II, que se refere à Seguridade Social, que abrange as políticas públicas referentes à assistência social, saúde e previdência social.

Quando o texto constitucional se refere ao direito à saúde, prevê em seu art. 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido [...] acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988). Portanto, da análise do texto constitucional concluímos que saúde é direito de todos e dever do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios de forma solidária).

De acordo com Bobbio (1992), a concorrência entre os direitos é um dos entraves na sua garantia reconhecimento do direito de alguns é o conseqüente suprimento do direito de outros. No que se refere ao direito à saúde, classificado entre os direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos, se comparado aos direitos civis e políticos. O reconhecimento dá saúde como direito universal e integral esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para sua garantia.

Quando se fala em Políticas Públicas do Direito à saúde, deve-se considerar que o Brasil evoluiu muito desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Passamos de uma realidade de Estado Negativo, que nada fazia pela saúde de seu povo para um Estado Positivo, que tem o dever constitucional de garantir a saúde a todos.

Os doutrinadores Nogueira e Pires (2004, p. 758) consideram fundamental o debate acerca do alcance e conteúdo do direito Social a saúde afirmando que: “Os interesses presentes e a capacidade organizativa dos diferentes grupos que compõem o setor darão o tom do debate e, [...], viabilizarão a inclusão e efetivação do direito à saúde com um perfil onde a democracia e a universalidade encontrarão abrigo amplo ou serão extremamente reduzidas.”

No entanto, analisando a trajetória da saúde no período pós-constitucional, verifica-se que os problemas enfrentados pelo setor no campo do financiamento, principalmente a insuficiência de recursos, inviabilizam a realização de uma política social mais efetiva (MENDES; MARQUES, 2009).

Assim, muito há de se fazer ainda no que se refere à concretização do direito à saúde. Qualquer leigo no assunto, que já precisou de assistência à saúde do SUS (médica, hospitalar ou referente à distribuição de medicamentos), em qualquer esfera de poder (federal, estadual, distrital ou municipal), e em qualquer região do país, poderá “contar-nos” sua experiência negativa de vida.

Neste sentido, com o objetivo de efetivar os direitos constitucionais sociais, o Estado brasileiro, representado pelos seus governantes, eleitos pelo povo, criou algumas políticas públicas de saúde visando garantir a efetivação do direito à saúde a todos e de forma igualitária, as quais serão estudadas a seguir.

## 2.5 LEI Nº 8.080/90 - LEI DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS): A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE?

O Poder Público editou, para regulamentar o Direito à Constitucional à Saúde, conforme previsão do art. 197, em 1990 a Lei 8.080/1990 que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.” (BRASIL, 1990), chamada de Lei do SUS – Sistema Único de Saúde, que tem como objetivo regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Ainda neste sentido, Vasconcelos (2014, p. 1742) afirma:

Coube às Leis n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, a regulamentação do art. 196 da Constituição Federal de 1998, que determinou a instituição do Sistema Único de Saúde (SUS). Cuida-se de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços voltados para a saúde.

O art. 2º da Lei 8.080/90 prevê a saúde como direito fundamental do ser humano, e traz para o Estado o dever de prover as condições imprescindíveis ao seu pleno exercício, que se dará através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que objetivem a redução de riscos de doenças e de outros agravos, assegurando ainda acesso universal e igualitário para todos, sem distinção, às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Entretanto ressalva, que o dever do Estado não exclui a responsabilidade das pessoas, da família, empresa e sociedade, *in verbis*:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL, 1990).

Ademais, no art. 3º, caput e parágrafo único, o legislador elevou a saúde ao topo da organização social de um país, ao afirmar que, “os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. Relaciona também a saúde às ações destinadas a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (BRASIL, 1990).

Destarte, para o art. 4º, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS), ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta bem como das fundações mantidas pelo poder público e ainda conforme o § 2º do aludido artigo, a iniciativa privada poderá de forma complementar participar do Sistema Único de Saúde.

No que concerne ao Sistema Único de Saúde, Vasconcelos (2014) afirma que há cinco princípios basilares que o norteiam, sendo: universalidade; equidade; descentralização; atendimento integral e participação comunitária. Afirma ainda que, a descentralização no atendimento significa que as questões mais complexas cabem ao Estado-membro, o atendimento básico de saúde cabe aos Municípios fornecer, forma esta mais apropriada para o SUS trilhar. Tendo ainda, direção única em cada esfera do governo, tendo como gestor federal o Ministro da

Saúde, Estadual os Secretários Estaduais de Saúde e gestores no âmbito municipal os Secretários Municipais de Saúde.

Neste sentido, é vasto e evidente o direito e as garantias no âmbito da saúde. Resta claro na norma vigente a evolução e implantação da saúde como direito fundamental.

### **2.5.1 O Sistema Único de Saúde - SUS como Política Pública de Saúde**

Para fins de implementação e garantia do direito constitucional à saúde, em 1990, considerada um primeiro ato do governo com vistas às políticas públicas nesta área, foi promulgada a Lei 8.080/90, que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências” (BRASIL, 1990), institucionalizando o SUS – Sistema Único de Saúde, considerada a mais abrangente e ambiciosa e política pública de saúde já formulada no Brasil (ELIAS, 2004).

No entanto, conforme afirma Santos (2012), o SUS não nasceu a partir do texto constitucional, mas começou na prática já nos anos 70, ou seja, há mais de 40 anos, a partir dos movimentos sociais e políticos contra a ditadura militar, em busca das Liberdades Democráticas e Democratização do Estado, que se ampliava e se fortalecia em busca de uma sociedade justa e solidária e um Estado Novo com políticas públicas e proteção dos direitos humanos básicos.

Os movimentos Municipal de Saúde e o da Reforma Sanitária, ocorridos na década de 1980, fizeram com que o governo federal firmasse convênios para repasses financeiros que fortaleceram a prestação dos serviços básicos e já integrais de saúde à população brasileira (SANTOS, 2012). Além disso, foram realizados diversos simpósios de políticas na saúde envolvendo inclusive o Poder Legislativo Federal.

De acordo com Santos (2012), a força social e política destes movimentos fez surgir a Comissão Nacional da Reforma Sanitária no ano de 1986, formada por representantes dos governos federal, estadual e municipal e também pelas instituições públicas e privadas relacionadas à saúde, além de entidades da sociedade civil e trabalhadores, com a finalidade de elaborar as diretrizes básicas e a proposta do sistema público de saúde a ser encaminhada para debate pela Assembleia Constituinte Originária.

A Plenária Nacional de Saúde, formada pelos movimentos e entidades da sociedade civil, com a finalidade de participar e exercer o controle social nos debates da proposta de saúde no projeto da Nova Constituição Federal Democrática, foi formada também no ano de 1986 (SANTOS, 2012).

Ainda, na década de 1980, antes mesmo da criação oficial do SUS, o governo federal descentralizou a responsabilidade referente às políticas públicas e repasses financeiros para os estados e municípios, realizando uma espécie de retração na sua participação no financiamento da saúde (SANTOS, 2012).

A efetiva institucionalização do SUS começou a tomar corpo no início dos anos 90, como resultado dos interesses criados pelos secretários de saúde municipais, reunidos em Conselho Nacional, com a estratégia de unificação descentralizada do sistema de saúde (STOLZ, 2003).

De acordo com Santos (2012, p. 274), as expectativas de criação do SUS eram na crença de que o Estado seria democratizado e cumpriria as diretrizes constitucionais sociais.

O Movimento da Reforma Sanitária, logo após a criação do SUS, deparou-se com uma mudança radical de cenário e também de perspectivas para a política pública. Logo após a eleição de Fernando Collor de Mello o país entrou na chamada “era neoliberal”, tendo como principal problema o financiamento público (STOLZ, 2003).

Havia nesta época uma agregação negativa da seletividade imposta pelos mecanismos de financiamento e a percepção das dificuldades de

acesso e baixa qualidade dos serviços, somados ainda a “*auto exclusão*” das classes médias e de alguns segmentos dos trabalhadores urbanos (STOLZ, 2003). Desta forma, o SUS acabou desembocando em uma espécie de “universalização excludente” (FAVARET; OLIVEIRA, 1989).

O SUS apresenta uma tendência à universalização, marcado, todavia, por fortes contradições. Ele volta-se, de fato, para a maioria da população brasileira. No entanto, paralelo a este sistema, existe uma clientela enorme no setor privado autônomo, estimado em 1998 pelo IBGE em 29 milhões (IBGE, 1998), e estima-se que o crescimento deste setor foi ainda maior nos últimos anos. Portanto, a denominação Sistema Único de Saúde é uma contradição em termos, deveria, no entanto, ser chamado de sistema público de saúde (STOLZ, 2003).

Na relação Estado/Saúde, a criação do SUS representou o advento do Estado de Bem-Estar Social, significando a desmercantilização da saúde com a elevação de seu estatuto a direito universal e nuclear para a cidadania plena (ELIAS, 2004).

Entretanto, mesmo podendo afirmar que há 25 anos o SUS é obrigação legal, a sua implementação com a efetivação do direito social à saúde, encontra diversas dificuldades, que são verdadeiros obstáculos na transformação do SUS em um sistema público de saúde de qualidade e universal, realmente comprometido com as necessidades e os direitos da população no que concerne ao seu objetivo: saúde (SANTOS, 2012).

Neste sentido, o SUS pode ser compreendido como a principal e maior política pública para o setor de saúde e o maior projeto do movimento sanitarista brasileiro. No momento histórico atual, tem como principal desafio efetivar-se como Política de Estado, ou seja, representar a expressão de negociação entre Estado e Sociedade, conforme consagrado na Constituição Federal e se tornar imune às naturais alternâncias de poder (ELIAS, 2004).

Segundo tese defendida por Santos (2012), os principais obstáculos enfrentados para a consecução dos objetivos do SUS são: a)

o subfinanciamento federal: o governo federal somente está custeado de forma subsidiária o financiamento das ações e serviços da saúde, sendo que os estados e municípios vêm assumindo novas e maiores responsabilidades; b) Subvenção crescente com recursos federais ao mercado de Planos Privados de Saúde, por meio de renúncia fiscal, cofinanciamento público de planos privados de saúde e não –ressarcimento obrigado pela lei 9.656/98; c) grande rigidez da estrutura administrativa e burocrática do Estado, que é incapaz de gerenciar com eficiência os estabelecimentos públicos, grande resistência à reforma democrática desta estrutura; e d) privatização da gestão pública, entregando o gerenciamento de estabelecimentos públicos de saúde para grupos privados.

Como consequências dos obstáculos citados, podemos citar: a) A dificuldade das unidades básicas de saúde e equipes de saúde da família de desenvolver o atendimento na atenção básica; b) a gestão descentralizada nas unidades de saúde não é autossuficiente, pois existe um grande dilema entre evitar a omissão de socorro e a limitação de recursos, com os serviços congestionados; c) precarização da implementação do SUS, que inclui uma população antes excluída que, no entanto, diminuiu a qualidade do atendimento das necessidades e direitos da população, devido às equipes e recursos serem escassos, entre outros (SANTOS, 2012, p. 277).

Assim, analisando a trajetória da saúde no período pós-constitucional, verifica-se que os problemas enfrentados pelo setor no campo do financiamento, principalmente a insuficiência de recursos, inviabilizam a realização de uma política social mais efetiva (MENDES; MARQUES, 2009)

Vários fatores contribuem para a violação por parte do Estado, abrangendo todas as esferas federativas, do cumprimento do seu dever de prestação da saúde. Sarlet (2006, p. 420) afirma que um dos fatores é o aumento da demanda por parte da população brasileira, enquanto que outro seria a incapacidade do Estado em efetivar tal direito:

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.

Desta forma, apesar do Estado brasileiro ter criado o SUS com o intuito de efetivar as políticas públicas voltadas à promoção de ações e serviços destinados à área de saúde, sistema este considerado um dos melhores do mundo em sua estrutura e objetivos previstos em sua lei instituidora, muitas dificuldades ainda são encontradas na sua implementação.

Passamos agora à análise dos três principais Programas de Governo/ Estado utilizados como políticas públicas que objetivam a efetivação do direito social à saúde.

### **2.5.2 Programa e Estratégia da Saúde da Família**

Ao Estado compete garantir os direitos sociais, por meio de políticas públicas, e segundo Castro (2008), o direito à saúde deve ser concretizado integralmente pelo Estado-Providência, que foi criado para a redução das desigualdades sociais, onde o sistema se sustenta e se legitima no fato de que o governo eleito tem um compromisso moral com os menos favorecidos.

A efetividade dos direitos constitucionais pode ser entendida como a concretização de efeitos jurídicos no mundo fático, ou seja, constitui a materialização do Direito. Segundo Barroso (1996, p. 83), a efetividade “[...] simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.”

Silva (1998, p. 66) afirma que eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. A eficácia jurídica consiste na

capacidade de atingir os objetivos traçados na lei, ou seja, os ditames jurídicos objetivados pelo legislativo, no entanto, uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, ou seja, pode ter a capacidade de gerar efeitos jurídicos, mas não ser efetivamente cumprida no plano social.

Os conceitos de efetividade e eficácia relacionam-se ainda com o de aplicabilidade, ou seja, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, a eficácia pode ser observada como potencialidade de gerar efeitos jurídicos enquanto que a aplicabilidade como realizabilidade, por isso são consideradas duas faces da mesma moeda, pois apenas a norma vigente será eficaz (SARLET, 2009).

Portanto, as normas constitucionais para serem efetivas precisam ser materializadas no mundo fático, precisam deixar de serem meras normas formais.

De acordo com Sarlet (2005), a classificação dos direitos fundamentais, segundo a funcionalidade, divide-se em: a) direitos fundamentais de defesa e b) direitos fundamentais a prestações, que se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo, abarcando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, e os direitos a prestações em sentido estrito.

No que se refere aos direitos fundamentais de defesa, ensina o jurista que objetivam a limitação do poder estatal, para garantir ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe conceder um direito subjetivo a evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminar agressões a sua esfera de autonomia pessoal. Trata-se, pois, de direitos negativos, dirigidos a uma conduta omissiva do destinatário (SARLET, 2005).

No que tange aos direitos a prestações em sentido amplo, incluem-se os direitos de proteção, entendidos como posições jurídicas que atribuem ao cidadão o direito de exigir perante o Estado a proteção de bens jurídicos em face de violações de terceiros, e os direitos à organização

e ao procedimento, relacionados também à produção normativa, que apresentam caráter residual em relação aos direitos de defesa. Por fim, os direitos a prestações em sentido estrito correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social (SARLET, 2005).

Segundo interpretação da teoria de Sarlet (2005), conclui-se que o direito à saúde classificava-se como um direito a prestações em sentido estrito, ou seja, vinculado a prestações sociais materiais, vinculado às funções do Estado Social Democrático.

Com o objetivo de materializar de fato os objetivos previstos na legislação do SUS e a necessidade de expandir a oferta de serviços públicos de saúde e a dimensão do déficit de cobertura da população, levaram o Ministério da Saúde em 1994, a formular o PSF - Programa da Saúde da Família, hoje chamado de ESF – Estratégia da Saúde da Família (STOTZ, 2003).

Segundo Stotz (2003), o programa foi desenvolvido como uma estratégia de orientação do modelo assistencial, com o objetivo de extensão da cobertura, centrado nas ações de saúde básica. Foi implementado em todo o país, a partir de estímulos financeiros, no ano de 1998.

Misoczky (1995) afirmava que este programa era uma resposta às imposições de ordem macroeconômicas dos acordos formulados pelo Brasil com o FMI. Existia à época uma relação entre o mínimo essencial de saúde pública e serviços clínicos propostos pelo Banco Mundial e o modelo de atenção básica à saúde, como uma espécie de reedição da “medicina pobre para os pobres” (MISOCZKY, 1995, p. 6-7), baseada na atenção primária da saúde.

Não é difícil associar o modelo do ESF com o modelo de medicina de família/comunitária. Evidentemente, para oferecer o pacote mínimo essencial, os médicos especialistas são desnecessários, bem como os investimentos na “qualificação e modernização da rede de serviços de atenção básica”. Assim, à época, Fernando Henrique Cardoso, Presidente

da república, afirmou que era possível melhorar a saúde sem aumentar o orçamento do SUS (MISOCZKY, 1995, p. 6-7).

Fracassos ou limitações no cumprimento do papel de efetivação dos direitos sociais e de proteção social constituem em si fatores de deslegitimação da ordem social (STOTZ, 2003).

A partir de um olhar retrospectivo para a história do Brasil, verificamos as limitações de uma escolha estratégica para lidar com o problema da saúde (Escorel, 1998), o que fez os governos da época priorizarem a ocupação dos espaços públicos (MISOCZKY, 1995).

Neste sentido, pode-se afirmar que o Programa de Saúde da Família – PSF, atualmente chamado de Estratégia de Saúde da Família – ESF, foi a primeira grande política pública de efetivação dos objetivos do SUS, que se baseia nas ações e serviços de saúde, que inicialmente priorizou melhorar e expandir os serviços de saúde sem, no entanto, aumentar o orçamento do SUS.

### **2.5.3 Recursos vinculados para implementação das ações e serviços do SUS**

O novo modelo, criado pela Constituição Federal de 1988, articulou solidariamente as áreas da Previdência Social, Saúde e Assistência Social ao Sistema chamado de Seguridade Social.

Entretanto, simultaneamente à implementação do novo modelo, iniciou-se a separação progressiva dos universos do seguro e da solidariedade, o que trouxe um grande problema ao coração do sistema que havia sido projetado: seu financiamento (RIBEIRO, 2010, p. 28).

De acordo com Ribeiro (2010, p. 28), a grande instabilidade gerada pelo financiamento da seguridade social, e a dificuldade de implementação de políticas públicas destinadas à saúde, motivou o surgimento, na segunda metade da década de 90, de um movimento político para

elaboração e aprovação de uma Emenda Constitucional que vinculasse parcela dos recursos orçamentários de cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o financiamento das despesas com ações e serviços públicos de saúde.

Em 13 de setembro de 2000, 10 anos após a institucionalização do SUS, foi aprovada a EC – Emenda Constitucional 29/2000, que altera o texto constitucional para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

O art. 34, VII da CF/88, após a EC 29/2000, passou a vigorar com a seguinte redação “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.” (BRASIL, 1988).

A EC 29/2000 deu nova redação ao art. 198 da CF/88, incluindo os §§ 2º e 3º, entre outros, que em síntese dispõem que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão em ações e serviços de saúde recursos mínimos, que no caso da União será um percentual mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro; no caso dos Estados e do Distrito Federal, será o produto da arrecadação dos impostos previstos no art. 155 e dos recursos dos arts. 157 e 159 (I, a e II) e no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos previstos nos arts. 158 e 159 (I, b e § 3º).

A Receita Corrente Líquida é o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, deduzidas as transferências constitucionais e legais a Estados e Municípios e algumas contribuições, conforme definição da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No Estado de Santa Catarina o percentual mínimo da Receita Corrente Líquida que deverá ser aplicado em Saúde é de 12%, conforme

determina a Constituição Federal e a Constituição Estadual do Estado. Desde o ano de 2010 o Estado de Santa Catarina vem investindo o percentual mínimo vinculado, chegando ao ano de 2016 com um investimento de 13,99% da Receita Corrente Líquida, conforme pode ser verificado no quadro de Evolução do Percentual Mínimo das Despesas Próprias com Saúde e Educação (ESTADO DE SANTA CATARINA, 2016):

Tabela 1 – Evolução do Percentual Mínimo das Despesas Próprias com Educação e Saúde no Estado de Santa Catarina

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Percentual aplicado em Educação	26,19%	26,57%	29,42%	28,30%	28,39%	27,57%	22,83%
Percentual aplicado em Saúde	12,04%	12,09%	12,14%	12,02%	12,11%	12,86%	13,99%

Fonte: Estado de Santa Catarina.

Previu-se ainda que lei complementar iria estabelecer os percentuais, os critérios de rateio dos recursos da União e dos Estados, bem como as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

A lei complementar prevista para regulamentar o § 3º do art. 198 foi promulgada somente em 2012. Trata-se da Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que dispõe

[...] sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo. (BRASIL, 2012).

Portanto, partindo de uma análise do período pré e pós Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, tendo em vista que antes da Constituição não era dever

constitucional do Estado (em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar os direitos relativos à saúde e hoje deve fazer parte das políticas públicas do governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

#### 2.5.4 Programa Mais Médicos

Importante reconhecer que a assistência à saúde depende dos trabalhadores da saúde e de sua capacidade de produzir o cuidado. É a equipe de saúde que será capaz de atender e resolver os problemas apresentados pela população (EDITORIAL, 2013).

Em editorial, a Revista Saúde em Debate (2013) afirmou que a suficiência quantitativa das equipes de saúde, quando bem distribuídas, permite atendimento universal da população residente em todo o território nacional, levando a efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, afirmou ser consenso entre os gestores do SUS que entre as categorias de profissionais da saúde, os médicos são os profissionais mais difíceis de prover nos serviços públicos de assistência à saúde, problema este reconhecido inclusive pela população, quando afirma que o principal problema do SUS é a falta de médicos.

O SUS foi transformado em mercadoria, a partir de uma política de ampliação do consumo, que caracterizou os últimos governos federais, que não enfrentaram os interesses dos complexos econômicos envolvidos com a saúde – indústria farmacêutica, de equipamentos, planos e seguros privados de saúde, prestadores privados de serviços – e que seguem promovendo um subfinanciamento crônico do SUS, sendo esta a principal razão da concentração de médicos no setor privado e sua conseqüente escassez no setor público, gerando graves distorções à saúde brasileira (EDITORIAL, 2013).

Com a intenção de expandir o atendimento na rede básica de saúde, foi implementada a mais nova política pública de saúde, também chamada de governo, denominada de “Programa Mais Médicos”.

O Programa Mais Médicos foi criado através da Lei 12.871/2013, com o objetivo de ampliar a assistência na Atenção Básica fixando médicos nas regiões onde havia carência de profissionais. O art. 1º da lei prevê a instituição do Programa Mais Médicos com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o SUS com os objetivos de: a) diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde; b) fortalecer a prestação de serviços de atenção básica em saúde; c) aprimorar a formação médica no país e proporcionar maior experiência no campo da prática médica durante o processo de formação; d) ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS; e) fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço; f) promover a troca de conhecimento e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras; g) aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS; e h) estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS (BRASIL, 2013).

Por meio do programa, 14.692 mil médicos passaram a atender a população de 3.785 mil municípios do país, o que equivale a 68% (sessenta e oito por cento) dos municípios do país, além de 34 Distritos Sanitários Indígenas (DSEIs), passando a atender algo em torno de 50 milhões de brasileiros (BRASIL, 2015).

Além do atendimento médico, foi criado um eixo de investimento em infraestrutura, onde serão investidos R\$ 5,6 bilhões para o financiamento de construções, ampliações e reformas das Unidades Básicas de Saúde (UBS) e R\$ 1,9 bilhão para as construções e ampliações de Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) (BRASIL, 2015).

No terceiro eixo de investimentos do Programa, relacionadas à expansão e reestruturação da formação médica no país, segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2015) foi prevista a criação, até 2017, de 11,5 mil novas vagas de graduação em medicina e 12,4 mil vagas de residência médica para a formação de especialistas até 2018, com o objetivo de valorização da Atenção Básica e outras áreas prioritárias para o SUS.

Neste sentido, em síntese, o Programa Mais Médicos faz parte de um amplo pacto de melhoria do atendimento aos usuários do SUS, prevendo investimentos em infraestrutura dos hospitais e unidades de saúde, além de levar médicos para regiões onde há escassez ou ausência total de profissionais (BRASIL, 2015).

Segundo Campos (2013), o Programa Mais Médicos é uma tentativa de responder aos movimentos sociais do ano de 2013. O projeto do programa possui três propostas principais com o objetivo de melhorar a qualidade da política pública de saúde do SUS.

Considerada a mais nova política pública de saúde, o Programa Mais Médicos traz vários aspectos que merecem apoio e outros que infelizmente merecem críticas.

O Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES (2014) afirmou que as medidas do Programa Mais Médicos são necessárias e louváveis, no entanto, insuficientes para o setor, que necessita de outras medidas de curto, médio e longo prazo.

Campos (2013) defende que merece aplausos a iniciativa de contratação de mais de 10 mil médicos para a rede primária de atenção básica, principalmente àqueles localizados em regiões de grande vulnerabilidade social e sanitária, tanto em municípios médios, pequenos e em periferias de grandes cidades, onde os profissionais habilitados não tinham interesse em atuar.

A extensão da saúde primária, por mais que exista a Estratégia de Saúde da Família em pleno funcionamento, nunca havia sido efetivada

plenamente e também nunca havia sido assumida como meta de governo pelos candidatos brasileiros à presidência da república.

No entanto, Campos (2013) afirma que não merece apoio a forma de contrato firmado pelo governo, o qual se configura ilegal e as condições de recrutamento parecem criadas para espantar eventuais candidatos. Inicialmente por se tratar de um contrato provisório, prevendo contratação por três anos, prorrogáveis por mais três, significando que todos os médicos deverão deixar suas atividades para algo que terminará em breve. As contratações precárias são um dos principais problemas enfrentados pelo SUS atualmente, o que poderá conduzir ao fracasso do programa.

Merece ainda apoio a preocupação com a formação de novos médicos, segundo métodos empregados em países com sistemas públicos de saúde, seja com o aumento do estágio na atenção básica ou com o recrutamento segundo normativas compulsórias ou estratégias de indução (CAMPOS, 2013).

Entretanto, merece críticas a intenção de estender-se o curso de medicina para oito anos. Faz-se necessário uma reforma nos cursos de medicina, com o objetivo de formar médicos com formação geral, em clínica e em saúde pública, com estágios práticos nos serviços do SUS, na atenção básica (CAMPOS, 2013). Em vez de acrescentar mais 02 anos aos cursos de medicina, seria mais interessante para o Brasil e sua população, obrigar as residências, de todas as especialidades, nas unidades básicas de saúde, com supervisão dos professores universitários no local e à distância. Para efetivação desta proposta, bastaria ao MEC e ao Ministério da Saúde alterar as normas de residência médica.

Faz-se necessário que as universidades tenham como objetivo último a formação de profissionais de saúde com perfil para atendimento no SUS, com a finalidade de atender as necessidades da população brasileira.

Ainda, de acordo com Campos (2013), interessante e positiva a iniciativa do programa em ampliar, em torno de dez mil novas vagas, para residência. Inicialmente foram priorizadas as residências para médicos na área da saúde da família e comunidades, além de outros especialistas que faltam no SUS, entre eles: anestesistas, psiquiatras, oncologistas, pediatras, entre outros.

Mas infelizmente, merece críticas esta proposta de ampliação em dez mil novas vagas para a graduação médica. Campos (2013) afirma que o Brasil possui hoje algo em torno de 1,8 médicos para cada mil habitantes; o Canadá, 1,7; a Inglaterra, 2,4; com mais dez mil médicos se formando ao ano, em uma década teríamos um número excessivo de médicos, o que configura um elemento danoso, conforme o que ocorre em Cuba e nos Estados Unidos. Seriam necessárias algo em torno de três e quatro mil novas vagas, preferencialmente na rede de Faculdades Públicas, pois não existe motivo para estimular a abertura de universidades privadas.

Finalmente, cabe-nos fazer uma crítica à intenção governamental em “importar” médicos estrangeiros, em caso de brasileiros não preencherem a cota necessária. Campos (2013) afirma que se o Brasil adotasse a proposta de realizar-se o primeiro ano de residência, em todas as especialidades, na atenção básica de saúde, haveriam mais sete a dez médicos na rede básica de saúde. Com o atual modelo, consubstanciado na forma de contratação temporária e na ausência de carreira e impossibilidade de remanejamento e promoção ao longo dos anos, parece que se torna inevitável a chamada “importação” de médicos estrangeiros para o Brasil, o que de fato ocorreu no primeiro ano do programa.

A partir da injusta falta de assistência médica e a dificuldade dos gestores em contratar profissionais médicos, é muito positiva a atração de profissionais médicos estrangeiros ao país. No entanto, essa medida deve ter caráter meramente emergencial e com o propósito de atender a demanda atual (CEBES, 2014).

Importante destacar que tem gerado intensas discussões a “importação” dos médicos cubanos para o Brasil, através do programa, tanto sob o aspecto da legalidade da sua presença no Brasil, quanto sobre a forma de pagamento adotada, que se efetiva por meio de repasse financeiro à Organização Panamericana de Saúde (OPAS), conforme determinado no 80º termo de cooperação técnica para desenvolvimento de ações vinculadas ao projeto de acesso da população brasileira à atenção básica em saúde.

No entanto, segundo Clève (2013), a partir de uma análise estritamente jurídica, é possível nos termos do acordo internacional, o exercício da profissão pelos médicos cubanos sem a necessidade da submissão ao Exame Revalida, neste caso, basta a existência de lei ou ato normativo com força de lei.

O Presidente do Conselho Federal de Medicina – CFM, D’Ávila (2013) afirmou que as entidades médicas não são contra a criação de estímulos para melhorar a qualidade na prestação de serviços de saúde no interior do país e nas periferias das grandes cidades, pelo contrário, defendem a oferta de condições de trabalho e emprego dignas que tragam benefícios aos pacientes e profissionais.

Segundo D’Ávila (2013), apesar do programa visar garantir as premissas do SUS e do Estado Constitucional – atendimento universal, gratuito e com equidade para a população – ele falha ao oferecer uma solução rasa, de efeito duradouro duvidoso.

A atuação dos médicos cubanos deve ser fiscalizada pelo Brasil, pelas Opas e pelos Conselhos Regionais e Federais de Medicina, sendo que os conselhos não podem recusar o registro do médico intercambista, tendo em vista a existência de ato normativo, com força de lei, regendo sua obrigatoriedade (CLÈVE, 2013).

## 2.6 OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A SAÚDE

Para Canotilho (2002, p. 559), “[...] princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.” Princípios não proíbem, impõem ou exigem a realização de um direito, observando a relevância fática ou jurídica da reserva do possível, ou seja, ficam adstritas às possibilidades do agente.

Como anota Novelino (2014) princípios são normas jurídicas, de caráter vinculante e obrigatório, embora seus principais destinatários sejam os poderes Legislativo e Executivo. Visam um fim a ser alcançado quando da elaboração das leis e atos normativos, os quais deverão pautar-se pelos critérios neles estabelecidos. Limitam ainda as ações dos poderes estatais, invalidando os atos que lhe contrariem.

A dignidade da pessoa humana é apontada como o princípio básico que norteia a saúde pública no Brasil. Ela deve ser entendida como o absoluto respeito aos direitos fundamentais de todo ser humano, garantindo condições dignas de existência para todos (PINHO, 2011).

Nas lições de Nucci (2014, p. 112) verifica-se dupla linha de entendimento ao que se refere à dignidade da pessoa humana:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7.º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

De acordo com os ensinamentos de Sarlet (2009), dignidade da pessoa humana é a qualidade inerente e distintiva reconhecida em cada

ser humano tornando-o digno de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, concretizando direitos e deveres fundamentais assegurados, contra todo e qualquer ato ofensivo e desumano, bem como, que venha lhe garantir condições mínimas de existência, promovendo sua vida em sociedade.

Na Constituição Federal de 1988, o constituinte originário resguardou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, com previsão expressa no art. 1º (BRASIL, 1988).

Neste sentido, toda pessoa humana que possui o direito ao acesso às políticas públicas de prevenção e recuperação da saúde tem o mínimo de dignidade humana assegurada.

A Constituição Federal de 1988 cita o princípio da igualdade como um direito à obtenção de igualdade de oportunidades e não discriminação, garantindo a todos, sem distinção, tratamento justo digno e condizente com a norma a moral e os bons costumes: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1998).

Para Silva (2010), a concepção de igualdade em sua origem enquanto categoria jurídica surge para extinguir os privilégios da nobreza do regime absolutista, concepção de igualdade formal, que perdurou até o surgimento das Constituições de caráter mais social, em 1917 a mexicana e em 1919 a alemã.

Segundo Novelino (2014), liberdade e igualdade são valores jurídicos fundamentais unidos de modo indissociável à dignidade humana. Para o autor, não tem como dissociá-los, ou seja, não há que se falar de um se não existir o outro. A igualdade é qualidade inerente a todos os indivíduos, determina que todas as pessoas sejam tratadas com igual

respeito e consideração. Ainda, é a maior ferramenta pela qual a obrigação de respeitar todas as pessoas deve ser distribuída de modo universal.

Para Tavares (2009), tratar as pessoas de forma diferenciada podem estar em plena conformidade com a Constituição, em situações de vida desigual, a igualdade implica tratamento desigual, na medida de sua desigualdade. Isto faz parte das exigências contidas no princípio de justiça.

O direito à saúde de forma universal e igualitária é amparado pela Carta Magna no art. 196. Neste sentido, Araújo e Nunes Junior (2009, p. 486) afirmam que o princípio da universalidade e é complementado pelo princípio do acesso igualitário “[...] cujo significado pode ser traduzido pela máxima de que pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se referem aos recursos utilizados, prazos para internação, para realização de exames, consultas etc.”

Assim, o princípio da igualdade é assegurado quando se afirma que o Direito à saúde é um direito universal e gratuito.

O princípio da proporcionalidade visa frear o poder do legislador e evitar excessos que possam ultrapassar o razoável. Possui ideia de justo e moderado, norteia o ordenamento jurídico e preserva a constitucionalidade das normas.

Segundo Canotilho (1999), o princípio da proporcionalidade em sua origem se referia à limitação do poder executivo, como medida para restringir as atividades administrativas da liberdade individual. Assim foi introduzido no direito administrativo como princípio geral de poder de polícia e posteriormente o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, emergiu também como limitador de excesso, foi consagrado como princípio Constitucional.

De acordo com Araújo e Nunes Junior (2009, p. 89), o princípio da proporcionalidade tem por finalidade atingir o ponto mais justo entre os meios utilizados e os fins pretendidos:

O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma.

Segundo preceitua Vasconcelos (2014), o princípio da proporcionalidade, não está expresso na Constituição Federal, mas vem fundamentado na ideia de devido processo legal substantivo e de justiça, sendo instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por contemplar o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por estabelecer a medida com que uma norma deve ser interpretada e aplicada para atingir a finalidade constitucional nela aludido. Tal princípio atua também como base aos demais princípios, para que sejam aplicados de forma proporcional.

Para Barros (2003, p. 71-72), o princípio da proporcionalidade deve ser interpretado pela razoabilidade e qualificado pela razão. Assim, a razoabilidade exprime a “[...] ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, [...] razoabilidade significa ainda bom senso, prudência e moderação, aceitando apenas o admissível.”

Portanto, o “[...] princípio da proporcionalidade se divide em três elementos: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.” (STUMM, p. 79-81 apud OLSEN, 2008, p. 81).

Neste sentido Olsen (2008) esclarece que a adequação se refere à aptidão da medida analisada atingir os fins para os quais foi instituída. A necessidade diz respeito à inexistência de outros meios que sejam menos gravosos aos direitos fundamentais para alcançar os fins. E a proporcionalidade em sentido estrito, é o equilíbrio entre os bens e os direitos em conflito *stricto sensu*. Ou seja, quando um direito fundamental for atingido ou violado, maior deve ser o princípio contraposto.

Conforme estabelecem Mendes e Branco (2014) o princípio da proporcionalidade é invocado, quando poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro meio integrante do âmbito Constitucional se encontrarem em situação de conflito.

O princípio da universalidade pode ser compreendido como garantidor do acesso igualitário a todos os cidadãos sem distinção, garantias estas que devem ser oferecidas pelo Estado.

Ademais, preceitua Vasconcelos (2014) que o princípio da universalidade é emanado dos Direitos Fundamentais que por sua vez Universalidade é estender a todas as pessoas as mesmas condições, sem fazer qualquer exclusão de raça, cor, sexo, etnia, ou qualquer outra distinção.

De acordo com Araújo e Nunes Junior (2009, p. 486):

A parte final do art. 196 veicula, em rigor, dois princípios constitucionais relacionados à saúde: o princípio do acesso universal e o princípio do acesso igualitário.

O princípio do acesso universal traduz que os recursos e ações na área de saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restrito a um grupo, categoria ou classe de pessoas.

Sob a ótica da atual Constituição Federal, são incogitáveis mecanismos de restrição do acesso à rede e aos serviços públicos de saúde, tal como a restrição do acesso à rede e aos serviços públicos de saúde, tal como a restrição, outrora existente, que deferia o acesso exclusivamente àqueles que contribuísem para a previdência social.

Ainda para Araújo e Nunes Junior (2009), o princípio da universalidade se complementa com o acesso igualitário, que compreende que pessoas que se encontram em mesma situação clínica devem receber igual atendimento, com mesmos recursos utilizados, prazos de internação, exames, consultas dentre outras condições.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 194, trata da seguridade social, com principal objetivo a universalidade de cobertura e

de atendimento. Com acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, o SUS oferece atendimento a todos que demandarem, sem distinção, tendo assim a universalidade no atendimento. Porém, a universalidade da cobertura é restrita, devido à dificuldade de acessibilidade geográfica ou econômica aos locais do serviço prestado, porque a cobertura depende da instalação de recursos físicos e humanos em diferentes regiões e ainda porque a capacidade instalada depende de investimentos na saúde os quais são insuficientes para atender integralmente a demanda da população (NOGUEIRA, 2011, p. 23).

O Princípio da Universalidade, para Canotilho (1999), está consagrado no art. 12 da Constituição Portuguesa, onde consagra os direitos fundamentais como direitos de todos e não apenas direitos dos cidadãos portugueses, exceto quando a norma o estabeleça dada reserva.

A universalidade, quando tratada como característica dos direitos Fundamentais se consolida quando todos os cidadãos têm acesso e podem fruí-lo de forma universal, sem fazer qualquer distinção entre os demais (BARROSO, 2012).

O Direito a Saúde é amparado ainda pelo princípio da integralidade que está disposto na Constituição Federal e na lei do SUS, princípio este que é garantidor do atendimento integral seja preventivo ou curativo de doenças.

Leciona Canut (2012, p. 123):

O último princípio, o da integralidade, está previsto no artigo 196 e 198, II, da Constituição. Ele foi abordado no inciso I, do artigo 7 da Lei 8.080/90 que trata da universalidade e dispõe que o acesso universal deve ser garantido *em todos os níveis de complexidade do sistema*. Isso quer dizer, de acordo com o artigo 7, II da Lei 8080/90, que a integralidade do sistema é “[...] entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade.” Esses dispositivos reforçam o previsto no artigo 198, II, segundo o qual deve haver “atendimento integral, com

*prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.”*

Teixeira (2011) assevera que integralidade é uma diversidade de ações possíveis para a promoção da saúde, bem como prevenir risco, agravos e assistência a doentes, fazendo-se necessária a organização do conjunto de atividades desenvolvidas para rebater problemas e suprir a demanda em saúde. Ou seja, integralidade é um modelo de atenção integral à saúde, com promoção, prevenção, assistência e recuperação da saúde.

Os Tribunais têm asseverado a amplitude do princípio da integralidade, ao que tange à saúde; neste sentido, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Cini Marchionatti asseverou:

De acordo com princípio da integralidade da atenção na prestação dos serviços públicos de saúde, cabe ao Poder Público, caracterizado como Município, ou Estado, ou União, dispor de conjunto de ações e opções para a promoção da saúde, prevenção de riscos e assistência a doentes, implicando na sistematização do conjunto de práticas que vem sendo desenvolvidas para o enfrentamento dos problemas e o atendimento das necessidades de saúde da população. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Destarte, o princípio da Integralidade, é garantidor do acesso amplo e irrestrito das condições, manutenção e prevenção da saúde, cumprindo ao Estado gerenciar o sistema que satisfaça qualquer demanda de modo que torne o acesso universal atendendo a demanda em saúde.

## 2.7 PANORAMA DA SAÚDE NO BRASIL

Segundo a PNS – Pesquisa Nacional de Saúde de 2013, 53,4% domicílios estavam cadastrados em Unidade de Saúde da Família (34,8

milhões de domicílios). A Região Nordeste apresentou a maior proporção (64,7%), enquanto a Região Sudeste, a menor (46,0%). Considerando a situação do domicílio, a área urbana (50,6%) apresentou proporção inferior à observada na área rural (70,9%). Quanto às pessoas moradoras em domicílios particulares permanentes, a pesquisa estimou que 56,2% das pessoas eram moradoras em domicílios cadastrados em Unidade de Saúde da Família (IBGE, 2013).

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios estimou, em 2008, cerca de 190,0 milhões de pessoas residentes no Brasil. Destas, estimou-se que 77,3% auto avaliaram o seu estado de saúde como “muito bom ou bom”; 18,9% como “regular” e 3,8% como “ruim ou muito ruim” (IBGE, 1008).

Foi verificado que, conforme a idade aumentava, a estimativa do percentual de pessoas que avaliaram seu estado de saúde como “muito bom ou bom” diminuía. Os moradores de áreas urbanas apresentaram percentual (78,2%) de auto avaliação como “muito bom ou bom” superior ao dos moradores de áreas rurais (72,5%) (IBGE, 2008).

Também foi verificado que, quanto maiores eram as classes de rendimento mensal domiciliar *per capita*, maiores eram os percentuais de pessoas que avaliavam seu estado de saúde como “muito bom ou bom”. Para aqueles cujo rendimento era superior a 5 salários mínimos, 87,9% se auto avaliaram nestas condições, contra 74,9% para aqueles com rendimento de até um salário mínimo (IBGE, 2008).

Conforme o aumento da faixa etária se elevava também o número de doenças declaradas pelas pessoas. Até a faixa de 14 a 19 anos de idade, o percentual de pessoas que afirmaram ter três ou mais doenças era próximo de zero, para a faixa de 50 a 64 anos crescia para 17,1% e para aqueles com 65 anos ou mais, chegava a 28,3%. Para este último grupo etário, considerando apenas as mulheres, este percentual crescia para 33,3%. Entre as pessoas de 65 anos ou mais de idade, 20,9% não possuíam nenhuma doença crônica (IBGE, 2008).

A relação entre rendimento mensal domiciliar *per capita* e a existência de alguma doença crônica é positiva; quanto maior o rendimento, maior é o percentual de pessoas que responderam ter ao menos uma doença. Entre aqueles com rendimento de até  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, 20,8% tinham ao menos uma doença, e entre aqueles com mais de 5 salários mínimos, o percentual alcançava 38,5% (IBGE, 2008).

As doenças crônicas identificadas por algum médico ou profissional de saúde mais frequentemente declaradas foram: hipertensão (14,0%) e doença de coluna ou costas (13,5%). Os percentuais para as demais doenças foram: artrite ou reumatismo (5,7%); bronquite ou asma (5,0%); depressão (4,1%); doença de coração (4,0%) e diabetes (3,6%). Estes percentuais apresentaram diferenças de acordo com a faixa etária analisada. Por exemplo, quando se considerou as pessoas de 35 anos ou mais de idade, 8,1% declararam ter diabetes (IBGE, 2008).

Em 2008, 25,9% da população brasileira, ou seja, 49,2 milhões de pessoas dispunham de pelo menos um plano de saúde. Entre estas, 77,5% estavam vinculadas a planos de empresas privadas e 22,5% a planos de assistência ao servidor público. Além disso, do total de pessoas cobertas por plano de saúde, 47,8% eram titulares do plano de saúde único ou principal que possuíam. Nas áreas urbanas (29,7%) o percentual de pessoas cobertas por planos de saúde era maior do que nas rurais (6,4%). As Regiões Sudeste e Sul registraram percentuais (35,6% e 30,0%, respectivamente), aproximadamente três vezes maiores do que os verificados para o Norte (13,3%) e Nordeste (13,2%), conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2008).

Já em 2013, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, publicados no PNS 2013, 27,9% da população tinha algum plano de saúde (médico ou odontológico). As Regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste apresentaram as maiores proporções (36,9%, 32,8% e 30,4%, respectivamente) e as Regiões Norte e Nordeste, as menores (13,3% e

15,5%, respectivamente). A Região Sudeste registrou percentual quase três vezes maior que o verificado na Região Norte. Na área urbana (31,7%), o percentual de pessoas cobertas por plano de saúde era cerca de cinco vezes superior ao observado na área rural (6,2%).

O levantamento suplementar de saúde da PNAD 2008 estimou em 139,9 milhões o total de pessoas que normalmente procurava o mesmo serviço de saúde quando precisava de atendimento, o que correspondia a 73,6% da população. Por sexo, 76,6% das mulheres normalmente procuravam o mesmo serviço de saúde, entre os homens, 70,5% o faziam. (IBGE, 2008)

O posto ou centro de saúde foi o local mais declarado como normalmente procurado (56,8%), seguido pelos consultórios particulares (19,2%) e pelo ambulatório de hospital (12,2%). As demais categorias - farmácia, ambulatório de clínica ou de empresa, pronto-socorro e agente comunitário entre outros - contabilizaram 11,8% dos locais procurados. O posto de saúde foi normalmente procurado principalmente pelas pessoas pertencentes às classes de rendimento mensal domiciliar per capita mais baixas.

Este número em 2013, segundo o PNS 2013, foi de 77,8% das pessoas residentes, quando precisavam de atendimento de saúde, costumavam procurar o mesmo lugar, médico ou serviço de saúde. As Regiões Norte (74,2%), Nordeste (74,3%) e Centro-Oeste (74,8%) apontaram as menores proporções deste indicador, enquanto a Região Sul, a maior (83,0%).

No Brasil, dentre as 30,7 milhões de pessoas que procuraram algum atendimento de saúde nas duas últimas semanas anteriores à data da entrevista, 97,0% afirmaram ter conseguido atendimento, e 95,3% foram atendidos na primeira vez em que procuraram. Nas Grandes Regiões, os percentuais de atendimento na primeira vez de procura oscilaram em torno da média nacional e variaram de 93,6%, na Região Norte, a 96,3%, nas Regiões Sudeste e Sul (IBGE, 2013).

A PNS 2013 apontou que, das pessoas residentes no Brasil, 71,2% (142,8 milhões) consultaram médico nos últimos 12 meses anteriores à data

de referência da pesquisa. As Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste apresentaram percentuais menores: 61,4%, 66,3% e 69,5%, respectivamente. As Regiões Sudeste e Sul apresentaram estimativas maiores que a média nacional: 75,8% e 73,8%, respectivamente.

A PNS 2013 estimou que 7,0% da população residente em domicílios particulares permanentes (14,1 milhões de pessoas) deixou de realizar atividades habituais por motivo de saúde nas duas últimas semanas anteriores à pesquisa. As Regiões Sul e Nordeste registraram as maiores proporções (8,4% e 7,8%, respectivamente), e as Regiões Norte e Sudeste, as menores (5,8% e 6,2%, respectivamente).

A proporção de pessoas que deixaram de realizar atividades habituais por motivo de saúde foi maior entre as mulheres (8,0%) que entre os homens (5,9%). As pessoas sem instrução ou com fundamental incompleto registraram a maior proporção deste indicador por nível de instrução (8,3%). Em relação à idade, observou-se que, quanto mais elevada, maior também a proporção do indicador, atingindo 11,5% entre as pessoas de 60 anos ou mais (IBGE, 2013).

A pesquisa também investigou os motivos de saúde que impediram as pessoas de realizar suas atividades habituais: 17,8% citaram resfriado ou gripe e 10,5% relataram dor nas costas, problema no pescoço ou na nuca. O percentual de resfriado ou gripe foi maior para as pessoas de 0 a 17 anos de idade (39,8%) e diminuiu com o aumento da idade (6,9% das pessoas de 60 anos ou mais). Dor nas costas, problema no pescoço ou na nuca foram proporcionalmente mais registrados pelas pessoas de 40 a 59 anos de idade (16,5%). Motivos, tais como: dor nos braços ou nas mãos; dor de cabeça ou enxaqueca; asma, bronquite ou pneumonia; diarreia, vômito, náusea ou gastrite; e pressão alta ou doença do coração atingiram percentuais que variaram de 4,1% a 5,5% do total da população (IBGE, 2013).

No Brasil, dentre as 30,7 milhões de pessoas que procuraram algum atendimento de saúde nas duas últimas semanas anteriores à data da

entrevista, 97,0% afirmaram ter conseguido atendimento, e 95,3% foram atendidos na primeira vez em que procuraram. Nas Grandes Regiões, os percentuais de atendimento na primeira vez de procura oscilaram em torno da média nacional e variaram de 93,6%, na Região Norte, a 96,3%, nas Regiões Sudeste e Sul.

Das pessoas que tiveram algum medicamento receitado no último atendimento de saúde, 92,4% conseguiram obter pelo menos um deles. Essa estimativa foi cerca de 10,0 pontos percentuais superior à proporção de pessoas que conseguiram obter todos os medicamentos receitados. A maior proporção foi observada na Região Sul (94,8%), e a menor, na Região Nordeste (90%).

A proporção de pessoas que conseguiram obter pelo menos um dos medicamentos receitados no serviço público de saúde foi de 33,2% (6,4 milhões de pessoas), e não houve diferenças significativas nas estimativas por Grandes Regiões do País.

Do total estimado de 19,3 milhões de pessoas que tiveram medicamento receitado no último atendimento de saúde, 21,9% (4,2 milhões) responderam que conseguiram obter pelo menos um deles no Programa Farmácia Popular. A Região Nordeste apresentou a menor proporção (16,4%)

De acordo com a PNS 2013, das 200,6 milhões de pessoas residentes no Brasil, 6,0% (12,1 milhões) ficaram internadas em hospitais por 24 horas ou mais, nos últimos 12 meses anteriores à data da entrevista. As Regiões Sul e Centro-Oeste apresentaram proporções superiores à média nacional: 7,5% e 7,4% respectivamente (IBGE, 2013).

As proporções de internação em hospitais por 24 horas ou mais foram superiores à média nacional para as mulheres (7,1%) e as pessoas de 60 anos ou mais de idade (10,2%). Não houve diferenças significativas nas estimativas das proporções deste indicador, segundo a cor ou raça e o nível de instrução. Tratamento clínico e cirurgia foram os dois

tipos de atendimento mais frequentes nos casos de internação. Em estabelecimentos de saúde públicos, as proporções foram de 42,4% e 24,2%, respectivamente. Em estabelecimentos de saúde privados, os percentuais foram de 29,8% e 41,7%, respectivamente (IBGE, 2013).

Em estabelecimentos de saúde públicos, o parto normal apresentou maior participação das internações (7,2%) que o parto cesáreo (5,9%). Em estabelecimentos de saúde privados, ocorreu o inverso: o parto cesáreo (9,7%) superou a proporção do parto normal (2,1%) (IBGE, 2013).

Das pessoas que ficaram internadas em hospitais por 24 horas ou mais, 65,7% (8,0 milhões) tiveram esse atendimento por meio do Sistema Único de Saúde - SUS. As Regiões Nordeste e Norte registraram as maiores proporções: 76,5% e 73,9%, respectivamente (IBGE, 2013).

As proporções de internação em hospitais do SUS foram superiores à média nacional entre as pessoas de 0 a 17 anos de idade (75,2%) e as pessoas que se declararam de cor preta (75,8%) e parda (75,4%), e não apresentaram diferenças por sexo. Essa proporção também foi maior quanto menor o nível de instrução, variando de 80,6% (sem instrução ou com fundamental incompleto) a 19,7% (superior completo) (IBGE, 2013).

**CAPÍTULO III**  
**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**  
**E DA EFETIVIDADE DO**  
**DIREITO FUNDAMENTAL**  
**SOCIAL À SAÚDE**



O fim da ditadura militar e início da redemocratização colocou no cenário brasileiro o debate em torno de direitos. Com eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney, o cenário político passou a ser ocupado pela exigência da sociedade da eleição de uma Assembleia Nacional Constituinte que elaborasse um documento que devolvesse ao país o Estado Democrático de Direito (CARLINI, 2014).

Fora escolhido o modelo de Estado Social, adotando na regulação dos Direitos Sociais o caráter neoliberal da Ordem Econômica fundado nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, com destaque ao valor social da livre iniciativa como um fundamento da República Federativa do Brasil.

Na esfera da saúde pública, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e proteção ao cidadão se tornam um dos fundamentos do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil (CARLINI, 2014).

### 3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À SAÚDE

A dignidade da pessoa humana tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o iluminismo e a centralidade do homem, migra para a filosofia, tendo como fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Já no século XX, ela se torna um objetivo político, uma finalidade a ser buscada pelo Estado e pela sociedade, migrando assim, após a 2ª Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana para o mundo jurídico, motivado por dois movimentos. O primeiro, o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. Já o segundo versou sobre a inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Transformada em um conceito jurídico, porém,

deparou-se com a dificuldade de atribuir-lhe um conteúdo mínimo, para que tomasse força de uma categoria operacional e útil, tanto na prática interna de cada país quanto a nível transnacional (BARROSO, 2010, p. 2).

A ideia de dignidade da pessoa humana, como fonte de direitos fundamentais, está, aparentemente, presa a uma tautologia, pois para adotá-la é necessário que uma sociedade compartilhe da mesma visão de vida digna e que possua meios institucionais de exteriorização da razão pública (DIAS, 2009).

Tudo o que envolve o ser humano e suas manifestações é complexo, histórico, cultural e sensível. Os milênios de nossa trajetória no Planeta Terra nos permitiram compreender que a pessoa humana está permanentemente envolvida em aspectos objetivos e subjetivos que entrelaçam, se complementam e se negam sucessivamente (CARLINI, 2014).

Por isso, a caminhada e a perspectiva de futuro dos homens não podem ser compreendidas apenas por uma área do conhecimento, como por exemplo, o Direito; ao contrário, impõem-se aos mais variados ramos do conhecimento que sobre elas se debruçam a apresentar suas contribuições. Muitas vezes, o conhecimento científico será ineficaz para permitir a compreensão dos inúmeros aspectos que envolvem o ser humano, momento em que surge a metafísica, personificada em cultos religiosos, na medicina alternativa, nas práticas hindus e na literatura de autoajuda.

Este é o retrato da busca da proteção da dignidade da pessoa humana num mundo complexo, de incertezas, de inesgotável progresso tecnológico, sociedade de risco e consumista, multi e intercultural, na qual trafegamos sempre entre crises e conflitos (CARLINI, 2014).

Conforme Dias (2009), o exame dos direitos fundamentais não pode ser tomado atualmente sem a prévia investigação genética das concepções teóricas que cada vertente dogmática sustenta. Dessa forma, não se pode falar em teoria, mas sim em teorias dos direitos fundamentais.

É evidente que os aspectos sociais da dignidade da pessoa humana conhecidos nas sociedades ocidentais contemporâneas são os direitos à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social para os carentes, o transporte etc.

Sarlet (2009) aponta a dificuldade que advém da polissemia da expressão dignidade da pessoa humana, que comporta a proteção de todos os direitos da pessoa, dos mais elementares aos mais complexos, muitos dos quais sequer satisfatoriamente definidos, como por exemplo, a bioética e o biodireito ou a privacidade no meio eletrônico (rede mundial de computadores).

Nas palavras de Sarlet (2009, p. 18):

Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michel Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade [...] passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa.

Essa proteção à dignidade da pessoa humana deve ocorrer até mesmo quando ela não se encontra na posse de toda sua autodeterminação, como nos casos de coma profundo ou de perda total ou parcial da capacidade.

A Dignidade da pessoa Humana foi consolidada no art. 1º da Constituição Federal de 1988, servindo como fundamentos do Estado Democrático de

Direito, estabelecendo-se base para as decisões de casos concretos bem como com a finalidade de limitar o poder de atuação do Estado.

A sociedade brasileira pós Constituição de 1988 foi chamada a participar do debate acerca da concretização ou efetividade da dignidade da pessoa humana, seja através das audiências públicas do STF ou através de conselhos comunitários.

Para Azevedo (2002, p. 111-112):

É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem, e a dignidade, o seu valor. O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do “bando dos quatro” – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público – preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão “dignidade da pessoa humana”.

Na lição de Sarlet (2009) a dignidade da pessoa humana, refere-se em primeiro momento à complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade, referência esta tão elementar quanto relevante, o que deve se destacar e prevalecer à luz de tradição reflexiva, com pensamentos filosóficos e jurídicos que representam a noção de dignidade da pessoa humana, para que se possa dar conta da desigualdade e da riqueza da vida. Integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Embora diferenciadas entre si guardam um elo comum, especialmente por integrarem o núcleo essencial da compreensão, e dessa forma do próprio conceito de dignidade.

A dignidade humana é um processo em evolução e serve como base ao Estado Constitucional, que resulta no direito do cidadão à democracia. Sobre o tema, Häberle (2009, p. 101) assim se manifesta:

A dignidade humana constitui a “base” do Estado Constitucional como *tipo*, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os poderes Constituintes “de mãos dadas” com a jurisprudência e a ciência, e mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso, também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: do poder constituinte até o cidadão, resultando no direito do cidadão à democracia.

O princípio da dignidade humana está relacionado à liberdade, às condições de vida aos valores morais, espirituais, às condições de igualdade e ao bem-estar do indivíduo. É inconcebível dizer que há respeito aos seres humanos, quando inúmeros vivem em situações de miséria, fome, restrito ao acesso à educação, à moradia à saúde, sendo, portanto, condições estas que integram o mínimo essencial para a existência humana (FONTANA, 2007).

Atualmente é difícil de compreender e concretizar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a sociedade complexa, plural, tecnológica e consumista, pois a cada momento surgem novas possibilidades de agressão ou desrespeito ao ser humano.

Novelino (2009, p. 348) afirma:

A dignidade em si não é um direito, mas um atributo inerente a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover esse valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe os poderes públicos o dever de respeito, proteção, promoção dos meios necessários para uma vida digna.

Nunes Junior (2009, p. 114) ensina que:

Podemos conceituar dignidade humana como o postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes que nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que faz dignitário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e uma positiva. A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito à sua incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como a liberdade para se autodeterminar e para, com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual se integra). A segunda consubstancia a exigência de prestações do Estado que se afiencem os pressupostos materiais mínimos para apresentação da vida e da inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas, em que se saliente sua situação de vulnerabilidade (por ex. relações de trabalho, consumo, etc.).

O conceito de dignidade abarca uma dimensão de não fazer por parte do Estado e de outros cidadãos, e uma dimensão de realizar, para que a pessoa tenha acesso aos meios necessários para uma vida digna (CARLINI, 2014).

O não fazer ou a abstenção por parte do Estado está próximo dos chamados direitos humanos de primeira dimensão, conforme defendido por Sarlet (2009), que são os direitos civis e políticos, supostamente sem custo para o Estado. Hoje sabemos que não existem direitos sem custo, pois os direitos civis e políticos para serem plenamente exercidos, comportam custos e gastos estatais, em especial em um país com a dimensão geográfica brasileira em que cada eleição para presidente obriga a colocação de urnas eletrônicas em locais de difícil acesso. É necessária tecnologia de alto custo para que todos os brasileiros possam votar com segurança e para que os resultados sejam conhecidos em pouco tempo.

Outro exemplo pode ser o direito de propriedade, que, para ser garantido, precisa necessariamente de um Poder Judiciário, de um Código

Civil e de um Código Penal, de um serviço de polícia judiciária e administrativa, de um sistema de registros de propriedade. Ou mesmo no direito de voto, que depende de uma legislação eleitoral, de órgãos responsáveis pela organização e fiscalização das eleições e de recursos para cobrir os custos que envolvem a realização de uma eleição (SILVA, 2006).

As instituições também possuem os seus custos, que estão muito longe de serem pequenos. De acordo com estudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BRASIL, 2000a), somente a despesa total dos municípios com a função legislativa, em 1996, ficou em torno de R\$ 2 bilhões, o que equivale a um quarto do montante global do seu gasto com saúde e saneamento básico. Outro dado interessante é que, no mesmo ano, vinte e seis por cento das prefeituras da amostra da pesquisa tinham gastado com a função legislativa cinquenta por cento ou mais do que gastaram com saúde e saneamento, sendo que em 300 municípios gastou-se mais com as câmaras municipais do que com saúde e saneamento básico. Ainda em pesquisa do BNDES (BRASIL, 2000b), com a função judiciária o conjunto dos governos estaduais gastou R\$ 9,8 bilhões, enquanto a despesa federal com a mesma função foi de R\$ 6,5 bilhões (dados referentes a 1999).

Os direitos de promoção do Estado, chamados de direitos humanos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, são os direitos para os quais o Estado deve alocar recursos financeiros de modo a propiciar o acesso de todos os cidadãos, de forma contínua e na quantidade necessária para que o respeito vida digna se concretize (CARLINI, 2014).

Segundo Carlini (2014), a dificuldade em aplicar o dever de promoção da vida digna em cada caso concreto, contribuiu para a formação de uma nova corrente de pensamento na hermenêutica constitucional com a crítica às normas programáticas.

Para Silva (2002), as normas programáticas são aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta

e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, como programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Paulo Bonavides (1993) afirma que o “[...] Estado de direito do constitucionalismo precisa absorver a programaticidade das normas constitucionais”, resgatando o debate acerca da aplicabilidade imediata das normas constitucionais ou de seu caráter meramente programático, dependendo da iniciativa estatal para definir projeto e custeio para realização da norma.

A expectativa popular era que a Constituição de 1988 cumprisse o papel de colocar em prática de forma imediata e plena os direitos sociais nela contemplados.

Barroso (2006, p. 65), resgatando a ideia central de Lassalle, afirma:

[...] a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que regem a sociedade. Em outras palavras, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelecem uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado. A Constituição Jurídica, mera “folha de papel”, limita-se a, em um documento escrito, converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito.

As forças políticas e econômicas do país acenderam o debate acerca da efetividade das normas constitucionais e trouxeram para o centro dos interesses jurídicos questões como o neconstitucionalismo, a força dos princípios, o conceito de reserva do possível, do mínimo existencial, que estão presentes na fundamentação da maioria das decisões judiciais.

A ideia recorrente de parte dos juristas e do poder judiciário é que a Constituição Federal deva ser integralmente aplicada no âmbito dos direitos fundamentais sociais, ainda que pela via judicial. Há uma ideia

geral de que a esfera administrativa e política esgotou seus meios ou se mostrou incapaz de efetivar os direitos previstos no texto constitucional (CARLINI, 2014).

Neste cenário, a Constituição Federal e seus princípios passaram a ser utilizados na solução de inúmeros conflitos que, anteriormente não comportavam princípios constitucionais como argumento.

O universo jurídico brasileiro passou de normas programáticas para aplicação imediata da Constituição Federal, por sentença judicial e que contribuísse para efetivar a dignidade da pessoa humana nas suas mais variadas dimensões.

Torres (2008, p. 70-71) afirma que este efeito é decorrente da forte influência alemã que o Brasil sofreu:

[...] Com efeito, a corrente da socialdemocracia, principalmente na Alemanha, radicalizara o seu discurso, para defender o primado dos direitos sociais. O notável grupo de constitucionalistas germânicos que pontificou nas “décadas de ouro” do século XX (1950 a 1970) [...] defendia a prevalência dos direitos sociais mediante algumas teses básicas:

- a) Todos os direitos sociais são direitos fundamentais sociais;
- b) Os direitos fundamentais sociais são plenamente justificáveis, independentemente da intermediação do legislador;
- c) Os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com princípios de interpretações constitucional, tais como da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica. [...]

Esses estudos germânicos abriram espaço para que as discussões em torno da reserva do possível e da reserva orçamentária não só ganhassem espaço, mas também se constituíssem em importante

contraponto à efetivação dos direitos fundamentais sociais pela via da determinação judicial.

Vale registrar que o Direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do Direito à vida, tutelado no Art. 5º caput, da Constituição Federal de 1988, que aprecia, muito embora, indiretamente, o princípio da dignidade humana, eis que, sem acesso a condições de saúde, ou ainda condições mínimas de vida, já estariam violando o direito à dignidade, princípio este basilar do ordenamento constitucional (BERNARDI, 2007).

Como se vê, o Direito à Saúde é assegurado pela Constituição Federal, cabendo ao Estado o dever de sua efetivação, através de políticas sociais e econômicas que possibilitem acesso de forma universal e igualitária às ações e serviços hábeis a promoção, proteção e recuperação da saúde de todos. Dentre estes, é dever do Estado a prevenção de doenças e outros agravos, através da redução de riscos, direito este que está diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana e a igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, que assim tem o dever de assegurar o mínimo de condições básicas para desenvolvimento e vivência do indivíduo.

### 3.2 DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Todo ser humano é sujeito de direito e lhe é reconhecida condições de sobrevivência com dignidade, fundado nos direitos fundamentais sociais e que satisfaçam as necessidades humanas, garantias estas que podem ser exigidas do Estado e em juízo.

O mínimo existencial, ou mínimo vital, não fora consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988, mas é delimitado pela doutrina, ora como dado pré-constitucional – condicionante da ordem jurídica, ora como direito fundamental decorrente do Estado Social e da proteção à vida, à integridade física e corporal, à dignidade da pessoa

humana e uma série de outros direitos fundamentais. Segundo Torres (1999, p. 262-263), o mínimo existencial “[...] trata-se de direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”

A noção de mínimo existencial está intimamente ligada aos direitos fundamentais, devendo ser resguardado pelos direitos sociais de prestação. A preocupação com o mínimo existencial diz respeito à exigência de garantias materiais, a fim de satisfazer as condições mínimas de vivência do indivíduo e de sua família (PLACIDINA, 2015, p. 20).

O mínimo existencial, nada mais é que a responsabilidade do Estado em fornecer garantias e condições mínimas de sobrevivência ao indivíduo. Neste sentido temos importantes decisões do Judiciário brasileiro que vêm sendo proferidas no sentido do controle e intervenção nas políticas públicas, especialmente em razão da inércia estatal injustificável ou da abusividade governamental.

Para Alexy (1999, p. 414), a ideia de mínimo existencial reporta ao princípio da igualdade de fato, cuja aplicação torna viável uma ponderação racionalmente controlável dos valores em jogo no caso concreto, conforme as circunstâncias espaço-temporais vigentes. Nesse sentido o autor introduz a ideia de mínimo existencial relativo, passível de se adequar às condições vigorantes em dada comunidade, mesmo quando a pretensão está posta em juízo.

Segundo Novelino (2013), o mínimo existencial surge da conjugação da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado social, destaca que esta expressão surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo datada em 1953, e assim incorporada naquele país pela jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 19) historicizam a construção do mínimo existencial:

Na doutrina do Pós Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista OTTO Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana [...] não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.

Em âmbito internacional, o conceito de mínimo existencial também já fora discutido.

No Tribunal Constitucional de Portugal o mínimo existencial fora relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido como um direito fundamental às prestações necessárias para uma existência digna em uma dimensão subjetiva; e em uma dimensão objetiva passou-se a conceber a dignidade da pessoa humana, associado ao direito à segurança social, enquanto proibição do Estado revogar as normas jusfundamentais que preveem a atribuição de prestações destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência digna (NOVAIS, 2004, p. 66-67).

No direito francês, Figueiredo (2007 apud MATHIEU, 1998) afirma que se tem utilizado o princípio da dignidade da pessoa humana para fundar a distinção de direitos de natureza social, entre os quais o direito ao mínimo existencial, que decorreria da proteção do homem, na sua essência ou existência.

Nos julgados do Tribunal Constitucional Alemão, a concepção de mínimo existencial fora concebida a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social, como afirmação do direito a prestações materiais básicas, sem as quais o indivíduo não pode gozar de autonomia e liberdade, ou qualquer outro direito (FIGUEIREDO, 2007).

No direito colombiano entende-se que o mínimo vital é consequência do princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado Social de Direito que definem a organização política, social e econômica justa, que fora acolhida como meta pelo povo da Colômbia em sua Constituição (ARANGO; LAMAITRE, 2002). Na sentença T-283/98 o Tribunal Constitucional Colombiano afirmou que o mínimo existencial não se confunde com a mera subsistência, mas concretiza uma existencial digna com as condições suficientes para desenvolver, na medida do possível, todas as faculdades das quais pode gozar a pessoa humana (FIGUEIREDO, 2007).

No Brasil, não podemos deixar de citar a decisão do STF – Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 45, onde asseverou a impossibilidade de omissão estatal quanto à garantia de “[...] condições materiais mínimas de existência” digna, em que a violação autoriza “[...] a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.” (BRASIL, 2015).

A vida de uma pessoa não se resume ao direito de existir. Ao contrário, exige condições mínimas sem as quais é até difícil de separar o homem do animal. Essas condições, evidentemente, se referem à alimentação adequada, a lugar minimamente decente para morar, ao direito de exercer escolhas a partir do resultado econômico do seu trabalho ou do empreendimento e com estas escolhas, modificar as condições de vida para melhor.

Essas opções devem ser fornecidas pelo Estado a partir do uso racional e correto dos recursos públicos, competindo-lhe fornecer saúde, educação, acesso ao crédito para aquisição de moradia, formação profissional que permita a inserção no mercado de trabalho etc. (CARLINI, 2014).

Silva (2010) ao considerar os direitos sociais como Direitos Fundamentais e exigíveis é de se destacar o vínculo desses direitos com a dignidade da pessoa humana, elevando-se, portanto ao patamar das

necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, para se chegar ao que se denomina de mínimo existencial.

A estruturação do mínimo existencial está vinculada a sua exigibilidade pelo indivíduo perante o Estado e a sociedade, com a finalidade de garantir-lhes a satisfação das mínimas condições existenciais digna, relacionadas aos aspectos da essencialidade e não apenas ao mínimo vital de sobrevivência, referida essencialidade relacionada à saúde, à alimentação, à educação básica, ao saneamento básico, a assistência social, à habitação e ao transporte, que deve ser disponibilizado por ação estatal, através de políticas públicas e juntamente com a sociedade civil nas relações entre particulares (SILVA, 2010).

Portanto, afastando-se o entendimento de que os Direitos Fundamentais são apenas normas a serem seguidas e limitadas pela reserva do possível de maneira absoluta é importante efetivar o mínimo existencial em suas peculiaridades materiais e normativas do indivíduo que busca pela prestação de acordo com cada caso concreto, assim não devendo prevalecer o argumento da reserva do possível para afastar a responsabilidade na prestação e satisfação dos direitos e exigir o cumprimento dos deveres (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

O Direito Fundamental à saúde integra os Direitos Fundamentais Constitucionalmente assegurados, sendo um direito humano com efetividade e aplicabilidade imediata, por força do disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal.

Ainda, a saúde engloba um estado de bem-estar físico, mental e social, materializado na vida com dignidade que apenas se concretizará quando associado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana (LIMA, 2014).

O mínimo existencial no direito à saúde possui prestações exigíveis perante o poder Judiciário por força e consequência do estabelecido na Carta Política. E, portanto, sendo direito de todos e dever do Estado na

redação estabelecida na lei fundamental, ou seja, os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas referidas prestações, independente de orientação política daqueles que estejam no poder, portanto, oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos (SILVA, 2010).

A judicialização do direito à saúde tem como fundamento o mínimo existencial, a ser aferido pelo judiciário, não de forma absoluta, mas em cada caso concreto advindo do referencial da dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial de onde surge o mínimo existencial.

A efetivação dos direitos fundamentais depende de prestações positivas, e demandando investimentos financeiros por parte do Estado, que enfrenta dificuldades para a total efetivação desses direitos diante da escassez de recursos (SOUZA, 2013).

De acordo com o que estabelece Souza (2013), não é possível permitir que o Estado decida se implementa ou não ao menos uma parcela mínima de cada direito fundamental social, indispensável para assegurar vida digna de cada indivíduo, sob pena de violar direitos e garantias constitucionais.

Considera-se, assim, o princípio do mínimo existencial, consagrado na norma constitucional, que sua concretização se dá com a garantia de condições adequadas de vida digna, com acesso a direitos sociais básicos e a proteção integral do indivíduo.

Consagra-se assim os direitos inerente à pessoa humana, através da efetividade e aplicabilidade das garantias constitucionais através de condições adequadas e dignas, capazes de oferecer ao cidadão proteção integral dos direitos sociais básicos e exigíveis do Estado como seu garantidor.

### 3.2.1 Vedações ao Retrocesso Social

Os direitos e garantias sociais estão amparados pelo texto constitucional, que garantem a sua aplicabilidade e efetivação, posto isso, o princípio da vedação do retrocesso social, nada mais é do que a proibição que tais direitos passem por um retrocesso, ou seja, regredam diante do já conquistado.

No que tange à vedação ao retrocesso, Vasconcelos (2014, p. 701) destaca:

A Constituição apresenta os direitos sociais em normas de conteúdo programático, que instituem diretrizes a serem cumpridas pelo Estado por meio de uma carga mínima de interventividade, independentemente da ideologia política seguida por quem está no poder.

Por conseguinte, percebe-se que os direitos sociais exigem a atuação do Estado, diferente, portanto, do enfoque dado aos direitos individuais e coletivos, cujo preceito exige o contrário: abstenção do Estado para que os particulares possam exercer plenamente seus direitos e garantias.

No entanto, a efetivação destes direitos sociais está vinculada a um processo gradual, ou seja, depende de um processo evolutivo, implementando-se passo a passo; não se dá de forma imediata.

A doutrina aponta basicamente dois motivos, a saber:

- a) Previsão em normas programáticas.
- b) Implantação onerosa. Neste caso, surge um entrave de ordem prática, já que é notória a falta de recursos estatais para suprir todas as necessidades básicas da sociedade. É certo que o Poder Público não tem autorização legal para se valer de recursos que estão fora do orçamento ou ainda ir além das verbas arrecadadas. Diante de tal circunstância, a doutrina convencionou denominar a negativa do Estado em implementar alguns dos direitos, em razão da falta de recursos financeiros, como “Cláusula da Reserva do Possível”.

A vedação do retrocesso social abrange o princípio da segurança jurídica, sendo que os direitos sociais devem oferecer uma garantia de estabilidade das situações, ou entendimentos jurídicos criados pelo legislador. Na seara dos direitos sociais atua como limitador e no sentido de impedir que determinadas políticas públicas fundamentais sociais sejam extintas ou reduzidas.

*A vedação de retrocesso está diretamente relacionada ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que os direitos sociais, econômicos e culturais devem “implicar uma certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas”. Apesar de também ser utilizado em um sentido mais amplo, referindo-se a todo o rol de direitos fundamentais, a análise, neste ponto, limitar-se-á à seara dos direitos sociais (acepção estrita). Esta limitação é dirigida aos poderes encarregados da concretização desses direitos, atuando no sentido de impedir o legislador e o administrador de extinguir ou reduzir uma determinada política pública efetivadora dos direitos fundamentais sociais. (NOVELINO, 2013, p. 560).*

Neste contexto leciona Cunha (2011, p. 16), que a tese da escassez de recursos, legitima um retrocesso social, refletindo nas definições conceituais sobre o mínimo existencial e a reserva do possível. E, se comprovado que o Estado dispõe de recursos financeiros, anula as teses que defendem o que se tem por retrocesso.

Na lição de Sarlet (2009), ao se falar em vedação de retrocesso tem-se a íntima relação com a segurança jurídica. Portanto, havendo menção ou não no direito positivo, deve haver segurança jurídica, vindo da ideia do direito constitucional contemporâneo, que um Estado de Direito, é sempre também, em princípio um Estado da segurança jurídica.

A garantia de estabilidade das relações jurídicas, e da própria ordem jurídica, tanto a elaboração de projeto de vida, bem como sua realização, está intimamente ligada à própria noção de dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a dignidade não restará completamente protegida e respeitada onde as pessoas estejam sendo atingidas por situações de instabilidade jurídica (SARLET, 2009).

Schwartz e Thome (2015) defendem que o dever de não retrocesso em matéria de direitos sociais está relacionado com o dever de progressividade, ou seja, o princípio da vedação ao retrocesso social autoriza os poderes públicos a adotar programas e políticas públicas de desenvolvimento dos direitos sociais de maneira gradual, na medida em que existam recursos disponíveis, por outro lado, exigem uma ação concreta, onde devem mostrar que estão fazendo o máximo esforço e utilizando o máximo de recursos disponíveis para satisfazer, pelo menos, o conteúdo essencial dos direitos sociais e para fornecer soluções, como uma prioridade, os grupos mais vulneráveis:

*El deber de no regresividad en materia de derechos sociales está relacionado con un deber de progresividad. Ese principio autoriza a los poderes públicos a adoptar programas y políticas de desarrollo de derechos sociales de manera gradual, en la medida en la que existan recursos disponibles (la reserva del posible), pero desautoriza a los Estados la postergación indefinida de la satisfacción de los derechos en pauta. Por el contrario, demanda acciones concretas, comenzando por la de demostrar que están realizando el máximo de esfuerzos y empleando el máximo de recursos disponibles para la satisfacción, al menos, del contenido esencial de los derechos sociales y para dar soluciones, de forma prioritaria, a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad.*

Nas palavras de Silva (2010), o princípio da vedação do retrocesso social, está diretamente conjugado com o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que representa a expressão máxima da efetividade das normas que definem os Direitos Fundamentais, conforme defendido pela doutrina citada, para que sejam afastadas do ordenamento jurídico hipóteses que tendem a reduzir as condições de mínimo existencial.

Portanto, a vedação ao retrocesso social é a segurança jurídica de que os direitos fundamentais já adquiridos não possam ser reduzidos. É, em suma, a garantia de manutenção e resguardo dos direitos mínimos já existentes.

### 3.3 A RESERVA DO POSSÍVEL E O ORÇAMENTO PÚBLICO

A teoria da reserva do possível surgiu na doutrina de dois juristas alemães, Haberle e Martens, no início dos anos de 1970, sendo posteriormente acolhidas pela jurisprudência constitucional daquele país.

Canotilho (2002, p. 108) afirma que Haberle concebeu a teoria da “reserva de caixas financeiras” para exprimir a ideia de que os direitos sociais e prestações materiais estariam sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, e na medida em que se consistem direitos e prestações financiadas pelos cofres públicos, enquanto que Martens reforçou esta ideia ao afirmar que os direitos subjetivos públicos somente seriam assegurados no âmbito do possível e do adequado.

A expressão “reserva do possível”, foi difundida a partir da influência de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1972, em um caso no qual se discutia o acesso ao ensino superior, onde o número de vagas era menor que o de candidatos. Embora, o “direito fundamental à educação não estar consagrado expressamente na Constituição Alemã, o tribunal entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em certa medida, o acesso ao ensino universitário”. Estabeleceram os juristas ainda, que a prestação reclamada deveria corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, ficando o legislador responsável em avaliar quais interesses da coletividade devem ser atendidos com prioridade no orçamento público, em razão da reserva do possível (NOVELINO, 2013, p. 558).

Ainda neste sentido destaca Bernardi (2007, p. 184):

A Teoria da Reserva do Possível tem como berço as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, pelas quais se sustentou que as limitações de ordem econômica poderiam compreender sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais, ficando a satisfação destes direitos na pendência de condições que permitam o seu cumprimento.

Krell (2002, p. 52) afirma que a partir das teorias alemãs a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a significar que os direitos sociais a prestações materiais dependem da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e legislativas, sintetizadas no orçamento público.

Para o Tribunal Constitucional Alemão, os direitos as prestações positivas estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade, de maneira racional, com incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como diretrizes na definição das prestações que devem constituir o direito fundamental social (FIGUEIREDO, 2007)

Portanto, a Reserva do Possível na sua origem não se relaciona exclusivamente à existência de recursos financeiros para a efetivação dos direitos sociais, mas sim a razoabilidade da pretensão frente à sua concretização. No Brasil a interpretação e introdução da teoria ao ser adequado a realidade pátria, transformou essa teoria em verdade, ou seja, em teoria da reserva do financeiramente possível, e limitando assim à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais (ÁVILA, 2013).

Sarlet (2005, p. 288-289) ensina que a reserva do possível trata-se da efetiva disponibilidade do objeto dos direitos sociais a prestações materiais, afirmando que “se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada [...], encontrando-se,

portanto, na dependência da real existência dos meios de cumprir com a sua obrigação.”

Canotilho (2002, p. 108) assevera que a reserva do possível se inclui no contexto mais em que inseridos os direitos sociais a prestações materiais, caracterizado a) pela gradualidade de realização; b) dependência financeira em relação ao Estado; c) tendencial liberdade de insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, exceto quando manifestamente irrazoáveis ou contrários a normas constitucionais.

A reserva dos cofres do Estado coloca problemas de financiamento mas não implica o grau zero de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores dos direitos fundamentais sociais (CANOTILHO, 2002, p. 109).

Para Figueiredo (2007), esta consideração ganha relevância em face da fundamentalidade dos direitos sociais, tendo em vista que a reserva do possível não pode resultar em ineficácia ou perda da vinculatividade desses direitos.

Há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais - que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária -, que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais (ALEXY, 2001; AMARAL, 2001). Esse limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo “reserva do possível”.

A compreensão da reserva do possível vai depender da aproximação do Direito com a Economia, principalmente dos estudos de gastos públicos, de composição de orçamentos e de impacto das decisões judiciais em toda a cadeia de distribuição de rendas. Sem as contribuições da Economia é arriscar a compreensão de forma restrita e incompleta.

Reserva do possível, em síntese, significa que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais

dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Scaf (2008, p. 169) relacionando o mínimo existencial com a Economia afirma:

Os economistas possuem uma expressão bastante interessante, denominada 'Limite do Orçamento', que depois foi translada para o Direito, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, com o nome de 'Reserva do Possível'. O significado é o mesmo: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização da economia geral.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 36) trabalham com dimensão tríplice da reserva do possível: (i) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (ii) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (iii) razoabilidade daquilo que está sendo pedido (2008, p. 30). Para esses autores, a reserva do possível não impede o poder Judiciário de “zelar pela efetivação dos direitos sociais”, mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos.

Barcellos (2008) afirma que a expressão reserva do possível identifica o fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas pelo Estado. Significa que, para além das discussões jurídicas-judiciais do que se pode exigir judicialmente do Estado há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Pouco adiantará a previsão normativa se não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Há duas espécies do fenômeno reserva do possível, a primeira seria a inexistência fática de recursos, ou seja, exaustão orçamentária, a reserva do possível fática, e a segunda um estado de exaustão de

autorização orçamentária para determinado gasto público, ou seja, uma reserva do possível jurídica, tendo em vista o princípio da legalidade dos atos da administração pública, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal (BARCELLOS, 2008).

Canotilho (1999) afirma o fato de os direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério. Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único.

Cumpre, também, destacar que a escassez de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado. Pode-se afirmar que mesmo os chamados direitos de primeira geração, tradicionalmente conhecidos como direitos negativos, por demandarem uma não intervenção estatal, na realidade também dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de dispêndio de dinheiro público (COURTIS; ABRAMOVICH, 2002).

A atuação judicial está limitada ao postulado da reserva do possível, que é mais difícil de ser delimitado do que o mínimo existencial, pois se trata da possibilidade financeira de cumprimento da ordem judicial, muito embora que há limites naturais decorrentes da reserva do possível, por exemplo, seria impossível realizar uma ordem judicial que determinasse que o poder público curasse um portador de moléstia incurável, excetuando esses casos que há impossibilidade de cumprimento da ordem por fatores

naturais, não é tão simples verificar se a decisão está de acordo ou não com o postulado da reserva do financiamento possível (LIMA, 2003).

Ainda conforme Lima (2003), em geral as decisões dos magistrados não são pautadas nos impactos orçamentários, nem mesmo com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento, esquecem-se, que os recursos disponíveis são finitos. Cita-se como exemplo uma ordem judicial que com base no direito à saúde, obrigasse um pequeno Município a construir um amplo e avançado hospital, certamente tamanha decisão acarretaria profunda exaustão orçamentária ao Município, a não ser que fosse consistentemente baseada em dados concretos que fossem capazes de garantir que há dinheiro sobrando para a construção do hospital, ou seja, deve se ter cautela ao efetivar um direito que onere os cofres públicos.

Por outro lado, o argumento da reserva do possível não pode ser banalizado, e invocado pelo poder público para se eximir de suas responsabilidades, devendo ser criteriosamente pautado em fundamentos concretos que atestem sua inviabilidade na aplicação. Neste sentido afirma Lima (2003, p. 45):

Portanto, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação, com base na proporcionalidade em sentido estrito, dos interesses em jogo.

A teoria da reserva do possível pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica que pode se opor, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobre tudo, os de cunho prestacionais. Ou seja, é um meio oponível pelo Estado em relação à prestação de direitos e garantias fundamentais.

Para Sarlet e Figueiredo (2008, p. 20), a nossa Carta Magna evidencia explicitamente a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, tal como prescreve o artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1996. Pacto este ratificado e incorporado pelo Brasil, bem como, o entendimento adotado pela Constituição de 1988 que segue o mesmo conceito proposto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), cujo preâmbulo da referida Constituição define a saúde como o “completo bem-estar físico, mental e social”. Noção que “de longe supera a aceção de saúde como a mera ausência de doenças”. Conceito este que demonstra a necessidade de assegurar o equilíbrio entre as pessoas e o meio em que vivem, assegurando assim o mínimo existencial e garantindo uma vida saudável, toda via, não admitindo a redução do mínimo existencial a um mínimo apenas fisiológico ou vital, e sim de caráter digno e essencial a sua sobrevivência.

Neste mesmo sentido argumentam os Professores Schwartz e Thome (2015), afirmando que o tema da reserva do possível vem ganhando grande importância teórica e prática na efetivação do direito à saúde através de demandas judiciais:

*Especialmente en el marco de las políticas de salud, el tema de la reserva del posible viene ganando gran importancia teórica y práctica. La efectución de los derechos sociales, sobre todo del derecho fundamental a la salud, tiene exigido un profundo redimensionamiento del papel de la política y de las instituciones jurídicas en el cuerpo social. Aquel modelo de cuño marcadamente conservador, en general poco sensible a las demandas sociales, a las luchas por el derecho a tener derechos y a mecanismos de tutela y control judicial en cuanto al diseño de las políticas –programas reunidos en torno a la realización de objetivos socialmente relevantes, políticamente determinados según el proyecto engendrado en el seno de la Constitución–, viene siendo superado por un nuevo modelo, más abierto y democrático, socializante e inclusivo, en el que el Estado asume obligaciones prestacionales onerosas y,*

*al buscar efectuarlas, en un marco de disputas por recursos financieros escasos, dialoga con los distintos anhelos de los diferentes actores sociales.*

No que tange o argumento da reserva do possível em matéria de mínimo existencial, não é argumento concreto e “viola o sistema Constitucional de proteção dos direitos fundamentais”, pois, aceitar que a falta de recursos ou as dificuldades financeiras interfiram na proteção a vida, nada mais é que, condenar o indivíduo à morte (BARROSO, 2012, p. 343).

Conforme Souza (2013, p. 2), a Reserva do Possível é um elemento externo que pode limitar ou restringir o acesso a quem cabe um direito fundamental social específico diante da limitação orçamentária alegada pelo Estado.

No Direito Constitucional brasileiro existe uma obrigação expressa para o Estado destinar recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais, se esta alocação de recursos não se dar conforme estabelece a Constituição em respeito aos parâmetros nela previstos tem-se a violação aos seus comandos (OLSEN, 2008).

Na lição de Souza (2011, p. 16):

O conceito de “reserva do possível”, do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro, deve ser significativamente atenuado, especialmente no que diz com o embate entre direitos sociais e limites orçamentários, já que direitos fundamentais sociais não se condicionam, ou, melhor, não estão em estrita dependência do legislador ordinário, como, de resto, se apresentam os direitos derivados a prestações, de matriz infraconstitucional. Ademais, questiona-se o uso indevido de categorias externas à lógica jurídica, como, por exemplo, a atribuição de maior significado à categoria eficiência do que à categoria legalidade/constitucionalidade, como critério à resolução das demandas no campo dos direitos fundamentais sociais.

Portanto, a reserva do possível deve ser invocada com a maior cautela possível, em especial quando se trata dos direitos sociais e limites orçamentários, já que direitos fundamentais sociais não se condicionam, e mesmo assim são levado em consideração os critérios diversos à lógica jurídica como de eficiência em detrimento aos da constitucionalidade, para resolver tais demandas, sendo, portanto, indevidas.

Segundo Bernardi (2007, p. 184), com as transformações sociais e o próprio avanço da ciência biomédica, aliado ao aumento da expectativa de vida, têm contribuído para agravar a falta de recursos na área da saúde, onde o Estado se vê compelido a prestar atendimento e satisfazer as reivindicações cada vez mais constantes e numerosas, invocando assim a teoria da reserva do possível, quando é forçado pelo poder judiciário, a dar efetividade aos direitos fundamentais.

Ainda neste sentido destaca Bernardi (2007, p. 184):

Seus defensores atuais evidenciam que por mais que uma norma jurídica tenha sido inserida no próprio Texto Constitucional, ela somente poderá alcançar sua real efetividade se estiverem presentes as condições fáticas e jurídicas (leia-se recursos financeiros) capazes de lhe conferir eficácia. Caso contrário, na ausência desse contexto favorável, ninguém poderá ser compelido a cumprir suas diretrizes, argumentam.

Inegável que há plausibilidade nesse entendimento, posto que um suporte “adequado” na área da saúde demanda cada vez mais recursos, especialmente se considerarmos o aumento de expectativa de vida em nosso país, atrelado a constante introdução de modernas drogas e equipamentos. Há quem diga que a efetiva implantação de todos os direitos fundamentais tutelados pela nossa Constituição inviabilizaria um país em desenvolvimento ou “de modernidade tardia” como o nosso, tanto no setor público como no privado.

Destaca-se assim, portanto, que para ter efetividade na norma Constitucional devem estar presentes as condições fáticas e jurídicas,

ou seja, o poder público deve dispor de recursos financeiros capazes de garantir a ordem legal, se o Estado não possuir condições de custear direitos estabelecidos, de nada adianta obrigá-lo oferecer tal suporte que não pode ser alcançado ou efetivado.

No entanto, a reserva do possível pode ser invocada desde que excepcionalmente e com justo motivo; neste sentido, “[...] a jurisprudência do STF admite a utilização excepcional da tese da reserva do possível desde que haja um justo motivo objetivamente comprovável, cabendo ao Estado demonstrar que não teve como concretizar a pretensão solicitada”, ou seja, a referida tese sustenta que o exercício dos direitos fundamentais é balizado pela capacidade orçamentária do Estado (MAZZA, 2014, p. 397).

O princípio da reserva do possível é o principal argumento utilizado pelo poder público, para evitar a eficácia e a aplicabilidade dos direitos sociais fundamentais de acesso à saúde, com a limitação de recursos financeiros restringe-se o acesso a condições de recuperação e prevenção de saúde.

No entanto, trata-se de um conceito que não pode ser demonizado como sinônimo de falta de decisão dos poderes republicanos em efetivar os direitos fundamentais; e que, por outro lado, não pode ser negado, pois representa um sentido de justiça na aplicação dos recursos públicos que são de todos os atores sociais.

Infelizmente no Brasil, a acúmulo de denúncias de corrupção, de malservação do dinheiro público e também o mero desperdício e falta de planejamento na gestão do interesse social, constrói um senso comum de que existem recursos para todas as necessidades sociais, e se eles não existem para supri-las é porque foram roubados ou desviados. A mídia contribui para esta concepção de recursos públicos infinitos e que os gastos são sempre realizados de forma propositadamente errada, ou que os recursos são desviados antes mesmo de sua utilização (CARLINI, 2014).

Schwartz e Thome (2015) afirmam que a reserva do possível não é uma construção teórica para ser utilizada para afastar a responsabilidade

do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais, vai muito além disso, incluindo a ideia de planejamento das atividades públicas para que elas possam suprir a maior quantidade de necessidades, com eficiência, democracia e qualidade:

*Por tanto, la escasez presupuestaria, por sí sola, no puede ser vista como argumento suficientemente sólido para el alejamiento del imperativo de la efectución de los derechos sociales, sobre todo del derecho fundamental a la salud, relacionado al mínimo existencial y a la dignidad humana, núcleo mínimo absolutamente protegido, contra lo cual no caben cualesquiera limitaciones, incluso en tiempos de crisis: aunque los recursos públicos sean limitados de hecho, el Estado debe alocar verbas presupuestarias específicas para la efectución de los derechos sociales, en la medida de la posibilidad, pero siempre realizando el máximo esfuerzo.*

Portanto, a escassez de orçamento, por si só, não pode ser considerado suficientemente forte argumento para a remoção da exigência da efetivação dos direitos sociais, especialmente o direito fundamental à saúde, relacionadas com o mínimo existencial e dignidade humana, núcleo mínimo absolutamente protegida, contra a qual não cabem quaisquer limitações, mesmo em tempos de crise: enquanto os recursos públicos são limitados, de facto, o estado deve alocar verbas orçamentais específicas para a efetivação dos direitos sociais, na medida do possível, mas sempre fazer o esforço máximo

O impasse está na aplicabilidade dos direitos sociais fundamentais assegurados aos cidadãos pela Carta Magna versus à falta de verba do Estado, limitando a aplicação das garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, ao passo que, as decisões seguem em ambos os sentidos.

### 3.3.1 Orçamento Público Federal

O Orçamento público é o instrumento de gestão de maior relevância e provavelmente o mais antigo da administração pública. É um instrumento que os governos usam para organizar os seus recursos financeiros. Partindo da intenção inicial de controle, o orçamento público tem evoluído e vem incorporando novas instrumentalidades.

O Orçamento Público é um instrumento de planejamento que espelha decisões políticas, estabelecendo as ações prioritárias para o atendimento das demandas da sociedade. O orçamento deve conter de modo planejado a estimativa da arrecadação de receitas e autorização para a realização de despesas.

Segundo Silva (1998, p. 181), o orçamento público – da União, dos Estados e dos Municípios – “[...] tem a finalidade de evidenciar, em termos qualitativos e quantitativos, física e monetariamente, as políticas econômico-financeiras que o governo pretende executar.”

Para Baleeiro (2000, p. 55), o orçamento público é definido como:

[...] o ato pelo qual o Poder Executivo prevê e o Poder Legislativo autoriza, por certo período de tempo, a execução das despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

Segundo Angélico (1995, p. 18), orçamento é “[...] um programa de trabalho do Poder Executivo. Programa que contém planos de custeio dos serviços públicos, planos de investimentos, de inversões e, ainda, planos de obtenção de recursos.”

Lima e Castro (2011, p. 9) reforçam a noção de orçamento:

[...] o orçamento público é o planejamento feito pela Administração Pública para atender, durante determinado

período, os planos e programas de trabalho por ela desenvolvidos, por meio da planificação de receitas a serem obtidas e pelos dispêndios a serem efetuados, objetivando a continuidade e a melhoria quantitativa e qualitativa dos serviços prestados à sociedade.

O orçamento público, classicamente, sempre foi tido como um documento contábil que continha a previsão e a autorização das receitas e despesas, respectivamente, a serem realizadas pelo Estado; o objetivo de uma forma geral era manter o equilíbrio financeiro e evitar a expansão dos gastos. Após o surgimento do Estado de bem-estar social, esse caráter de neutralidade foi abandonado pelo orçamento público, que se tornou um instrumento da administração pública com o objetivo de auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle. É importante frisar que a concepção moderna de orçamento está intrinsecamente relacionada à noção de políticas públicas, pois é a partir do estado social que, por meio das políticas públicas e orçamento, surge a intervenção positiva do poder público na ordem socioeconômica (MÂNICA, 2007).

Assim, pode-se dizer que o processo de planejamento do orçamento público brasileiro, cada fase de decisão de natureza política corresponde a uma fase de natureza financeira. Não se trata de decisões isoladas e sim, é uma soma de metas e de recursos financeiros, com um só propósito concretizar os seus objetivos.

O surgimento do orçamento público está intimamente ligado à ideia de controle. Prova disso é que o orçamento se originou pela necessidade de regular a discricionariedade dos governantes na destinação dos recursos públicos. Um dos vestígios mais interessantes dessa ideia está na Magna Carta inglesa, outorgada no ano de 1215, pelo Rei João Sem Terra, o que foi um esboço do que se entende por orçamento público nos dias atuais (MÂNICA, 2007).

No Brasil, o orçamento reveste-se de diversas formalidades legais. Sua existência está prevista constitucionalmente, materializada anualmente numa lei específica que “estima a receita e fixa despesa” para um determinado exercício. Por causa dessa característica, as despesas só poderão ser realizadas se forem previstas ou incorporadas ao orçamento.

O Direito Financeiro tem por objeto a disciplina jurídica de toda a atividade financeira do Estado e abrange receitas, despesas e créditos públicos. O Direito Tributário tem por objeto específico a disciplina jurídica de uma das origens da receita pública: o tributo.

Vale destacar que o primeiro dispositivo de planejamento de longo prazo no Brasil se deu na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, no seu art. 23, que compreendia que a receita e a despesas de capital eram aprovados por decreto do Poder Executivo, com um período mínimo de 3 anos e era ajustado anualmente. O referido artigo continha programas e metas de realizações de obras e prestação de serviços, ou seja, na sua essência tratava-se apenas da discriminação e classificação da categoria das receitas e despesas contabilizadas e da organização do orçamento. Necessitava, portanto de uma lei que incrementa os gestores a uma ação planejada para gerir os recursos disponibilizados pela sociedade.

O ciclo orçamentário, também conhecido como processo orçamentário, pode ser definido como um processo de caráter contínuo e simultâneo, através do qual se elabora, aprova, executa, controla e avalia a programação de dispêndios do setor público.

Assim as mudanças introduzidas pela Constituição no campo do ciclo orçamentário em especial no seu art. 166, § 3º, I e § 4º -, desdobram-se em oito fases, quais sejam: a) formulação do planejamento plurianual, pelo Executivo; b) apreciação e adequação do plano, pelo Legislativo; c) proposição de metas e prioridades para a administração e da política de alocação de recursos pelo Executivo; d) apreciação e adequação da LDO, pelo Legislativo; e) elaboração da proposta de orçamentos, pelo Executivo;

f) apreciação, adequação e autorização legislativa; g) execução dos orçamentos aprovados; h) avaliação da execução e julgamento das contas.

Outro objeto de muita atenção e importância nesta pesquisa, está previsto na Constituição Federal de 1988, no seu art. 163 que prevê a edição de Lei Complementar para fixar os princípios das finanças públicas. No dia 04 de maio de 2000, foi sancionada a Lei Complementar nº. 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, que tem como objetivo principal o equilíbrio das contas públicas, como também serve para fixar a ação dos governantes para evitar os erros de gerência orçamentária e financeira de antigamente.

Neste contexto, a referida Lei institui a necessidade de ações planejadas e gestão compartilhada, exigindo disciplina e transparência do gestor público. Pires (2002, p. 105) afirma que a “responsabilidade na gestão fiscal pressupõe uma ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultado entre receitas e despesas e a obediência de limites”.

Sodré (2002), discorrendo sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, afirma que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) cria normas que: a) melhoram a eficácia dos instrumentos orçamentários, como a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) como mecanismos de planejamento da administração pública; b) instituem mecanismos para o controle do déficit público e da dívida consolidada do setor público; e c) aprimoram a transparência da gestão dos recursos públicos.

Campello (2003, p. 13) afirma sobre lei de Responsabilidade Fiscal:

Busca a referida Lei, pelas modificações introduzidas, que a eficiência administrativa na gestão fiscal imponha equilíbrio nas contas públicas, a fim de abrir espaço para que as atividades administrativas retornem ao atendimento das necessidades de saúde, educação, segurança, amparo aos idosos, proteção à infância e erradicação da pobreza, surgindo assim o desenvolvimento que a cidadania tanto reclama.

Atualmente as normas básicas referentes ao Direito Financeiro e ao Tributário encontram-se na CF; na Lei no 4.320, de 17 de março de 1964; na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - CTN; na Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 - LRF; e no Decreto no 93.872, de 24 de dezembro de 1986.

Os incisos I e II do art. 24 da CF, a seguir, estabelecem competência concorrente para legislar sobre direito tributário e orçamento: “ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento.” (BRASIL, 1988).

Adicionalmente ao ditame constitucional, é importante observar o citado no art. 2º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, transcrito a seguir: “Art. 2º. A Lei de Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica, financeira e programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.” (BRASIL, 1964).

Nos dias de hoje, podemos reconhecer o orçamento público como um instrumento que apresenta múltiplas funções. A mais clássica delas, a função controle político, teve início nos primórdios dos Estados Nacionais. Além da clássica função de controle político, o orçamento apresenta outras funções mais contemporâneas, do ponto de vista administrativo, gerencial, contábil e financeiro. No Brasil, a função incorporada mais recentemente foi a função de planejamento, que está ligada à técnica de orçamento por programas. De acordo com essa ideia, o orçamento deve espelhar as políticas públicas, propiciando sua análise pela finalidade dos gastos.

Existem diversos tipos de orçamento previstos na legislação brasileira, entre eles temos o Orçamento Clássico ou Tradicional, o Orçamento Desempenho ou de Realizações, o Orçamento Programa e o Orçamento Participativo.

No Brasil, a prática orçamentária federal antecedente à Lei nº 4.320, de 1964, baseava-se na técnica tradicional de orçamentação. Essa técnica clássica produz um orçamento que se restringe à previsão da receita e à autorização de despesas, o chamado Orçamento Clássico ou Tradicional.

A evolução do orçamento clássico trouxe um novo enfoque na elaboração da peça orçamentária. Evidenciar as “coisas que o governo compra” passa a ser menos importante em relação às “coisas que o governo faz” (BRASIL, 2016).

O Orçamento Programa Essa técnica orçamentária foi introduzida na esfera federal pelo Decreto-Lei nº 200, de 23 de fevereiro de 1967, que menciona o orçamento-programa como plano de ação do governo federal, quando, em seu art. 16, determina: “Art. 16. Em cada ano será elaborado um orçamento-programa que pormenorizará a etapa do programa plurianual a ser realizado no exercício seguinte e que servirá de roteiro à execução coordenada do programa anual.” (BRASIL, 1967).

A concepção do orçamento-programa está ligada à ideia de planejamento. De acordo com ela, o orçamento deve considerar os objetivos que o governo pretende alcançar, durante um período determinado de tempo. Com base nessa característica, o orçamento-programa ultrapassa a fronteira do orçamento como simples documento financeiro, aumentando sua dimensão.

Sendo assim, pode-se dizer que o orçamento passa a ser um instrumento de operacionalização das ações do governo, em consonância com os planos e diretrizes formulados no planejamento.

Os orçamentos públicos nas democracias representativas são elaborados pelos poderes Executivo e Legislativo. Aliás, segundo os juristas especializados, a principal razão da existência do Legislativo, na sua função precípua de representação popular, está na coparticipação com o executivo na alocação dos recursos públicos por intermédio da elaboração dos orçamentos.

O orçamento participativo incorpora a população ao processo decisório da elaboração orçamentária, seja por meio de lideranças da sociedade civil, audiências públicas ou por outras formas de consulta direta à sociedade. Trata-se de ouvir de forma direta as comunidades para a definição das ações do governo, para resolução dos problemas por elas considerados prioritários (PIRES, 2001).

O orçamento participativo é exercitado no Brasil em alguns estados da federação e em algumas prefeituras. Na União, não se verifica sua aplicação de forma sistemática, embora, durante a tramitação legislativa, haja, esporadicamente, audiências públicas ou até mesmo, como aconteceu no processo de tramitação do orçamento para 2012, a abertura para apresentação de emendas de iniciativa popular, direcionadas para ações de implementação de políticas públicas prioritárias de apoio aos pequenos municípios.

No Brasil, dada a quantidade de despesas obrigatórias e a pouca flexibilidade para o redirecionamento das ações governamentais, os processos que contemplam a participação popular na definição dos orçamentos se atêm a uma parcela restrita da alocação dos recursos.

A Constituição Federal de 1988 delineou o modelo atual de ciclo orçamentário, instituindo três leis cuja iniciativa para proposição é exclusiva do Poder Executivo: a) O Plano Plurianual - PPA; b) A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO; e c) A Lei Orçamentária Anual - LOA (BRASIL, 1988).

Os projetos de lei referentes a cada um desses três instrumentos são submetidos à apreciação das duas casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), mais especificamente à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, formada por Deputados e Senadores.

Conforme dispõe o artigo 165 da Constituição (BRASIL, 1988), o PPA “[...] estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas para administração pública federal para as despesas de capital e outras delas

decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.” Com duração de 4 anos, o PPA é elaborado no primeiro ano do mandato do governante eleito, com vigência a partir do segundo ano de mandato. O projeto de Lei do PPA deverá ser enviado pelo Poder Executivo ao Congresso até quatro meses antes do final do primeiro exercício financeiro do mandato do novo presidente (limite – 31 de agosto), e devolvido para a sanção até o encerramento da sessão legislativa (22 de dezembro).

O PPA é dividido em planos de ações, e cada plano deverá conter: a) objetivo, órgão do Governo responsável pela execução do projeto, b) o valor, c) o prazo de conclusão, d) as fontes de financiamento, e) o indicador que represente a situação que o plano visa alterar, f) a necessidade de bens e serviços para a correta efetivação do previsto, g) a regionalização do plano (BRASIL, 2016).

De acordo com o conteúdo constitucional, a LDO orientará a elaboração orçamentária, compreendendo as prioridades e metas em consonância com o PPA, porém, se referindo apenas ao exercício financeiro subsequente. Também deverá dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política das agências financeiras oficiais de fomento. O projeto de Lei da LDO deve ser encaminhado pelo Poder Executivo até oito meses e meio antes do final do exercício financeiro (15 de abril) e devolvido para sanção até final do primeiro período da sessão legislativa (17 de julho).

Conceitua o artigo 165, § 2º da Constituição Federal:

Art. 165, [...] § 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (BRASIL, 1988).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000) ampliou a importância da LDO, determinando a previsão de várias outras situações, além das previstas na Constituição. São elas a) estabelecer os critérios para o congelamento de dotações, quando as receitas não evoluírem de acordo com a estimativa orçamentária; b) estabelecer controles operacionais e suas regras de atuação para avaliação das ações desenvolvidas ou em desenvolvimento; c) estabelecer as condições de ajudar ou subvencionar financeiramente instituições privadas, fornecendo o nome da instituição, valor a ser concedido, objetivo etc., sendo importante ressaltar que serão nulas as subvenções não previstas na LDO, excluindo casos de emergência; d) estabelecer condições para autorizar os entes a auxiliar o custeio de despesas próprias de outros entes, como por exemplo, gastos de quartel da Polícia Militar, de Cartório Eleitoral, Recrutamento Militar, de atividades da Justiça etc.; e) estabelecer critérios para o início de novos projetos, após o adequado atendimento dos que estão em andamento; f) estabelecer critérios de programação financeira mensal; g) estabelecer o percentual da receita corrente líquida a ser retido na peça orçamentária, como Reserva de Contingência.

A Lei Orçamentária Anual (LOA), estabelece previsão da receita e a fixação da despesa necessária ao desenvolvimento das ações e serviços públicos, para cada exercício financeiro, visando sempre alcançar os objetivos determinados.

De acordo com Vasconcelos (2010, p. 286), a Lei Orçamentária Anual “[...] trata-se de uma lei que contém o Orçamento Fiscal, de Investimento das empresas e o da Seguridade Social, e, não, leis específicas para cada orçamento.”

Afirma Costa (2010) que a Lei Orçamentária Anual não deve conter dispositivos estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos

suplementares e a contração de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita.

A lei orçamentária anual abrange o orçamento fiscal disposições contidas no artigo 165, § 5º da Constituição Federal, in verbis:

Art. 165. [...]§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (BRASIL, 1988).

A Lei Orçamentária Anual, prevista no artigo 165, § 5º da Constituição Federal, constitui um importante instrumento de gerenciamento orçamentário e financeiro da Administração Pública, cuja principal finalidade é administrar o equilíbrio entre receitas e despesas públicas.

A proposta da LOA compreende os três tipos distintos de orçamentos, a saber: a) Orçamento Fiscal; b) Orçamento da Seguridade Social; e c) Orçamento de Investimento das Empresas Estatais.

O Orçamento Fiscal compreende os poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os Fundos, Órgãos, Autarquias, inclusive as especiais, e Fundações instituídas e mantidas pelo ente público; abrange, também, as empresas públicas e sociedades de economia mista em que o Poder Público, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e que recebam desta quaisquer recursos que não sejam provenientes de participação acionária, pagamentos de serviços prestados, transferências para aplicação em programas de

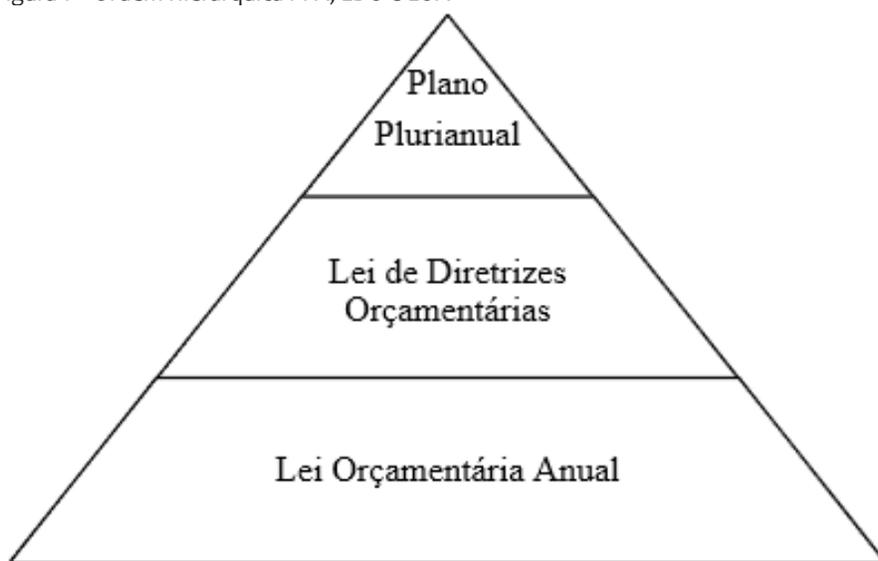
financiamento atendendo ao disposto na alínea “c” do inciso I do art. 159 da CF e refinanciamento da dívida externa.

Já o Orçamento de Seguridade Social compreende todos os órgãos e entidades a quem compete executar ações nas áreas de saúde, previdência e assistência social, quer sejam da Administração Direta ou Indireta, bem como os fundos e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; compreende, ainda, os demais subprojetos ou subatividades, não integrantes do Programa de Trabalho dos Órgãos e Entidades mencionados, mas que se relacionem com as referidas ações, tendo em vista o disposto no art. 194 da CF.

Por fim, o Orçamento de Investimento das Empresas Estatais, previsto no inciso II, parágrafo 5º do art. 165 da CF, abrange as empresas públicas e sociedades de economia mista em que o Estado, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

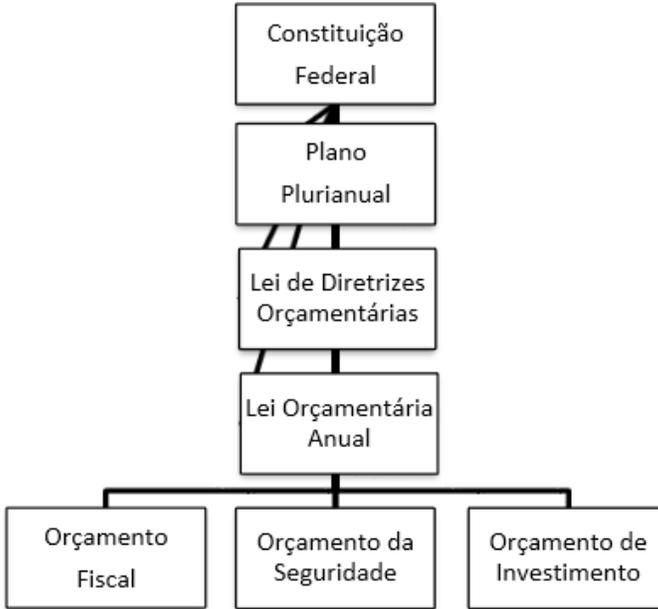
A ordem hierárquica entre o PPA, LDO e LOA, pode ser analisada nas imagens desenvolvidas por Vasconcelos (2010, p. 39, 43):

Figura 1 – Ordem Hierárquica PPA, LDO e LOA



Fonte: Vasconcelos (2010, p. 39).

Figura 2 – Ordem Hierárquica PPA, LDO e LOA



Fonte: Vasconcelos (2010, p. 43).

Entendendo o que vem a ser orçamento público e o ciclo orçamentário, com as principais legislações atinentes à matéria, faz-se necessário entender o que é a receita e despesa pública.

A matéria pertinente à receita é disciplinada, em linhas gerais, pelos arts. 3º, 9º, 11, 35 e 57 da Lei no 4.320, de 1964, que dispõe em sentido amplo, receitas públicas são ingressos de recursos financeiros nos cofres do Estado, que se desdobram em receitas orçamentárias, quando representam disponibilidades de recursos financeiros para o erário, e ingressos extra orçamentários, quando representam apenas entradas compensatórias.

A classificação da receita orçamentária, a exemplo do que ocorre na despesa, é de utilização obrigatória por todos os entes da Federação, sendo facultado o seu desdobramento para atendimento das respectivas necessidades. Sobre o assunto, as receitas orçamentárias são classificadas

segundo os seguintes critérios: 1. Natureza de receita (visa identificar a origem do recurso segundo o fato gerador: acontecimento real que ocasionou o ingresso da receita nos cofres públicos); 2. Indicador de resultado primário (as receitas do Governo Federal podem ser divididas em: a) primárias (P), quando seus valores são incluídos no cálculo do resultado primário; e b) financeiras (F), quando não são incluídas no citado cálculo); 3. Fonte/destinação de recursos (Instrumento criado para assegurar que receitas vinculadas por lei a finalidade específica sejam exclusivamente aplicadas em programas e ações que visem a consecução desse objetivo; e 4. Esfera orçamentária (tem por finalidade identificar se a receita pertence ao Orçamento Fiscal, da Seguridade Social ou de Investimento das Empresas Estatais, conforme distingue o § 50 do art. 165 da CF) (BRASIL, 2016).

As Receitas do Orçamento Fiscal referem-se às receitas arrecadadas pelos Poderes da União, seus órgãos, entidades, fundos e fundações, inclusive pelas empresas estatais dependentes [vide art. 20, inciso III, da LRF], excluídas as receitas vinculadas à Seguridade Social e as receitas das Empresas Estatais não dependentes que compõe o Orçamento de Investimento (BRASIL, 2016).

Por sua vez, as Receitas do Orçamento da Seguridade Social abrangem as receitas de todos os órgãos, entidades, fundos e fundações vinculados à Seguridade Social, ou seja, às áreas de Saúde, Previdência Social e Assistência Social. No caso do Orçamento da Seguridade Social, a complementação dos recursos para financiar a totalidade das despesas de seguridade provém de transferências do Orçamento Fiscal (BRASIL, 2016).

Finalmente, as Receitas do Orçamento de Investimento das Empresas Estatais referem-se aos recursos das empresas estatais não dependentes [não enquadradas no art. 20, inciso III, da LRF] em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (BRASIL, 2016).

As etapas da receita seguem a ordem de ocorrência dos fenômenos econômicos, levando-se em consideração o modelo de orçamento existente no País. Dessa forma, a ordem sistemática inicia-se com a etapa de previsão, arrecadação, lançamento e recolhimento (BRASIL, 2016).

Efetuar a previsão implica planejar e estimar a arrecadação das receitas que constará na proposta orçamentária. Isso deverá ser realizado em conformidade com as normas técnicas e legais correlatas e, em especial, com as disposições constantes na LRF. Sobre o assunto, vale citar o art. 12 da referida norma:

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.

De acordo com Kohama (2002), constituem despesa pública os gastos fixados em Lei Orçamentária ou em leis especiais e destinadas à execução dos serviços públicos e dos aumentos patrimoniais. Destina-se também ao cumprimento dos Compromissos da dívida Pública (despesas orçamentárias) e ainda à restituição ou pagamento de importância recebida a título de cauções, depósitos, consignações, etc.

Na LOA, a esfera tem por finalidade identificar se a despesa pertence ao Orçamento Fiscal (F), da Seguridade Social (S) ou de Investimento das Empresas Estatais (I), conforme disposto no § 50 do art. 165 da CF. Na LOA, o classificador de esfera é identificado com as letras “F”, “S” ou “I”. Na base de dados do SIOP, o campo destinado à esfera orçamentária é composto de dois dígitos e será associado à ação orçamentária:

Quadro 1 – Dígitos do Orçamento

CÓDIGO	ESFERA ORÇAMENTÁRIA
10	Orçamento Fiscal
20	Orçamento da Seguridade Social
30	Orçamento de Investimento

Fonte: Brasil (2016).

Quando as receitas são maiores do que as despesas dar-se-á um superávit orçamentário (pode fazer novos investimentos), quando acontece de as despesas serem maiores do que a receita, neste caso há um déficit orçamentário (cuja solução se dar através de aumento de arrecadação de tributos, contratação de empréstimos entre outros). Nesse caso, pode-se dizer que o orçamento público é sempre a busca do equilíbrio entre receita e despesa. Com relação ao tipo de orçamento público, na visão de Silva (2002, p. 44), “[...] é a característica que determina a maneira pela qual o orçamento é elaborado, dependendo do regime político vigente;” No Brasil é classificado como Orçamento Misto, pois o mesmo é elaborado e executado pelo o Poder Executivo que o encaminha ao Poder Legislativo, o qual o discute, modifica se preciso for e o aprova, retornando novamente para o Chefe do Executivo para sancionar.

Segundo o Artigo 167, inciso III da Constituição Federal de 1988: “Art. 167. [...] III. É vedada a realização de operações de crédito que excedam as despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta.” (BRASIL, 1988).

Esta proibição pretende coibir o financiamento, via operação de crédito, de despesas correntes. É matéria orçamentária, ou seja, o limite das operações de crédito é o montante das despesas de capital previsto na lei orçamentária anual.

O cumprimento do limite a que se refere o inciso III, do art. 167 da Constituição, deverá ser comprovado mediante apuração das operações de

crédito e das despesas de capital conforme os critérios definidos no art. 32, § 3º, da LRF, PPA, LDO e LOA. Essas normas são verdadeiros instrumentos preventivos e aplicadores de políticas públicas, pois agem definindo e quantificando ações administrativas, metas e prioridades a serem realizadas; e também por servirem de parâmetro no controle da gestão pública em relação ao planejamento traçado e às prioridades definidas.

As leis orçamentárias são normas que condicionam o planejamento estatal como um todo, determinando despesas e receitas necessárias ao funcionamento do Estado e também a promoção de direitos que acabam por envolver as mais diversas formas de política pública (VASCONCELLOS, 2010).

Nesse sentido, o orçamento é peça chave ao Estado. Nele restam concretizadas, em números, as escolhas políticas que pretendem a consecução da vontade popular, ao atendimento às diversas necessidades sociais, com a finalidade de promover os objetivos de uma Constituição vasta e minuciosa (VASCONCELLOS, 2010).

O processo e organização orçamentários como um todo, entre outras coisas, importa na concretização dos interesses sociais, políticos e econômicos, individuais ou coletivos. Nesse aspecto, a elaboração e previsão orçamentárias podem ser consideradas mais do que mera relação de receitas e despesas, pois se determinam as prioridades e as necessidades públicas a serem supridas ou suprimidas.

A Emenda Constitucional da Saúde (EC 29/2000) estabeleceu a vinculação de um percentual de recursos orçamentários dos diversos níveis de governo – União, Estados e Municípios – para o financiamento da saúde que de fato merece um tratamento especial em face de situação caótica da saúde pública nacional.

Na área da saúde não poderia ser diferente:

O gasto em saúde deve estar ligado ao planejamento, como um instrumento que baliza o orçamento. Se o gasto é caracterizado por um dispêndio de recursos, representado

por uma saída de recursos financeiros, esse só pode ser viabilizado se estiver em acordo com o que foi planejado e orçado. É importante assinalar que nenhum gasto deverá ser realizado sem que haja disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros. Para tanto, é importante que se resgate o planejamento como primeira função da gestão orçamentário-financeira. (MENDES, 2003, p. 115).

A possibilidade de se efetuar gastos em saúde sem antes haver uma relação com o seu programa é inexistente; a Lei de Responsabilidade Fiscal obriga a interação dos instrumentos de planejamento e orçamento – PPA, LDO e LOA, que são leis e determinam financeiramente, por meio da alocação de recursos públicos, as ações prioritárias para o atendimento das demandas da sociedade (MENDES, 2003).

Ainda nesse sentido, Sarlet (2010) afirma, em relação aos direitos sociais a prestações, que o seu custo assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Corroborando com esse entendimento Oliveira (2011, p. 479), para quem “[...] há que se ponderar que os recursos são finitos, devendo haver uma escolha política do executor e do legislador na fixação de prioridades.”

Nesse sentido, Scaff (2010) nos ensina que a lei orçamentária é quem determina como serão feitos os gastos públicos, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais, portanto, não adianta falar em direitos sem considerar os recursos financeiros do Estado para realizá-los.

De outro lado, sua interpretação também tem sido no sentido de limitar a efetivação de direitos sociais diante da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Se não há

previsão orçamentária específica, a intervenção judicial fica comprometida. Mas esse último entendimento não prospera na jurisprudência dos tribunais, os quais já chegaram inclusive a bloquear recursos públicos em face do descumprimento de ordem judicial anterior, que determinava o fornecimento de medicamentos (BRASIL, 2006).

Assim, a reserva do possível deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de um direito social, ou seja, as pretensões devem ser analisadas pelo Poder Judiciário mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade (MÂNICA, 2007).

Nesse sentido, aduz Mânica (2007, p. 182):

Nesse processo de ponderação, a racionalidade econômica – traduzida como limitação de recursos e de capacidade de disposição dos mesmos – incorpora-se à racionalidade do juiz, de modo a compor mais um elemento para determinação da proporcionalidade. Desse modo a ponderação deve levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são limitadas e de que os recursos são escassos e a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões.

Há, portanto, a real importância de haver um planejamento orçamentário antes de se iniciar qualquer política pública de saúde. Nesse contexto, os “imprevistos” causados pelas decisões judiciais podem colocar em risco todo o planejamento orçamentário já definido para a realização das políticas de saúde, além de dificultarem a realização destas.



**CAPÍTULO IV**  
**EFETIVIDADE DO DIREITO À**  
**SAÚDE EM UM CONTEXTO DE**  
**CRISE**



Neste capítulo objetiva-se analisar os mecanismos de efetivação do Direito Social à saúde em contextos de crise econômica e institucional.

#### 4.1 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Historicamente, podemos afirmar que o caso mundial que inaugurou a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo no processo de formulação e elaboração das políticas públicas está no famoso caso norte-americano, chamado de *leading case*, *Marbury versus Madison*, julgado pelo juiz Marschall, que inaugurou também a discussão da supremacia da constituição federal e o controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 expandiu significativamente o reconhecimento de direitos e pretendeu contribuir para a concretização dos direitos fundamentais. Streck nos afirma que enquanto carta prospectiva, “[...] a constituição acena para o futuro e é uma garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente.” (STRECK, 2000, p. 75). No entanto, para que estes direitos sejam concretizados, faz-se necessária a ação positiva do Estado por meio de políticas públicas.

Assim, quando as políticas públicas não são efetivadas para garantia dos direitos fundamentais, o julgador, na interpretação jurisdicional e solução do conflito no caso concreto, está legitimado a adotar o compromisso com os princípios constitucionais, visando a proteção da dignidade da pessoa humana, na concretização das políticas públicas, principalmente no que se refere à saúde (STRECK, 2000, p. 76).

Bonavides (1993) informa que, nos países de terceiro mundo, como o Brasil, é mais comum, por motivos pragmáticos, a judicialização das políticas públicas.

De acordo com Streck (2000, p. 40), a Constituição substantiva considera que:

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. [...] concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*.

Observa-se que na teoria defendida por Canotilho (2002, p. 25-40), destaca-se que as políticas públicas estão invariavelmente ligadas à efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que políticas públicas refletem a realização de programas (normas constitucionais programáticas),<sup>4</sup> contemplando dispositivos de largo espectro e de notável densidade eficaz, a exemplo do art. 196 da Constituição Federal.

Assim, pode-se dizer que política pública é um conjunto organizado de normas e atos da administração pública tendentes à realização de um objetivo determinado; são programas prescritos pela ordem constitucional e legislação ordinária como qualificadoras do interesse público, tendentes ao atendimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Dentre estes objetivos de relevância pública estão ações e serviços concernentes a saúde (art. 197 da Constituição Federal).

A identificação do conceito geral do direito com as decisões judiciais enfrenta um importante dilema jurídico e político. Trata-se da exigência postulada pelo racionalismo jurídico, que será o germe do movimento

---

<sup>4</sup> Ao contrário da posição substancialista que defendia, José Joaquim Gomes Canotilho apresenta hoje um posicionamento diferenciado do que adotava, dando a entender que se esgotou o constitucionalismo dirigente (ou *textos constitucionais dotados de programaticidade*). Para o jurista, o pensamento liberal e vários olhares políticos, doutrinários e teóricos, proclamam a falência dos “códigos dirigentes”, pois o mundo é caracterizado pela conjuntura, riscos e particularismos. Assim, a Constituição programática, é o “rosto normativo da utopia”. Essas Constituições “conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas”. Assim, a ideia de diretividade constitucional tem sentido se inserida no chamado “*constitucionalismo moralmente reflexivo*”. Sobre o assunto: Canotilho (2002, p. 25-40).

constitucionalista incentivador do Estado de Direito, de estabelecer-se o princípio da divisão de poderes (LUÑO, 2012).

Conforme nos ensina Luño (2012, p. 65), o teor do princípio da separação de poderes, que teve nítida expressão na doutrina de Montesquieu, reserva-se a lei, enquanto norma geral e abstrata promulgada pelo Legislativo, a definição dos aspectos básicos do status jurídico dos cidadãos. Por isso, faz-se importante a “máxima do Próprio Montesquieu de que os juízes devem ater-se ao texto estrito da lei” e que os juízes são “[...] a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das mesmas.” (MONTESQUIEU, 1979).

Atualmente, parece-nos que os juízes criam o direito. Com relação ao significado do termo “criar”, ele pode assumir até oito atitudes teórico-jurídicas: 1ª) Criar/Julgar como demiúrgia, onde não somente os juízes criam o direito, mas sim que deles procede todo o direito, ou seja, somente os juízes são fonte do direito; 2ª) Criar/Julgar como manifestação do arbítrio judicial, onde o juiz se faz investido do poder de estabelecer normas jurídicas; 3ª) Criar/Julgar como capacidade para produzir normas por exigências de justiça; 4ª) Criar/Julgar como capacidade de integração normativa; 5ª) Criar/Julgar como capacidade para completar o processo normativo; 6ª) Criar/Julgar como capacidade excepcional para produzir normas; 7ª) Criar/Julgar como faculdade para escolher o significado normativo; 8ª) Criar/Julgar como possibilidade de produzir normas individuais (LUÑO, 2012).

Afinal de contas, o que é julgar? Segundo Luño (2012) o julgamento é um ato humano, o que pressupõe uma certa conquista na evolução da cultura jurídica, implicando na subtração de qualquer conotação mítica, mágica ou religiosa na conduta de julgar. A partir de um determinado desenvolvimento histórico da experiência jurídica, o julgamento não se faz depender do azar, de direitos fortuitos, de cassa exotéricas ou da vontade presumida dos deuses. Deixa de ser um produto dos oráculos.

Nos sistemas jurídicos modernos, “[...] o trabalho dos juízes não se desenvolve no mistério, mas sim com vista a todo o mundo, e constitui um aspecto central do funcionamento de qualquer sociedade organizada. Os membros da magistratura não se recrutam entre os iniciados em uma sociedade esotérica [...] as sentenças judiciais se publicam.” (CARRIÓ, 1976, p. 80-81).

Neste sentido, a ação de julgar se desmembra em três processos que se relacionam com atividades básicas da ocupação humana: a) A percepção: percepções sensoriais da vista e da audição, bem como expressão oral de ideias e sentimentos; b) O entendimento: a partir da racionalidade que não responde ao acaso ou arbitrariedade, mas sim razões que atuam como modelos da criação, da interpretação e aplicação das normas; e c) A decisão: com a intenção de obter alguma consequência jurídica relevante (LUÑO, 2012).

Mais do que nunca as demandas pelo acesso à saúde têm abarrotado o judiciário brasileiro. O cenário de judicialização é crescente e dinâmico, na medida em que há multiplicação das demandas judiciais, existe um contexto de avanços na medicina e tecnologia, aumentando a necessidade de resposta acadêmica (MOREIRA, 2013).

Os tribunais, por vezes, ignoram as normas infraconstitucionais relativas as políticas públicas que envolvem prestações positivas do direito à saúde, que procuram regular de modo racionalizado o acesso à saúde, sob o fundamento de que o direito à saúde previsto na Constituição Federal garante ao indivíduo imediatamente a prestação de que necessite (MOREIRA, 2013).

No que tange aos limites do controle jurisdicional das políticas públicas, o entendimento assentado na doutrina e jurisprudência, como antes consignado, era o de que somente a legalidade do ato administrativo era passível de controle, sendo que o mérito do ato não era dado ao Poder Judiciário controlar. Hoje, com a possibilidade já apontada de controle

da moralidade do ato administrativo, o Judiciário entra em certa medida no controle do mérito deste ato. Todavia este controle não se pode dar, segundo a doutrina, de forma indiscriminada, sob pena de que isso se constitua verdadeira “ditadura do Judiciário”, uma vez que não se pode simplesmente desconsiderar o que ficou decidido nas esferas democráticas (WATANABE, 2003).

“Há a considerar, por outro lado, que o descumprimento das políticas públicas, tal seja a sua gravidade, pode muitas vezes ser enquadrado como uma ilegalidade manifesta. Qual é o limite correto, enfim, a ser estabelecido?” (WATANABE, 2003).

Os limites mais recorrentes apontados pela doutrina para o controle judicial das políticas públicas são: i) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; ii) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público; iii) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, a chamada reserva do financeiramente possível (GRINOVER, 2010).

Andrade (2001, p. 186-187) defende a ideia de que os direitos sociais estão limitados à existência de recursos financeiros pelo Estado, nas suas palavras:

Ora, a escassez dos recursos à disposição (material e também jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um dado da experiência nas sociedades livres, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um

sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam este desenvolvimento.

[...]

As opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das políticas económicas, sociais e culturais ou para sua “implementação”. Isto é, em primeira linha, ao legislador, parlamentar ou governamental. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, atuando por delegação constitucional. A ele se destinam as diretrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações.

Ao se levar a cabo tal raciocínio, é possível constatar que o fenómeno económico é facilmente invocável para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. Se isso fosse verdade, os direitos sociais não passariam de vetores, normas programáticas que estariam relegadas à “boa” vontade do legislativo e do executivo que, diante de alegada insuficiência de recursos poderiam manter-se inertes, sem qualquer consequência. Todavia, tal fundamento “[...] traz em si a desconsideração de que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice.” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 102)

Grinover(2013, p.24) vai além, afirmando que, em âmbito processual, não será suficiente a mera alegação de insuficiência de recursos. A alegada reserva do possível deverá ser provada pela administração, vigorando a regra da inversão do ônus da prova, positivada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, aplicada por analogia. E mais, afirma que o juiz “[...] em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão

orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária para a implementação da política pública.”

No mesmo sentido, Canela Júnior (2011, p. 103) afirma que o orçamento estatal não pode ser óbice à garantia dos direitos sociais, pelo contrário, o orçamento é o próprio instrumento para a realização de tais direitos. Portanto, se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se caminho para duas soluções possíveis: a) a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência, ou b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado.

Canotilho (2000) afirma que os direitos sociais estão submetidos às crises e recessões estruturais e conjunturais, entretanto, as restrições devem sofrer limitações no respeito à dignidade humana, o que chama de Princípio da Proibição do Retrocesso Social:

A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. (CANOTILHO, 2000, p. 332-333).

No que se refere ao Princípio da Reserva do Possível, Canotilho (2000) reconhece a limitação da disponibilidade econômica do Estado,

devido aos gastos elevados com a implementação das políticas públicas. Questiona o argumento do Estado de insuficiência de recursos afirmando que o Princípio da Reserva do Possível deve estar submetido ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, sendo este uma limitação fática.

Barroso demonstra certa simpatia ao ativismo judicial de acesso à saúde afirmando que o ativismo judicial teria vindo em “boa hora” (BARROSO, 2009, p. 107). Entretanto, afirma o autor em outras obras, preocupação com a definição de critérios para a atuação judicial, devendo ser adotada a teoria dos princípios e da ponderação para não ocorrer uma absolutização de direitos fundamentais (BARROSO, 2007).

Na defesa do Princípio da Reserva do Possível, Barroso afirma que os recursos públicos são insuficientes para atender todas as demandas sociais, cabendo ao estado eleger prioridades para direcionar o orçamento, nos seguintes termos “[...] a verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.” (BARROSO, 2009, p. 37).

Já na defesa do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, Sarlet (2001, p. 286) afirma:

No contexto de *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido no caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável.

Sarlet (2009, p. 325), por sua vez, afirma haver limitações fáticas, o que chama em sua obra de Reserva do Possível, à necessidade de utilização

do princípio da proporcionalidade, não compreendendo o direito à saúde como irrestrito, imediato e incondicionado.

Para Sarlet, o chamado Princípio da Reserva do Possível não se refere exclusivamente aos recursos financeiros para efetivação dos direitos sociais, mas sim à razoabilidade da pretensão deduzida em juízo e também à previsão orçamentária da respectiva despesa:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. (SARLET, 2009, p. 325).

Por outro lado, Sarlet (2009, p. 325) afirma que a negativa aos serviços de saúde corresponde “[...] a aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isso, habitualmente sem qualquer processo.” Alega ainda que para a efetividade da norma constitucional disciplinadora do direito à saúde:

O reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer

Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça. (SARLET, 2009, p. 325).

Para Sarlet (2001), o Princípio da Proibição de Retrocesso Social é um princípio constitucional que possui como principal objetivo preservar os direitos conquistados, evitando assim supressões infundadas, deve sempre existir uma evolução ao que tange os direitos fundamentais, jamais um retrocesso.

De acordo com Sarlet (2004, p. 162), o Estado está vinculado à concretização de determinados direitos, sendo-lhe proibido diminuir ou violar tais direitos no plano legislativo ou executivo:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

Assim, surge o dilema de aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social ou do Princípio da Reserva do Possível em relação às demandas judiciais em busca do direito constitucional à saúde pública.

Diante do exposto, resta claro que o simples argumento de ausência de recursos financeiros não pode ser, por si só, óbice à implementação das políticas públicas que assegurem o gozo e exercício dos direitos sociais. A reserva do financeiramente possível ou a pretensa estabilidade financeira do Estado servirá apenas como um valor a mais a ser ponderado no caso concreto.

Assim como já é cediço que os direitos fundamentais chamados de direitos de liberdade garantem direitos *prima facie*, ou seja, somente limitáveis quando ponderados com valores de igual grandeza no caso

concreto, assim também são os direitos sociais. Inobstante a diferença de natureza entre os chamados direitos de primeira e de segunda geração, os direitos sociais também nascem com reserva de ponderação e, portanto, somente serão afastados pelo acolhimento da reserva do possível, se assim considerar adequado o magistrado no caso concreto, em decisão devidamente fundamentada (ALEXY; SILVA, 2012).

#### 4.2 FUNDAMENTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O objetivo do presente título é analisar o debate em torno de questões do direito à saúde *versus* utilização de recursos públicos no âmbito das decisões judiciais.

Pretende-se estudar em que medida as categorias do ativismo judicial ou protagonismo judicial são adequadas para explicar o que ocorre no âmbito das decisões individualizadas dos processos judiciais sobre saúde.

Por judicialização da saúde, deve-se entender um fenômeno amplo e diverso de reclame de bens e direitos nas cortes: são insumos, instalações, medicamentos, assistência em saúde, entre outras demandas protegidas pelo direito à saúde. A origem do fenômeno é ainda incerta, não apenas pela ausência de estudos empíricos sistemáticos e comparativos no país, mas principalmente pela amplitude da judicialização e seus diferentes níveis de expressão nas cortes. Em consequência, existem argumentos distintos para analisar as implicações do fenômeno da judicialização do direito à saúde no país: de um lado, se anuncia a possibilidade de efetivação do direito, mas, por outro, há o risco de a judicialização ser uma interferência indevida do Judiciário nas políticas públicas (SARMENTO, 2008).

A questão do ativismo judicial ou protagonismo judicial se avoluma na participação crescente do Poder Judiciário na solução de uma enorme

gama de assuntos do cotidiano da sociedade brasileira, de competência, em tese, do Poder Executivo.

Pós-Constituição de 1988, a sociedade brasileira passou a acreditar no Poder Judiciário como instância em que os problemas são resolvidos, embora o decurso do tempo para obter a decisão judicial seja sempre muito longo e incompatível com as necessidades mais urgentes (CARLINI, 2014).

Esta credibilidade do Poder Judiciário é compatível com uma sociedade em que os cidadãos começam a perceber que são sujeitos de direito e não apenas de deveres.

Contribuíram para o protagonismo do Poder Judiciário os sucessivos problemas vivenciados pelos Poderes Executivo e Legislativo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com parte de seus membros envolvidos em várias suspeitas de prática de corrupção, improbidade e quebra de decoro, com instauração de CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito, oferecimento de denúncias pelo Ministério Público e até mesmo condenações em processos penais e civis de improbidade administrativa.

As manifestações públicas que ocorreram em 2013 e nos anos que se seguiram, as reportagens na mídia que entrevistam cidadãos nas ruas de todo o país, dá conta de evidenciar o descrédito da população brasileira em relação aos políticos, categoria em que estão inseridos, deputados, senadores, vereadores, presidente da república, governadores de estado e prefeitos, sendo que no imaginário popular os políticos são movidos por interesses particulares, e não públicos.

A criação da TV Justiça com transmissão das sessões do STF familiarizou a sociedade brasileira com essa instância decisória.

Outro fator que contribuiu para que o Poder Judiciário fosse o *locus* procurado para a solução dos problemas cotidianos da população foi a grande formação de profissionais do Direito, que se gradua acreditando que a demanda judicial será a solução para todos os problemas.

Não temos no Brasil ainda a tradição da solução do conflito pela mediação, arbitragem ou conciliação. O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe, como outras leis ordinárias, mecanismos obrigatórios para tentativa de solução do conflito por meios não jurisdicionais, como uma tentativa de desafogar o Poder Judiciário, os quais estão sendo aos poucos implementados no país, mas que sofrem resistência da própria população, que prefere uma sentença do juiz que diga quem está certo no conflito.

Portanto, dois aspectos são fundamentais para o fenômeno da judicialização, a credibilidade do Poder Judiciário frente aos demais poderes republicanos, e a formação jurídica brasileira, que aponta o litígio processual como principal fonte de solução de controvérsias de qualquer natureza (CARLINI, 2014).

Korner, Inatomi e Baratto (2011) afirmam que a matriz do fenômeno social da judicialização da política é a reorganização das democracias europeias após a Segunda Guerra Mundial, uma forma de prevenir os acontecimentos que permitiram a ascensão do nazismo e do fascismo: “As democracias contemporâneas estariam passando por um processo de expansão do Poder Judiciário, que levaria ao domínio dos juízes sobre as decisões políticas em detrimento dos representantes eleitos, presentes nas instituições majoritárias.” (KORNER; INATOMI; BARATTO, 2011, p. 149).

Parece claro que o fenômeno implica o fortalecimento do papel do Poder Judiciário e o conseqüente enfraquecimento dos Poderes Executivo e Legislativo, que acontece em democracias em processo de reorganização após momentos históricos de desrespeito ao Estado Democrático de Direito (CARLINI, 2014).

Segundo Carlini (2014), o fenômeno da judicialização da política no Brasil é contemporâneo ao início de vigência da Constituição Federal de 1988, e se acentua a partir da década de 90 quando os Poderes Executivo e Legislativo não conseguem dar as respostas de efetividade dos direitos

fundamentais sociais para todos os cidadãos, criando um clima de marcada frustração com a democracia.

Korner (1998) faz uma crítica a este posicionamento afirmando que o fenômeno da judicialização da política pode nem existir e ser, na verdade, outra forma de fazer política. Para ele o Poder Judiciário integra o sistema político e assim como o Poder Legislativo e Executivo, e a judicialização da política neste momento histórico seria apenas uma nova forma de os cidadãos participarem do jogo democrático, sem que isso possa levar à conclusão de que existe, de fato, uma preponderância do Poder Judiciário sobre os demais.

Quando se fala de saúde a ponderação de Korner é importante porque o tema é tão fundamental para a vida social que não deixa de ser tratado em nenhuma das esferas do poder. De forma continuada existem participações do Legislativo, Executivo e do Judiciário no debate sobre a efetividade da saúde pública, garantida constitucionalmente.

Veronese (2011) critica a posição de Korner afirmando que o autor reduziu as decisões judiciais ao mesmo patamar das decisões políticas, se isso ocorrer haverá o desaparecimento da tarefa do judiciário, que é a busca de um quadro que sirva de referência para ações sociais, separada funcionalmente da via política.

Pensando bem, há um certo reducionismo em imaginar a atuação do Poder Judiciário como uma nova dimensão da esfera política, sobretudo, porque, segundo Carlini (2014), no âmbito da saúde, as decisões continuam sendo individuais sem a necessária repercussão na melhoria do sistema coletivo, que deve ser prioridade quando se trata de efetividade dos direitos sociais através de políticas públicas.

As decisões políticas têm por característica fundamental o sopesamento de interesses dos mais diversos grupos sociais, e essas decisões atendem a interesses que se sobrepõe a outros não

necessariamente com clareza de intenções, mas quase sempre por acordo dos atores sociais envolvidos.

As decisões judiciais, por sua vez, têm como característica atender a lógica da aplicação do Direito ao caso concreto, sendo justas ou injustas, mas não possuem dimensão de articulação de interesses ou arranjos políticos.

A judicialização da saúde, conforme informa Silva (2006), expressa as constantes reivindicações dos cidadãos para a garantia e promoção dos direitos sociais referentes a saúde, ou seja, é o processo de iniciativa individual ou coletiva de provocação do Judiciário a fim de que seja entregue a pretensão de insumos, medicamentos, cirurgias ou todo e qualquer serviço ligado à garantia da vida digna e/ou manutenção da saúde. Bem como para Germano Schwartz, que afirma que o Estado deve promover o acesso à saúde de forma imediata por se tratar de direito fundamental do homem.

A norma do art. 196 da CF/1988 autoaplicável e de eficácia imediata. Que as políticas públicas de saúde são o meio primeiro de efetivação deste Direito, e que a atuação do Poder Judiciário ocorre em um momento posterior onde se constata a não ação ou inércia estatal na proteção do direito à saúde (SCHWARTZ, 2001).

Barroso (2011) faz uma distinção conceitual entre judicialização e ativismo judicial, afirmando que judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional, enquanto que o ativismo é uma forma proativa de interpretar a Constituição Federal em especial em momentos de retração do Poder Legislativo.

Para Barroso (2011, p. 279):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na Concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura

ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Para o autor, as decisões no âmbito da saúde pública encontram-se na categoria de ativismo judicial mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente em matérias de políticas públicas, como por exemplo, o caso de distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial (BARROSO, 2011).

Na esteira dessa judicialização das prescrições médicas no âmbito do SUS, demonstra-se fundamental o estabelecimento de critérios mínimos a serem considerados pelo magistrado ao apreciar pedido de fornecimento judicial de tais demandas. Esses requisitos tendem a auxiliar na superação de problemas éticos havidos entre médico e laboratório e na padronização da avaliação judicial do tema, a fim de que problemas similares encontrem, no Poder Judiciário, respostas similares. Some-se a isto o fato de que a maioria das demandas propostas não se funda na inexistência de políticas públicas, mas sim na alegação de caso diferenciado, a partir de determinadas peculiaridades (FORSTER; CAVALHEIRO, 2013).

O Ministro do STF Gilmar Mendes consignou no julgamento da STA 175:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma

necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Segundo Machado (2008, p. 108), o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas são conceitos distintos. O ativismo judicial não contribui para a efetividade democrática, até porque invade esfera do debate político necessário nas sociedades plurais. Para ela, “[...] a judicialização da política, aqui compreendida como a intervenção judicial em pautas substanciais, pode se fazer necessária em contextos como o brasileiro. Isso não justifica, sob qualquer hipótese, a ideia de que as jurisdições constitucionais assumam-se como protagonistas da construção de uma moralidade pública.”

O problema é que a imposição judicial geralmente é de caráter individual e não influi nas políticas públicas, até prejudicando de fato a realização delas nas ocasiões em que o Poder Público é obrigado, por meio de decisão judicial, a custear medicamento ou tratamento médico de alto custo para uma situação individual específica, o que permite inferir que tais valores não serão utilizados em políticas públicas de saúde que haviam sido planejadas e orçadas para beneficiar a todos (CARLINI, 2014).

Alexy (2008), chama isso de “pontos de tensão”, onde a vontade individual diverge da vontade do Estado.

*Sarlet (2002), afirma que o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não de qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um Direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção à saúde.*

*Na análise e julgamento de casos individuais envolvendo a saúde pública os eventuais danos das decisões judiciais parecem sempre menores.*

Ao decidir sobre a necessidade de fornecimento de medicamentos para o tratamento de uma doença grave, por exemplo, o magistrado analisa o caso individual e concreto que ao final, terá a implicação de custos de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por exemplo. Esse valor não será considerado exorbitante para o Poder Público. Mas vários casos individuais irão repercutir na esfera do orçamento público, primeiro porque cria o precedente para que outros demandem para obtenção do mesmo benefício, e substitui o debate político sobre a concessão do benefício no âmbito da relação custo x benefício para toda a população.

Neste sentido, Barroso (2011, p. 285) se pronuncia:

*Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes e emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação de recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.*

Portanto, a presença do Poder Judiciário no processo de judicialização ou ativismo da Saúde deve preservar um direito fundamental e dar cumprimento à lei. A presença do judiciário não pode expressar um ato de vontade própria do magistrado, devendo ser analisado o caso concreto com a justa ponderação entre as vontades e a real condição do Estado e do indivíduo, juntamente aos princípios e diretrizes orçamentárias presentes nas políticas públicas.

Sustein (2009) afirma que as cortes possuem limites institucionais, os quais são argumentos contra um papel judicial de maior importância nas reformas sociais. Afirma o autor que seriam três os problemas apontados: 1) depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados

para a busca de mudanças; 2) As decisões judiciais são notavelmente ineficazes para propalar mudanças sociais; 3) A adjudicação é um sistema razoavelmente fraco para reforma social em grande escala.

Sem o debate político prévio e o esgotamento das vias institucionais, a utilização do Poder Judiciário para obtenção de direitos individuais na área dos direitos sociais é próxima da obtenção de um serviço disponível para poucos.

Existe um sério risco do papel ativo do Poder Judiciário se converter em prestação de serviço para os que dispõem de acesso à justiça, o que contribuirá para a maior fragilidade dos Poderes Executivo e Legislativo ou serão instigados apenas no caso individual e não para o planejamento e execução de medidas coletivas de efetividade dos direitos sociais (CARLINI, 2014).

O Poder Judiciário poderá se converter em um mecanismo de esvaziamento do Estado Democrático de Direito, seja em razão da fragilidade dos demais poderes, seja para a construção de um cidadão ainda mais isolado.

Cabe, portanto, ao Poder Judiciário, planejar de forma sistemática metas e políticas sustentáveis para que este processo não se torne controverso, o que geraria um excesso na demanda, modificando a estrutura final do Poder Judiciário. Ou seja, o Poder Judiciário, tendo sua competência limitada a uma certa área, no que tange à saúde, ao emitir reiteradas decisões sem a devida discricionariedade, torna a si mesmo o garantidor de direitos que seriam cabíveis ao Estado proporcionar.

O direito fundamental previsto na Constituição torna-se exigível através de ações judiciais, porém, pode ocorrer a necessidade de uma ponderação na decisão para a entrega de tal direito ou garantia, ponderação entre direitos os quais o requerente tem garantia constitucional e os princípios basilares do sistema, que devem ser aplicados de forma extensa enfatizando os limites baseados nos fatos do caso concreto e na legislação.

#### 4.2.1 Judicialização da Saúde em Números

O Conselho Nacional de Justiça divulgou no mês de outubro de 2016 a 12ª edição do Relatório Justiça em Números. Trata-se do mais importante e completo diagnóstico sobre o Poder Judiciário brasileiro, pois contempla estatísticas de todos os 90 Tribunais pátrios, bem como indicadores sobre litigiosidade, estrutura, investimento, entre outras informações.

Sobre a judicialização da saúde, considerando os processos ajuizados até 2015 e se somadas todas as demandas existentes no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização, encontra-se o seguinte diagnóstico:

Tabela 2 – Judicialização em Números no Brasil

Assunto	Quantidade
Serviço	61.655
Fornecimento de medicamentos	200.090
Tratamento médico-hospitalar	60.696
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	151.856
Convênio médico com o SUS	737
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611
Doação e transplante órgãos/tecidos	491
Saúde mental	3.001
Controle social e Conselhos de saúde	1.468
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642
Erro médico	38.810
<b>TOTAL</b>	<b>854.506</b>

Fonte: Brasil (2016).

Apenas para registro, em 2011 eram 240.980 processos judiciais. Em 2014 o total era de 392.921. A progressão é geométrica. Certamente não existe outro país do mundo com demanda semelhante. A estatística

demonstra, infelizmente, que o Brasil se consolida em primeiro lugar no campeonato mundial de judicialização. O Relatório Justiça em Números de 2016 indica que no total são mais de 102 milhões de processos em tramitação.

O CNJ – Conselho Nacional de Justiça, através do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e resolução de Demandas de Assistência à Saúde, compilou os dados dos Tribunais Federais e Tribunais Estaduais sobre demandas envolvendo o direito à saúde, tendo os seguintes resultados em ações propostas no ano de 2014:

Tabela 3 – Demandas envolvendo a saúde nos TRFs

Tribunal Federal	1º Grau	2º Grau	TOTAL
TRF-1	10.194	5.608	15.802
TRF-2	4.919	1.567	6.486
TRF-3	3.126	1.579	4.705
TRF-4	24.229	11.058	35.287
TRF-5	7	4	11
TOTAL: 62.291			

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2014).

Tabela 4 – Demandas envolvendo a saúde nos TJs

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

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2014).

Os dois temas mais judicializados que envolvem o direito à saúde são a saúde pública e a saúde suplementar.

Na saúde pública há destaque para fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares no âmbito do Sistema Único de Saúde –

SUS, envolvendo União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O Relatório indica que no tema “direito admin. e outras matérias de direito público” o assunto “serviços/saúde” corresponde a 2,04% de todas as demandas dos Tribunais de Justiça (2º grau de jurisdição). No Superior Tribunal de Justiça, o índice chega a 1,15% (BRASIL, 2016).

A saúde suplementar também é assunto frequente nos Tribunais. Várias são as questões tratadas sobre os planos de saúde, tais como carência, rol de cobertura e validade de cláusulas contratuais. Os tribunais reconhecem, em sua ampla maioria, a procedência dos pedidos veiculados com base no Código de Defesa do Consumidor. Segundo Relatório, no tema “direito do consumidor”, o assunto contratos de planos de saúde é o mais demandado nos Tribunais de Justiça (2º grau de jurisdição), com 1,13% de todos os casos.

A despeito da estatística, o ponto central é saber: quando cessará o aumento da judicialização da saúde? É que o custo do processo judicial é muito alto para todos. Assim, é urgente que agentes públicos e a sociedade dialoguem e envidem esforços para encontrar uma solução adequada e sustentável para a questão.

#### **4.2.2 Atuação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça na seara da Judicialização da Saúde**

A partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho através da Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009. Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do

Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde.

O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional, nomeado pela Portaria n. 8 de 2 de fevereiro de 2016, e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo.

O Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e resolução de Demandas de Assistência à Saúde tem como objetivo a elaboração de estudos e a proposição de medidas e normas para o aperfeiçoamento de procedimentos e a prevenção de novos conflitos judiciais na área da saúde. O fórum busca criar ainda medidas concretas voltadas à otimização de rotinas processuais bem como a estruturação e organização de unidades judiciárias especializadas.

O Fórum editou até o presente momento duas Recomendações aos magistrados brasileiros para a solução de demandas envolvendo o Direito à Saúde: (i) Recomendação 31/2010, que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde; e (ii) Recomendação 36/2011, que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar.

A Recomendação 31/2010 que se refere à saúde pública fornece diretrizes para o trabalho dos magistrados, principalmente em relação à necessidade de informações médicas para respaldar as decisões a serem

tomadas. Os magistrados são orientados a determinar, no momento da concessão da medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas. Outra orientação é para que os magistrados evitem conceder medicamentos experimentais ou ainda não registrados pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Por fim, a Recomendação 31/2010 determina que os magistrados sejam mais bem informados sobre os aspectos específicos da saúde, e que interajam com organismos como os Conselhos Municipais e Estaduais da Saúde e também com as unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em oncologia como a Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou o Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), entre outros existentes e atuantes nas políticas públicas de saúde.

A recomendação 36/2011 refere-se à saúde suplementar, incentivando a celebração de convênios que possam disponibilizar apoio técnico sem ônus para os tribunais, para viabilizar aos magistrados a apreciação de questões clínicas que contribuam para a formação de um juízo de valor.

Essas recomendações situam-se no debate sobre ao acesso à saúde e minimizam os ganhos obtidos no âmbito individualizado, reconduzindo a questão da saúde para o seu locus próprio de um Estado Democrático de Direito (CARLINI, 2014).

Ainda, nos dias 14 e 15 de maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou a I Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde, com o lema “A justiça faz bem à saúde”. Já nos dias 18 e 19 de maio de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza II Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos

sobre o direito à saúde. No ano de 2016 ainda não fora realizada a Jornada Nacional de Saúde.

O diálogo democrático plural construído com o auxílio de diferentes atores sociais se torna mais eficaz se contar com a colaboração do Poder Judiciário que, conhecendo os mecanismos técnicos que regem as atividades de saúde pública e convivendo de forma mais próxima com os gestores, poderão compreender melhor os pleitos individuais, decidindo por soluções que não estabelecem privilégios e respeitem a igualdade que sustenta o acesso à saúde pública no país.

#### 4.3 ANÁLISE DE ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTARAM AS DECISÕES DO STF SOBRE O DIREITO À SAÚDE

O STF – Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde tem recentemente modificado a sua jurisprudência. A STA – Suspensão de Tutela Antecipada 91, de 02.2007 foi decidida de forma qualitativamente diferente quando comparada com as decisões anteriores do STF envolvendo pedido de medicamentos.

Antes da análise da STA 91, todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento médico pedido pelo impetrante. Não havia votos divergentes nos acórdãos encontrados. Portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a reserva do possível como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico. Além disso, as ações eram todas individuais, em nenhuma das decisões analisadas houve uma tutela coletiva do direito à saúde.

Na Petição (Pet) 1246, em que se pede transplante das células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia

Muscular de Duchenne,<sup>5</sup> aparece uma passagem do Relator Ministro Celso de Mello muito importante para este estudo, não só pelo número de vezes em que é citada por outras decisões,<sup>6</sup> mas também pela sua peremptoriedade:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. (PET 1246, rel. min. Celso de Mello, Julgamento 31.01.1997).

Nessa passagem está dito de forma terminante que na ponderação entre o direito à saúde, ligado ao direito à vida, e questões de ordem financeira, estas sempre deverão ser preteridas em relação àquela.

Já no AgRg e no AI 238328/RS há um trecho do Ministro Marco Aurélio que não fala diretamente na limitação de recursos, mas toca de forma rasa na questão da prioridade dos gastos públicos:

Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, *cobertos, em si, em termos de receita*, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem. (AI 238.328/RS, rel. min. Marco Aurélio, julgamento 30.03.1999, publicação 11.05.1999).

<sup>5</sup> A distrofia muscular de Duchenne é uma doença genética que se caracteriza por uma degeneração progressiva do tecido muscular. Para mais informações ver Associação Sul-Catarinense de Amigos e Familiares de Portadores de Distrofias Musculares Progressivas (2016).

<sup>6</sup> As decisões que citam essa passagem são: RE 267612/RS; AI 570455/RS; AgRg no RE 271286/RS; RE 198265/RS; RE 248304/RS; AgRg no RE 273834-4/RS; RE 393175/RS.

Essa passagem considera que as receitas dos impostos são suficientes para cobrir os gastos com, por exemplo, saúde. É uma afirmação que não resolve o problema, pois as despesas podem aumentar (como, por exemplo, com as obrigações de dar e fazer provenientes de decisões judiciais) sem que seja sempre possível aumentar os impostos. Esse trecho coloca, outrossim, que o conflito se dá entre as atividades mais importantes e as de menor relevância, o que parte do pressuposto, não comprovado na argumentação, que essa decisão não levará a um conflito entre duas políticas importantes ou entre duas atividades importantes dentro da mesma política.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 271.286 que analisava a obrigatoriedade de distribuição gratuita de medicamentos para tratamento do HIV/AIDS, ainda no ano de 2000, entendeu que o direito à saúde, direito fundamental que assiste a todas as pessoas, está indissociável do direito à vida e por isso o Poder Público não pode mostrar-se indiferente quanto ao problema da saúde da população, não pode ser uma mera promessa constitucional, sob pena de incidir um comportamento inconstitucional:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público,

fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271.286-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000).

No RE 195192/ RS, em que se pede fornecimento de medicamento para tratamento de fenilcetonúria, o Ministro Marco Aurélio afirma que “problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”. Nessa decisão não há maiores explicações sobre essa afirmação, que não considera o orçamento público como um meio para se realizar políticas públicas, mas como um obstáculo a elas (RE 195.192/RS, rel. min. Marco Aurélio, julgamento 22.02.2000).

O RE 342413/PR, em que impetrante pede medicamento para o tratamento de tumor carcinóide de fígado, a Ministra Ellen Gracie diz que “[...] obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida.” (RE 342.413/PR, rel. min. Ellen Gracie, julgamento 14.10.2004).

A ADPF 45,<sup>7</sup> de relatoria do Ministro Celso de Mello, apesar de não julgar pedido de um medicamento ou tratamento médico, trata sobre

<sup>7</sup> A ADPF 45, com pedido de liminar, foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao § 20, art. n. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/03). Esse dispositivo considera como ações e serviços públicos de saúde “a totalidade das dotações do ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços

direito à saúde e traz uma análise da “reserva do possível”. Essa decisão é muito interessante porque nela são feitas ponderações a respeito da limitação de recursos e dos custos dos direitos que não aparecem nas outras decisões.

Ela começa afirmando que a formulação e a implementação de políticas públicas não se incluem, ordinariamente, no âmbito da “função institucional do Poder Judiciário”.

Prossegue dizendo que competem, excepcionalmente, ao Poder Judiciário quando a omissão dos órgãos políticos competentes vier a comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais. Reconhece, também, que os direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se pela gradualidade de seu processo de concretização, além de depender, em grande medida, “[...] de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”. Afirma, ainda, que “[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA

---

da dívida e a parcela das despesas do ministério financiado com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”. O partido alega que o veto presidencial diminuiu a quantidade de recursos que serão efetivamente aplicados em “ações e serviços públicos de saúde”, contrariando a Emenda Constitucional n. 29, que estabelece no art. 198 da Constituição Federal, § 20, que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar para aplicar em ações e serviços públicos de saúde.

DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF 45, rel. min. Celso de Mello, julgamento 29.04.2004, publicação 04.052004).

A partir dessa constatação, a decisão faz uma análise mais pormenorizada da “reserva do possível” e chega a afirmar que “[...] comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.” No entanto, apontam que ela “reserva do possível”:

[...] não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

[...] não se mostrará lícito ao Poder Público [...] mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (ADPF 45, rel. min. Celso de Mello, julgamento 29.04.2004, publicação 04.052004).

A argumentação continua explicando que a “reserva do possível” impõe condicionamentos à concretização de direitos de segunda geração, “de implantação sempre onerosa”, e que podem ser traduzidos no binômio: “(1) razoabilidade da pretensão em face do Poder Público e (2)

existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas”. E complementa dizendo que os dois componentes desse binômio devem estar juntos para que um direito possa ser exigido do Estado. Mas, por fim, adverte que a “reserva do possível” não pode servir de justificativa para a inércia estatal irrazoável que comprometa “[...] as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo.” Quando isso ocorrer, será, então, o caso de intervenção do Poder Judiciário.

A ADPF 45/DF trouxe algumas considerações importantes e inovadoras em relação às outras decisões do STF, pois considera a questão da limitação de recursos e traz entendimento de que o direito à saúde não é absoluto. No entanto, pelo fato de a ADPF ser um controle abstrato de preceito fundamental, ela não conseguiu traçar critérios mais claros para servir de parâmetro à administração, aos juízes e aos próprios cidadãos.

Em matéria de regras concernentes ao orçamento, como as vedações do art. 167 e incisos da Constituição Federal, e que possuem a função de controlar e racionalizar o gasto público, vale citar o Agravo de Instrumento (AI) 537237, em que se pede medicamento para paciente com hepatite C. Nesse agravo, o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu que “a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito”. Tal determinação carece, no entanto, de melhor argumentação, uma vez que foram afastadas regras constitucionais (inc. I, II, V, VI do art. 167 da Constituição Federal) e pode colocar o administrador em uma situação em que deve escolher entre obedecer à Constituição ou obedecer à decisão judicial da corte de maior hierarquia do Poder Judiciário brasileiro (AI 537.237/PE, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento 12.04.2005, publicação 26.04.2005).

Até a STA 91 as decisões do STF, em regra, deferiam o pedido de medicamento sem maiores considerações sobre escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível. Sempre que um medicamento

não era fornecido havia, no entendimento do STF, uma restrição injusta ao direito à saúde consagrado na Constituição Federal. Essa restrição autorizaria o Poder Judiciário a corrigir uma omissão estatal que violava esse direito fundamental.

A STA 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, foi a primeira decisão determinando a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido. O fundamento foi o da limitação de recursos e da necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Além do mais, a Ministra reconhece que a “execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”, e que a política de saúde deve ser feita de forma a buscar maior racionalização entre custos e benefícios dos tratamentos gratuitamente fornecidos, com o intuito de atingir o maior número possível de cidadãos (WANG, 2008).

Segundo Wang (2008) é também muito relevante a consideração do direito à saúde não como um direito que se aplica a situações individualizadas, mas como um direito a ser concretizado por políticas públicas para um acesso coletivo igual e universal. A Ministra ainda considerou que o Estado somente se obriga a fornecer os remédios que estão contemplados na portaria 1.318 do Ministério da Saúde e que isso representa o respeito a uma decisão alocativa tomada no âmbito da Administração Pública.

A perspectiva conferida por essa decisão, de uma mudança de entendimento do STF, trouxe consequências importantes. As secretarias de saúde passaram a ir à justiça, com base na STA 91, para interromper fornecimento de drogas que não constam da lista do Ministério da Saúde, mas que vinham sendo fornecidas em razão de decisões judiciais.

Em 2010, fora julgada a AI 734.487 de relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que se entendeu que o direito à saúde deve ser implementado mediante políticas públicas: “O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas,

impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.” (AI 734.487-AgR, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010).

Ainda em 2010, fora julgada a STA 175, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde assinalou-se que o direito à saúde é essencial, qualificado pelo legislador como prestação de relevância pública, legitimando assim a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que os demais órgãos estatais deixam de respeitar o mandamento constitucional:

Cumpra assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República. (STA 175-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, voto do min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010).

No ano de 2011 fora proferido entendimento no RE 607.381 de que o recebimento de medicamentos é direito fundamental, podendo pleiteá-los de qualquer dos entes federativos, firmando entendimento de que a responsabilidade é solidária entre a União, Estados e municípios:

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. (RE 607.381-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011).

O Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do AI 550.530, no ano de 2012, entendeu que embora o art. 196 da CF traga uma norma de caráter programático, o Estado (União, Estados e Municípios, solidariamente) não pode furtar-se do dever de garantir os meios necessários para o gozo do direito à saúde:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo. (AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012).

No julgamento do AI 550.530 ficou claro o entendimento do STF no sentido de que os entes federativos possuem responsabilidade solidária na efetivação do direito à saúde.

No ano 2013 fora proferido acórdão de relatoria do Ministro Dias Toffoli, onde se determinou que o Estado fornecesse fraldas descartáveis ao um indivíduo, sob o argumento de que em situações excepcionais o Poder Judiciário pode determinar que a administração pública adote medidas concretas para assegurar direitos constitucionais, como é o caso da saúde:

Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas. (RE 668.722-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013).

No RE 727.864, julgado no ano de 2014 de relatoria do Ministro Celso de Mello, reitera-se o dever do Estado de prestar a Saúde, agora se referindo a serviços hospitalares, afirmando o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público, afirmando não ser possível invocar a fórmula da reserva do possível para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostas pela Constituição Federal, *in verbis*:

Custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública. Dever Estatal de assistência e saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional. Obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos Estados. Configuração no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado.

Desrespeito à Constituição provocado por inércia Estatal. (...) Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da República. (...) O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos. Impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres Estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público. A teoria da ‘restrição das restrições’ (ou da ‘limitação das limitações’). Caráter cogente e vinculante das normas Constitucionais. Inclusive daquelas de conteúdo programático que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197). A questão das ‘escolhas trágicas’. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso). (ARE 727.864-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-11-2014, Segunda Turma, DJE de 13-11-2014).

Em 2016, o STF no julgamento plenário da ADI 5.501, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, deferiu medida liminar para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna (câncer), por inexistirem estudos conclusivos sobre os efeitos colaterais em seres humanos e a ausência de registro na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária:

O Plenário, por decisão majoritária, deferiu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes

diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, bem assim de ausência de registro sanitário da substância perante o órgão competente. O Colegiado entendeu que, ao suspender a exigibilidade de registro sanitário do medicamento, a lei impugnada discrepa da Constituição (art. 196) no tocante ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos. O STF, em atendimento ao preceito constitucional, tem proferido decisões a garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos, cabendo aos entes federados, em responsabilidade solidária, fornecê-los. O caso, entretanto, não se amolda a esses parâmetros. Sucede que, ao dever de fornecer medicamento à população contrapõe-se a responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, a atuação proibitiva do Poder Público, no sentido de impedir o acesso a determinadas substâncias. Isso porque a busca pela cura de enfermidades não pode se desvincular do correspondente cuidado com a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico. Na elaboração do ato impugnado, fora permitida a distribuição do remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária. Entretanto, a aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais (Lei 6.360/1976, art. 12). O registro é condição para o monitoramento da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, sem o qual a inadequação é presumida. A lei em debate é casuística ao dispensar o registro do medicamento como requisito para sua comercialização, e esvazia, por via transversa, o conteúdo do direito fundamental à saúde.” (ADI 5.501-MC, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 19-5-2016, Plenário, Informativo 826).

Na ementa da decisão, o STF deixa claro que tem proferido decisões no sentido de garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos, cabendo aos entes federativos solidariamente fornecê-los. No entanto,

o caso não se amolda a estes parâmetros, pois se pretende zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional.

Muito mais importante do que saber se o STF concede ou não os medicamentos ou tratamentos médicos pedidos, é analisar como as decisões são tomadas e se elas levam em consideração a questão da escassez de recursos e do custo dos direitos.

Questões envolvendo políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas das decisões precisam ter um espaço maior nas decisões do STF para não comprometer o orçamento público.

#### 4.4 (IN) EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: ESTAMOS DIANTE DE UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?

O novo modelo, criado pela Constituição Federal de 1988, articulou solidariamente as áreas da Previdência Social, Saúde e Assistência Social ao Sistema chamado de Seguridade Social.

Entretanto, simultaneamente à implementação do novo modelo, iniciou-se a separação progressiva dos universos do seguro e da solidariedade, o que trouxe um grande problema ao coração do sistema que havia sido projetado: seu financiamento (RIBEIRO, 2010).

As demandas para efetivação do direito à saúde, em específico, são ilimitadas e infinitas, pois o constituinte originário optou pela gratuidade e universalidade do custeio de tal direito social no art. 196 da Carta Magna de 1988.

De acordo com Ribeiro (2010), a grande instabilidade gerada pelo financiamento da seguridade social, e a dificuldade de implementação de políticas públicas destinadas à saúde, motivou o surgimento, na segunda metade da década de 90, de um movimento político para elaboração e aprovação de uma Emenda Constitucional que vinculasse parcela dos

recursos orçamentários de cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o financiamento das despesas com ações e serviços públicos de saúde.

Infelizmente, apesar de ter um aparato legislativo muito grande para fins de implementação das políticas públicas de ações e serviços na área da saúde, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para tais políticas públicas, existe ainda uma grande dificuldade prática de atender toda a demanda existente com os recursos orçamentários disponibilizados pelo governo.

Em consequência de tal realidade, começaram a surgir demandas judiciais pela efetivação do direito social à saúde, com pedidos para determinar ao Estado (União, Estados e Municípios) que forneça determinado medicamento, cirurgia, exame, consulta médica especializada, tratamento médico específico, etc.

No entanto, mesmo com determinações judiciais para efetivação individual do direito à saúde, o Estado vem descumprindo as liminares e sentenças, fazendo com que o Poder Judiciário determine o sequestro de valores para garantia do tratamento médico-hospitalar, conforme orçamentos apresentados pelo Autor da Ação Cominatória.

Neste sentido, a partir da decisão do STF – Supremo Tribunal Federal na ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, aplicável aos presídios no Brasil, procura-se analisar se a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se aplica à questão da Saúde Pública no Brasil.

#### **4.4.1 Estado de Coisas Inconstitucional**

O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas

transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional (CAMPOS, 2015).

A ideia de que pode existir um Estado de Coisas Inconstitucional e que a Suprema Corte do país pode atuar para corrigir essa situação surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada “*Sentencia de Unificación (SU)*”, frente à violação em massa dos direitos fundamentais. Foi aí que primeiro se utilizou essa expressão. Depois disso, a técnica já teria sido empregada em mais nove oportunidades naquela Corte. Existe também notícia de utilização da expressão pela Corte Constitucional do Peru.

É um instituto novo do âmbito jurídico, com menos de vinte anos, mas que já vem ganhando proporção, devido as grandes demandas no judiciário frente ao descumprimento das leis nacionais, violando os direitos fundamentais da população.

Cunha Júnior (2015) ao explicar o conceito, afirma que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação do quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.

Complementando a ideia acima, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015), defende que Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias.

Segundo aponta Campos (2015), citado na petição da ADPF 347, para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, exige-se que estejam presentes as seguintes condições: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade

de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

Em relação ao primeiro requisito, qual seja, a vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, tratando-se de direitos fundamentais, existe sempre uma parte hipossuficiente, justamente a parte que necessita que seus direitos sejam garantidos e efetivados, que é o mínimo para que se possa viver com dignidade. A parte é vulnerável quando se trata de obrigações que dependam do exercício estatal frente a um cumprimento de um direito.

Normalmente, as pessoas têm visto seus direitos fundamentais violados, em grande proporção. O Estado, frente a isso, se mostra indiferente e continua violando os direitos individuais e coletivos dos cidadãos não se preocupando com os efeitos que essa violação de direitos fundamentais vem causando na vida de cada um, é um desrespeito total com a vida e a dignidade humana.

O judiciário é o legítimo interessado na resolução da questão inconstitucional que se tornou uma massiva violação, pois cada um dos violados passa a possuir um direito subjetivo de ação que irá desembocar no Judiciário, que se verá obrigado atuar de forma fragmentada, emitindo soluções para cada caso individual de violação. É por isso que quando a violação se sistematizou a atuação do Judiciário deve ser mais interventiva, mais imperativa, com o fulcro de resolver a questão para todos e com a colaboração de todos que com a situação guardem responsabilidade, para isso da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (SARMENTO, 2016).

O Brasil tem elevadíssimo número de Estados de Coisas Inconstitucional. Possui quadros de violação massiva e contínua de direitos fundamentais decorrentes e agravadas por omissões e bloqueios políticos

e institucionais que parecem insuperáveis: saneamento básico, saúde pública em diferentes estados e municípios, violência urbana em diversas regiões metropolitanas, educação, sistema carcerário (já reconhecido no STF), e outras situações, que dependem de um estudo aprofundado para tentar sanar esses problemas (SARMENTO, 2016).

Em relação ao segundo requisito, ou seja, a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos, irá ocorrer quando um problema toma grandes proporções e a parte causadora nada faz para resolvê-lo, ou sanar parte dos seus efeitos, podemos chamar isso de omissão ao cumprimento de suas obrigações.

As autoridades devem desde sempre elaborar políticas públicas para o pleno exercício dos direitos fundamentais de cada indivíduo. O poder público como instituidor dos direitos fundamentais deve garantir a sua eficácia para o pleno exercício dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

No caso do estado de coisas inconstitucional, a omissão das autoridades frente às suas obrigações é visível, além de permanecer inerte, para buscar algum meio para que os direitos possam ser de fato garantidos e todos de que deles necessitem, tenham acesso. Trata-se de um descaso do poder público com a parte hipossuficiente da relação obrigacional.

Se o próprio estado institui os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal vigente, é porque de fato são básicos e indispensáveis aos seres humanos, o descaso é que como ele mesmo deu garantia aos cidadãos que todos teriam acesso a esses direitos, ele não os promove como deveria e quando se depara com essas situações, não tome providência alguma.

Segundo Sarmiento (2016), o Judiciário perceberá o estado de omissão ou comissão inconstitucional e a partir de um diálogo institucional procurará coordenar as políticas para que o Estado constitucional

reste restabelecido. É em verdade um trabalho conjunto e não uma interferência impositiva do Judiciário capaz de retirar uma atribuição originária constitucional, como assentamos. Não vemos, a princípio, qualquer ativismo judicial odioso, mas sim o que denominamos de ativismo judicial constitucionalizado, pois como asseveramos, fundamenta-se na busca pela efetividade dos direitos fundamentais através de um diálogo institucional necessário, e não por abruptas interferências na execução da política pública, quando de fato usurparia competência constitucional e poder-se-ia cogitar de um ativismo judicial odioso.

Portando, conformemencionado, quando se encontra uma situação que se aproxime do caos, quando um incontável número de indivíduos tem os seus direitos fundamentais violados e se percebe claramente a falência (por ação ou omissão) da política pública que se pratica ou se deixa de praticar. Não são violações pontuais que legitimam a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, mas sim desvios já enraizados e difundidos dentro do sistema, quando os diálogos institucionais não acontecem e se diagnostica que a ausência deste diálogo compromete a finalidade constitucional fundamental (SARMENTO, 2016).

O Estado de Coisas Inconstitucional não poderia e nem poderá ser declarado em hipótese alguma de uma forma vulgar ou leviana, revela-se sim, medida de caráter absolutamente excepcional. Há que estar necessariamente comprovado desvios de finalidades capazes de alterar de forma insustentável o gozo de direitos fundamentais protegidos como cláusulas pétreas pela nossa ordem constitucional, por ação ou omissão contrária ao que os direitos fundamentais buscam tutelar, necessária a existência de uma violação massiva dos direitos fundamentais que se perceba já sistematizada. Desta forma, o Judiciário funcionaria de forma extraordinária dialogando para ajustar ao modelo de proteção constitucional os desvios de finalidade que comprometem o melhor funcionamento do Estado nos termos constitucionais (SARMENTO, 2016).

O Estado de Coisas Inconstitucional gera um “litígio estrutural”, ou seja, existe um número amplo de pessoas que são atingidas pelas violações de direitos. Diante disso, para enfrentar litígio dessa espécie, a Corte terá que fixar “remédios estruturais” voltados à formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais tradicionais.

A Corte adota, portanto, uma postura de ativismo judicial estrutural diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não tomam medidas concretas para resolver o problema, normalmente por falta de vontade política.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo e, considerando que confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas (BRASIL, 2015).

O primeiro caso no Brasil de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional ocorreu quando em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face da União e de todos os Estados-membros pedindo que o STF – Supremo Tribunal Federal declare que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Em razão disso, requer que a

Corte determine à União e aos Estados que tomem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Na petição inicial, que foi subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmento, defende-se que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”. Foram apontados os pressupostos que caracterizam esse Estado de Coisas Inconstitucional: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

O Plenário do STF reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas.

Diante disso, o Tribunal Constitucional declarou que diversos dispositivos constitucionais, documentos internacionais; como por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos; e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitadas.

Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentam o aumento da criminalidade, pois transformam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves.

Vale ressaltar que na decisão liminar o STF reafirmou que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

O Ministro Relator, Marco Aurélio, consignou que a vontade política de um único órgão ou poder não resolverá o quadro de inconstitucionalidade:

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação (BRASIL, 2015).

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. A intervenção judicial faz-se necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas (BRASIL, 2015).

No entanto, o Plenário entendeu que o STF não pode substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Em outras palavras, o Judiciário deverá superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar, porém, esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Nesse sentido, não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados (BRASIL, 2015).

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes.

Como assevera o professor Eduardo Bastos de Mendonça, citado na ADPF 347, “[...] políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentária, em função das possibilidades financeiras do Estado”, de forma que “[...] a retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes”. Segundo o autor, a medida mostra-se ainda mais problemática tendo em conta “[...] que os cortes têm

atingido programas relacionados a áreas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente”, como é o caso do sistema penitenciário nacional (MENDONÇA, 2010, p. 97-98).

O Ministro Relator, Marco Aurélio, em seu voto na ADPF 347 para fins de concessão da liminar pleiteada, citou a questão da saúde pública, afirmando que existem defeitos estruturais, mas também existe vontade política em resolvê-los, ou seja, existe “apelo democrático”:

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.

Entretanto, contrário ao posicionamento do Ministro do STF Marco Aurélio, na seara da saúde pública estamos vivendo um período hostil de omissão estatal e não atendimento das demandas sociais, afrontando diretamente os direitos humanos dos indivíduos que necessitam de atendimento médico-hospitalar, isso em um dos momentos mais difíceis das suas vidas: quando ausente a saúde!

#### 4.5 TEMPOS DE CRISE FINANCEIRA E INSTITUCIONAL

Há um certo consenso entre os sociólogos e politólogos no fato de que as relações sociais, a partir da segunda metade do século XX, são marcadas por graus distintos, mas progressivos de complexidade e

tensionalidade, em razão do processo de transnacionalização radical de mercados e interesses internacionais (LEAL, 2007).

O processo de esvaziamento das próprias estruturas jurídicas estatais acarreta um esvaziamento da própria ordem constitucional que fica desprovida da força normativa para regular as complexidades e conflitivas interações sociais. A constituição fica aprisionada pela emergência de um paradigma jurídico global que torna incontroláveis os processos econômicos: a regulação de mercados se distancia do âmbito público estatal e se desloca até âmbitos privados inacessíveis a um controle democrático (CAMPUZANO, 2009).

Assim, conforme ainda nos ensina Campuzano (2009), o texto constitucional enfraquece os níveis de tutela jurídica para certas classes do direito, especialmente aqueles que se vinculam ao Estado-Providência por seu caráter prestacional, e incrementa o número de normas programáticas cuja articulação intraordenamental resulta impossível de se harmonizar com as exigências dos sistemas técnico-produtivo, o qual se traduz em uma privação de mecanismos de proteção jurisdicional e de defesa cidadã dos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados nos solenes programas constitucionais.

A emergência frequente de uma crise de legitimação das instituições tradicionais da democracia contemporânea, fruto do fato de que as intervenções no tecido social e a expansão dos seus aparelhos não são acompanhadas de nenhum aprofundamento de participação política democrática. “A crise de legitimação surge quando as demandas crescem mais rapidamente do que as recompensas e respostas.” (JACOB, 193, p. 8).

Ao lado da crise de legitimação apresentam-se no mínimo outras duas crises: a) Crise de identidade, onde as instituições (públicas e privadas) passam não mais a distinguir quais suas funções originárias e efetivamente públicas, servindo como meros instrumentos de assalto ao poder por interesses e corporações pouco representativas da sociedade como

um todo; e b) Crise de eficácia: por terem perdido sua legitimidade e sua identidade, as instituições não conseguem atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representam oficialmente (LEAL, 2007).

Assim, a constituição se mostra agora neste âmbito mais inclinada à indefinição mediante o uso de conceitos jurídicos indeterminados e muitos de seus preceitos e incorpora redações essencialmente abertas de sua articulação, cuja interpretação fica condicionada à própria governabilidade funcional do sistema.

Neste contexto, é evidente a insuficiência crescente do modelo político estatal e de sua correspondente estrutura jurídica para seguir garantindo níveis aceitáveis de igualdade material e de justiça social, sendo que o conteúdo prestacional dos direitos fica fortemente condicionado por circunstâncias externas (CAMPUZANO, 2009).

De acordo com Faria (2000), as novas circunstâncias socioeconômicas e técnico-produtivas determinam seriamente o papel do texto constitucional nos ordenamentos contemporâneos, até o ponto de que o modelo de constituição dirigente resulta atualmente inviável.

No período do Welfare State (Estado do Bem-Estar Social) a norma suprema exercia a dupla função de estabelecer: a) Um estatuto organizativo, que distribuía competências e estabelecia processos no âmbito do direito estatal; e b) Um estatuto político, em que se determinavam as diretrizes programáticas e princípios constitucionais que deviam guiar a ação de legisladores e governantes (FARIA, 2000).

Entretanto, na situação atual do país, as condições sociais determinam um enfraquecimento desta segunda função, agravada fundamentalmente nas últimas décadas e especialmente no que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais. A irrupção dos processos de produção em escala global e a gradual interdependência dos mercados financeiros e de mercadorias determinam uma nova fase do constitucionalismo contemporâneo, que está absorvido pela força

dos grandes interesses transnacionais, articulados estrategicamente em estruturas de vigor global, cuja capacidade de influir no desenvolvimento de políticas estatais é praticamente ilimitada (CAMPUZANO, 2009).

Neste sentido, Perez Luño (2012) afirma que o enfraquecimento do Estado e a expansão do orçamento jurídico alcança em cheio o texto constitucional. Assim, o recuo das funções do Estado por obra da expansão frenética subsistema econômico alcança as Cartas Constitucionais, cujo conteúdo programático perde vigor, condicionadas pelas regras da governabilidade sistêmica estabelecidas pelas grandes instancias econômicas, por vezes transnacionais.

Para Schneider (2006), o Estado passa por diversas crises interconectadas. A luta pela construção de um Estado comprometido com a realização dos direitos humanos são os desafios constantes a serem superados. O Estado Contemporâneo vive um cenário marcado por forte antagonismo: de um lado constitui-se em uma associação política de dominação, em que os governados encontram-se sujeitos a uma ordem que confere legitimidade a tal domínio; de outro, encontra-se marcado por princípios que amenizam e buscam minimizar essa dominação, através de institutos que procuram aperfeiçoar o regime democrático, limitando a expansão do poder do governante.

O crescimento das demandas sociais fez com que o Estado de Direito, também consignado enquanto Estado Liberal, fosse avolumado em um número de ações e atividades cada vez maiores, a fim de suprir as necessidades da sociedade nas áreas sociais e econômica. O Estado foi idealizado então para ser um Estado interventor, voltado para a satisfação dos interesses sociais, como fomentador das atividades econômicas (SCHNEIDER, 2006).

Ainda segundo Schneider (2006), neste Estado Democrático de Direito vê-se o deslocamento do poder para o Poder Judiciário, como poder capaz de efetivar a implementação dos direitos sociais descritos na Carta Constitucional de 1988.

Todo este cenário, por óbvio afeta a força normativa da constituição, cujas cláusulas sociais ficam ao acaso das forças imprevisíveis do mercado, na medida em que a ausência de mecanismos efetivos de proteção de tutela propicia que legisladores e governantes possam sacrificar o pleno desenvolvimento das já frágeis demandas constitucionais em benefício da governabilidade sistêmica.

Este domínio que o sistema capitalista exerce sobre o espaço político restringe o âmbito público e limita drasticamente o discurso democrático, cerceando com isso a capacidade da cidadania para modular ações estratégicas e programas políticos específicos (CAMPUZANO, 2009).

Campuzano (2009), citando David Held, afirma que a capacidade decisória do Estado fica profundamente atingida ao produzir-se uma redução de sua capacidade para controlar seu próprio futuro democrático. Esta diminuição da autonomia estatal abre uma brecha entre a dinâmica da economia política contemporânea e o princípio democrático, segundo o qual a comunidade política decide o seu próprio futuro.

Campuzano (2009), continua afirmando que a democracia, neste contexto, se converte em réu do mercado e que a política se dilui diante da intensidade crescente e o arranque irrefreável das forças expansivas do capitalismo, o qual gera uma sensação de frustração e desânimo na cidadania, que provoca deserção desta do espaço público.

Schwartz e Thome (2015) defendem que este papel social do Estado deve se manter inclusive em períodos de crises ou dificuldades fáticas, econômicas e políticas e que a reserva do possível não pode justificar o regresso em matéria de direitos sociais:

*En ese contexto de redimensionamiento de lo papel social del Estado [...] los poderes públicos tienen el deber de asegurar, en todo momento e incluso en épocas de crisis o de dificultades fáticas, económicas y políticas, aun delante de la reserva del posible, al menos los contenidos esenciales de cada uno de los derechos sociales fundamentales, como el*

*derecho a la salud, imponiendo a los Estados un deber de no regresividad en materia de derechos sociales, que obliga a los poderes públicos a que no adopten medidas y políticas y, en consecuencia, no sancionen normas, que vengan a desmejorar, sin una justificación razonable, la situación de los derechos sociales en el país.*

A perda do protagonismo do texto constitucional na ordenação social e sua incapacidade para submeter os processos socioeconômicos à força normativa de seus postulados agrava a crise do direito regulador e do Estado Social que se vê compelido a submeter-se aos ditados da economia transnacional e às exigências da nova ordem global.

A persistência desta situação provoca o retrocesso do Estado e também das políticas públicas para efetivação de direitos sociais prestacionais.

O que fazer diante de um cenário de crise? Esta situação de crise, para utilizar uma expressão gasta, não é prerrogativa única da saúde pública. Toda e qualquer instituição, seja ela uma prestadora de serviços públicos, uma empresa transnacional ou a monarquia britânica, deve evoluir e se adaptar aos tempos para sobreviver. Este processo de adaptação ao meio externo - o mercado consumidor ou contexto político de uma dada sociedade - pode ser conduzido pela própria instituição, como uma medida de sobrevivência, ou pode ser imposto pelo próprio meio ao qual a instituição tem dificuldades de se adaptar (SILVA, 1998).

#### 4.6 PEC 241/2016: TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DA CRISE ECONÔMICA E INSTITUCIONAL<sup>8</sup>

A deterioração fiscal e o forte intervencionismo causaram queda aguda da confiança, gerando colapso no investimento e reduzindo a

<sup>8</sup> Este título foi desenvolvido nos meses de outubro e novembro de 2016. A PEC 241 poderá sofrer alterações até a sua aprovação final pelo Congresso Nacional.

atividade econômica e o emprego. A recessão que se seguiu intensificou a queda da arrecadação tributária.

Segundo o Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles (2016), a dívida pública bruta já se aproxima de 70% do PIB, contra média de 45% dos países emergentes. Corremos o risco de uma crise ainda mais grave que só pode ser evitada com mudanças estruturais na dinâmica das contas públicas. Isso requer alterações na Constituição, já que cerca de 80% das despesas do governo são definidas constitucionalmente. Sem essas mudanças, não há como reverter a trajetória de deterioração.

O país se defronta, portanto, com um quadro dramático, que causou alta descontrolada da dívida e aumento dos prêmios de risco, elevando os juros estruturais da economia.

A crise financeira que o país está vivendo tem como principal componente o grave desequilíbrio fiscal, resultado do aumento continuado das despesas públicas por quase três décadas, uma trajetória que foi acentuada gravemente por decisões tomadas nos últimos anos.

O regime atual, ancorado apenas em metas de resultado, não se mostrou capaz de conter o crescimento da despesa pública no âmbito da União. Como resultado, a queda recente da receita tem sido acompanhada da deterioração dos resultados fiscais e da elevação do endividamento público (COURI; BIJUS, 2016).

Como uma tentativa de superação da crise econômica fora proposta a PEC – Proposta de Emenda à Constituição 241, com a ementa “Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências”, é de autoria do Poder Executivo, e foi apresentada à Câmara dos Deputados em 15.06.2016, causando uma série de discussões jurídicas e políticas envoltas ao seu texto e objetivos.

A PEC 241 institui o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por 20 exercícios financeiros, existindo limites individualizados para as despesas primárias de

cada um dos três Poderes, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União; sendo que cada um dos limites equivalerá: I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% e II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. Determina ainda que não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos: I - transferências constitucionais; II - créditos extraordinários III - despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições; e IV - despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

Por tratar-se de uma PEC, o projeto terá que ser aprovado por 3/5 (três quintos) dos votos, nas duas casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) e em dois turnos em cada casa, conforme disciplina o art. 5º, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A PEC teve o seu início deliberativo na Câmara dos Deputados e no primeiro turno de votações, que ocorreu em 10.1.2016, fora aprovada por 366 deputados, sendo que 111 votaram contra, do total de 479 deputados presentes à sessão. Em segundo Turno, a PEC teve 359 votos favoráveis, 116 contra e 02 abstenções, do total de 477 deputados presentes à sessão.

Na data de 26.10.2016 a PEC 241 fora remetida para o Senado Federal por meio do Ofício n. 1.625/2016/SGM-P. Pelo cronograma do Senado Federal, o texto deverá ser votado em primeiro turno no plenário em 29 de novembro e, em segundo turno, em 13 de dezembro.

Em síntese, a PEC do Teto propõe congelar as despesas do governo federal em valores reais (corrigidos pela inflação) por um prazo de dez anos, prorrogáveis por outros dez.

Os principais contornos da medida proposta pela PEC 241/2016 são: (i) Reforma Constitucional: eu por conter regras de duração limitada no tempo, a PEC propõe reforma do texto constante do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias – ADCT, mediante acréscimo de 5 artigos (101 a 105); (ii) O objeto A PEC visa ao equilíbrio das contas públicas mediante controle do ritmo de aumento de despesas, não se tratando, portanto, de uma proposta de “cortes” de determinadas despesas, mas sim do estabelecimento de uma regra geral que defina limites para o aumento de despesas em termos globais; (iii) Alcance federativo, pois a PEC se aplica à União e não alcança, portanto, Estados, Distrito Federal e Municípios. Também estão excluídas da regra fiscal as transferências da União aos demais entes por repartição de receita; (iv) Limites globais individualizados de despesas, sendo que a PEC fixa limites de despesa globais, mas não para a União como um todo. Os limites serão fixados de forma individualizada para Poderes e Órgãos autônomos integrantes dos Orçamentos da União; (v) Exceções aos limites globais pela PEC 241/2016, não se incluindo no limite: a) transferências da União aos demais entes por repartição de receita, b) créditos extraordinários, c) despesas com a realização de eleições pela justiça eleitoral, c) outras transferências obrigatórias derivadas de lei que sejam apuradas em função de receitas vinculadas, e d) despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes; (vi) Sanção no caso de descumprimento dos limites, prevendo que, no caso de descumprimento do limite, aplicam-se, no exercício seguinte, ao Poder ou ao órgão que o tenha descumprido, as seguintes vedações: a) concessão, a qualquer título, de vantagem, reajuste ou adequação de remuneração de servidores públicos, inclusive do previsto no inciso X do caput do art. 37 da Constituição, exceto os derivados de sentença judicial ou de determinação legal decorrente de atos anteriores à entrada em vigor da Emenda Constitucional que institui o Novo Regime Fiscal, b) criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa, c) alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa, d) admissão ou à contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento

de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos; e f) realização de concurso público; (vii) Mínimos constitucionais de saúde e educação, sendo que a partir de 2017, nos termos propostos, os mínimos da Saúde e da Educação também passariam a ser corrigidos pelo IPCA. Neste ponto, vale observar que, diferentemente da regra para o total das despesas primárias, a regra endereçada a saúde e educação se refere a volume mínimo de gasto, e não a teto de despesas. A definição mais exata do volume de recursos destinados a essas áreas continuará a ser uma prerrogativa do Congresso Nacional quando da tramitação do Orçamento, podendo, inclusive, haver aumentos reais na alocação dos recursos; (viii) Vigência e possibilidade de revisão da regra de indexação, onde a PEC propõe que o Novo Regime Fiscal vigore por 20 (vinte) anos, de 2017 a 2037. A partir do 10º exercício de vigência da emenda, ou seja, de 2026 em diante, os limites poderiam ser alterados por meio de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, vedada a edição de medida provisória. (COURI, BIJUS, 2016)

Segundo Mendes (2016), o Estado brasileiro corre o risco de quebrar. Se nada for feito para equilibrar as contas públicas, a dívida pública passará de 100% do PIB nos próximos anos, aumentando o risco do não pagamento e acelerando a inflação. Isso levará ao baixo crescimento, à falta de recursos para financiar os serviços públicos, ao agravamento do desemprego, à pobreza e ao crescimento da desigualdade.

Por três décadas, a despesa pública cresceu muito acima da inflação, o que levou à expansão da carga tributária e da dívida pública. Erros sucessivos de política econômica, cometidos nos últimos anos, aceleraram a crise fiscal. Estamos com uma dívida de 70% do PIB, a mais alta entre países emergentes, e que cresce de forma galopante, pois temos déficit primário de R\$ 170 bilhões e juros altos. O risco de insolvência do governo aumentou a taxa de juros que o Tesouro Nacional paga para rolar

sua dívida, prejudicou o crescimento da economia e reforçou a crise fiscal (MENDES, 2016).

Mendes (2016) aponta como saída para a crise, a transformação do déficit primário de 2,7% do PIB em um superávit de pelo menos 2,5%, ou seja, um ajuste de 5,2% do PIB (R\$ 325 bilhões, aproximadamente). Fazer isso em pouco tempo só seria possível com cortes brutais de despesas, demissões, suspensão de serviços essenciais e aumentos de impostos.

A PEC 241 propõe um caminho alternativo, qual seja, um ajuste gradual, com crescimento da despesa do governo central igual à inflação por dez anos e, a partir daí uma nova regra a ser estabelecida a cada mandato presidencial. Isso permitirá economia de 0,5 ponto percentual do PIB por ano, equivalente a até 5 pontos percentuais do PIB em dez anos.

De acordo com Mendes (2016), não serão “20 anos de congelamento dos gastos públicos” como dizem os críticos, e sim dez anos de crescimento no ritmo da inflação, com uma janela para, a partir daí rever o ritmo de crescimento da despesa a cada quatro anos. O autor afirma que não se sustentam as previsões apocalípticas de que o gasto público vai ser jogado a zero.

O objetivo nuclear do NRF é o controle do ritmo de aumento de despesas, não se tratando, portanto, de uma proposta de “cortes” de despesas, mas do estabelecimento de uma regra geral que defina limites para o aumento de despesas em termos globais (COURI; BIJUS, 2016).

A PEC vai expor a realidade das contas, acabando com o famoso bordão de que, no Brasil, orçamento é peça de ficção. Pelas regras atuais, há incentivo para que as expectativas de receita sejam elevadas de forma irrealista, o que permite aumentar as despesas orçamentárias. Na hora de executar o orçamento, a receita realizada é muito menor que a superestimativa aprovada no orçamento, o que gera ou a necessidade de cortes de despesas ou o aumento do déficit público.

No modelo orçamentário atualmente vigente, em que 2+2 é maior que 4, cabe ao Poder Executivo escolher qual despesa será feita e qual será postergada ou cancelada. O Legislativo perde poder de decisão na alocação dos recursos. Conter os gastos na boca do caixa não é sinal de política fiscal rigorosa. É, em geral, resultado de orçamentos mal elaborados (MENDES, 2016).

Com a PEC não será possível aprovar orçamento com despesa acima do limite de gasto. Só entrará no orçamento o que poderá ser pago: 2+2 passa a ser igual a 4. Não haverá contingenciamentos bilionários, acúmulo de restos a pagar ou barganha para liberar esta ou aquela despesa. Através do limite de gastos públicos, restitui-se poder ao Parlamento, ou seja, o que ele aprovar é o que será executado. O orçamento passa a operar como ocorre em qualquer democracia. Não cabe, portanto, dizer que o orçamento ficará “no piloto automático”, tirando poder do Congresso. É exatamente o contrário, pois o limite é para o gasto total, quem vai decidir quanto vai ser aplicado em saneamento, cultura ou construção de estádio de futebol será o Congresso.

Em relação à saúde e à educação, não haverá reflexos diretos nos seus orçamentos. Primeiro, porque essas são as únicas áreas protegidas por um valor mínimo de gastos (piso), através dos orçamentos vinculados. Segundo, porque a PEC já dá, na largada, R\$ 10 bilhões adicionais para a saúde e isenta do teto os gastos em educação básica. Terceiro, porque a revolucionária regra do 2+2=4 vai tirar poder dos lobbies e corporações, que usam a falta de transparência do orçamento para aumentar os gastos que lhes favorece. No Novo Regime Fiscal, ficará claro para o cidadão qualquer tentativa de retirar recursos da saúde e da educação para colocar em outras finalidades (MENDES, 2016).

Segundo Almeida (2016), a PEC 241 aumentou recursos para saúde pública. A Emenda Constitucional 86/2015 estabelece que o governo federal deverá gastar 13,2% da sua receita corrente líquida (R\$ 93,2 bilhões)

em saúde este ano e 13,7% (R\$ 103,9 bilhões) no próximo. Essa vinculação cresceria aos poucos para 15% da receita corrente líquida, em 2020. No entanto, a PEC 241 antecipa essa vinculação maior já para 2017 e o novo piso da saúde do governo federal passará a ser R\$ 113,7 bilhões, quase R\$ 10 bilhões a mais do que seria pela legislação atual. A partir de 2018, esse piso passará a ser corrigido pela inflação do ano anterior, mas em cima de uma base que cresceu cerca de R\$ 10 bilhões.

De 2000 a 2015, o mínimo constitucional de saúde crescia de acordo com o crescimento do PIB nominal. Mas essa regra se baseava no “valor empenhado”, o que não garantia que o orçamento autorizado fosse de fato transformado em ações e serviços públicos de saúde no ano. Essa prática de atrasar o orçamento foi recorrente desde 2011 devido à insuficiência de caixa do Tesouro, apesar do forte crescimento real da despesa primária, gerando o acúmulo sucessivo de “restos a pagar” (ALMEIDA, 2016).

Um dos grandes ganhos dessa reforma, além do realismo orçamentário, será a discussão de prioridades do Orçamento diante do teto de gastos. Outro avanço importante é a renegociação das dívidas estaduais, que estabelece o ajuste fiscal também com adoção de teto ao crescimento das despesas (MEIRELLES, 2016).

A PEC 241 aparenta ser só o começo do processo de reformas necessárias ao país. Ela explicita os limites do possível. Outras reformas serão necessárias para ajustar a despesa pública à capacidade dos brasileiros para pagá-las.

#### 4.7 DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Alexy (2008), ícone dos defensores da concretização dos direitos fundamentais, idealizador da Lei da Ponderação, em sua obra Teoria dos

Direitos Fundamentais, visando solucionar a colisão de princípios, afirma que a satisfação de um direito justifica a não satisfação de outro.

Além de resolver as colisões de princípios, a teoria mantém a normatividade dos princípios sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico. Entretanto, a obra de Alexy não contém um catálogo de prescrições direcionadas aos intérpretes (MOREIRA, 2013).

Analisar o tema da colisão de princípios fundamentais é o mesmo que reconhecer o caráter normativo dos princípios previstos na Constituição Federal, ou seja, deixar de vê-los apenas como meras recomendações morais.

Inicialmente, faz-se necessário realizar uma distinção entre regras e princípios. Segundo Alexy (2008, p. 85), a distinção entre regras e princípios constitui a base para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais.

Bobbio (2004, p. 81) define os princípios como “[...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.”

Para Alexy (2008), as normas podem dividir-se em regras e princípios, porém a diferença é gradual e qualitativa, permitindo distinguir com precisão as regras e os princípios. Essa distinção proposta por Alexy possui fundamento na dicotomia entre regras e princípios proposta por Dworkin.

Para Dworkin (2002, p. 39), as regras são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, de forma que “[...] dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”

Já no que se refere aos princípios, Dworkin (2002) afirma que sua aplicação ocorre de uma maneira mais complexa, pois possuem dimensões que as regras não têm, sendo necessária uma decisão particular e a construção de uma linha de interpretação.

Alexy (2008) afirma que Dworkin não chegou ao núcleo da distinção entre regras e princípios, afirma que os princípios são mandamentos de otimização.

Assim, para Alexy (2008), as regras são mandamentos definitivos, que determinam determinada conduta previamente definida, enquanto que os princípios, são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam fazer uma coisa na máxima medida possível cuja medida de aplicação deve ser definida pelo julgador, em cada caso concreto.

Em síntese, regras são mandamentos definitivos, enquanto que princípios são mandamentos de otimização (ALEXY, 2008).

De acordo com Alexy, havendo conflito entre regras, há critérios objetivos para solução. As regras não possuem a característica da otimização, elas são formuladas de modo a exigir um cumprimento pleno, ou seja, “[...] são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas.” (ALEXY, 2008, p. 91).

Os princípios, por sua vez, não expressam mandamentos definitivos, tendo em vista que somente ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando determinadas condições concretas. Assim, a aplicação de um princípio a um caso concreto não significa que o que ele determina será um resultado definitivo para os casos semelhantes. Assim, é verdadeira a afirmação de que os princípios não possuem conteúdo de determinação, pois suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser permutadas por outras razões contrárias (ALEXY, 2002, p. 99).

O autor afirma que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é a forma como eles se comportam no caso de colisão as regras estão vinculadas à subsunção, enquanto que os princípios à ponderação.

A tese central da teoria dos direitos fundamentais “[...] é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza e princípios e são mandamentos de otimização.” (ALEXY, 2008, p. 575).

A ponderação, portanto, aplica-se de forma exclusiva aos princípios. Assevera Alexy (2007, p. 64), para fundamentar sua tese:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

Assim, quando houver conflito entre princípios faz-se necessário a ponderação no caso concreto, determinando qual princípio prevalecerá, não excluindo o outro do ordenamento jurídico:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deverá ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2008, p. 93).

A estrutura das soluções de conflitos entre princípios constitucionalmente previstos (expressa ou implicitamente) é apresentada por Alexy (2008) através da chamada Lei de Colisão, que demonstra que o resultado da ponderação deve ser objeto de fundamentação.

De acordo com Alexy (2002, p. 92-93), quando um princípio limita a aplicação jurídica de outro a um caso concreto, deve-se estabelecer uma relação de “precedência condicionada” entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro, devendo ser observadas as condições de cada caso concreto.

O princípio que teve precedência irá restringir as possibilidades jurídicas de aplicação do princípio que foi desprezado. No entanto, esta relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida quando as condições do caso concreto forem modificadas (ALEXY, 2004, p. 164).

Segundo Alexy (2002, p. 93), o peso ou precedência dos princípios é determinado da seguinte forma “[...] o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto.”

Nesse mesmo sentido, Steinmetz (2001, p. 127) afirma que a metáfora do peso utilizada por Alexy deve ser entendida como as razões suficientes para que um princípio preceda outro, não possuindo significado quantitativo.

Alexy (2008) defende que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões em casos concretos, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação de princípios constitucionais.

A definição dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem “[...] que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.” (ALEXY, 2004, p. 185).

A ponderação, segundo Alexy (1999, p. 69), exige um princípio mais amplo: o chamado princípio da proporcionalidade, que em sentido estrito abarca os casos em que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária uma ponderação.

A lei de ponderação é descrita por Alexy (2003, p. 136) nos seguintes termos: “[...] quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” De acordo com o autor, a ponderação compõe-se em três fases.

A Lei da Ponderação, exige primeiramente a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, sendo indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais da colisão, para evitar distorções durante a ponderação (ALEXY, 1999, p. 69).

A segunda fase da ponderação, é definida por Alexy (1999, p. 71) como a realização da ponderação propriamente dita, onde deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro.

Por fim, Alexy (1999, p. 74) traça a última etapa da ponderação como sendo aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. É a fase mais complexa da ponderação, pois deve-se justificar porque uma solução deve prevalecer sobre outra.

No que tange ao direito à saúde, Alexy (2008) afirma ser imprescindível ponderação entre os direitos sociais, inclusive o mínimo existencial e a reserva do possível, uma vez que o direito à saúde de alguns cidadãos pode extinguir o direito de outros devido à escassez dos recursos.

Barroso (2009, p. 13), afirma que em certos casos a observância do princípio da Proibição do Retrocesso Social, traduzido no mínimo existencial, pode levar à violação do princípio da igualdade e mitigar os direitos de toda a coletividade:

Alguém poderia supor, a primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Barroso (2009) afirma ainda que os direitos fundamentais, ao serem exigidos, inclusive por via judicial, podem sofrer ponderações tanto com direitos fundamentais, quanto como princípios constitucionais. Neste sentido, ensina ainda que “[...] as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades *econômicas e sociais*.” (BARROSO, 2009, p. 34)

*Segundo Alexy (2008), sendo os Princípios da Vedação ao Retrocesso e da Reserva do Possível mandamentos de otimização, devem ser aplicados com o objetivo de atender à necessidade social por meio da proporcionalidade, em especial a adequação das medidas para se atingir o objetivo desejado, sendo esta medida a menos gravosa, levando-se em consideração as vantagens a serem auferidas.*

#### 4.8 PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE PÚBLICA: ALGUMAS POSSIBILIDADES

Na sistemática atual brasileira, em que estamos com uma crise financeira e institucional não vista nas últimas décadas, em que o Poder Judiciário encontra-se insuficiente, quando não dizer em processo de falência, pois não consegue mais suprir as demandas que lhe são propostas, deve-se tentar buscar alternativas para a solução das demandas sociais, especialmente no âmbito dos direitos sociais. Neste sentido, as alternativas a serem propostas devem tentar mitigar a judicialização da saúde.

Se o aumento da judicialização é uma perspectiva concreta, é necessário que as alternativas possam diminuir a incidência do fenômeno e ao mesmo tempo despertar a sociedade brasileira para a busca de soluções mais rápidas que a judicial (CARLINI, 2014).

De acordo com Carlini (2014), a solução de conflitos por mecanismos não judiciais é um sinal de maturidade de uma sociedade organizada, que atribui ao diálogo e ao sopesamento de argumentos peso maior que a solução ditada por um magistrado que nem sempre terá condições objetivas de levar em conta o impacto de sua decisão para o conjunto social.

O diálogo e o debate das questões públicas ainda são precários no país, tendo em vista a estrutura da organização política que oferece poucos espaços para a manifestação da cidadania ativa. Existem inúmeras previsões na Constituição Federal para a participação direta da população,

como por exemplo, os Conselhos Municipais de Saúde, no entanto, a herança que o modelo de Estado Autoritário nos deixou ainda é muito presente, onde o cidadão se sente mais motivado a procurar o poder judiciário do que obter a efetividade de seus direitos por mecanismos coletivos de participação social.

Ainda, nas palavras de Carlini (2014), a sociedade brasileira tem como traço marcante o individualismo, resultante da centralidade do consumo, na concepção da estrutura familiar e como consequência do modo de vida típico dos grandes centros urbanos que fragilizou os laços comunitários na medida em que subtraiu o tempo livre da agenda diária das pessoas.

No imaginário das pessoas, a solução de problemas envoltos à questões de saúde pública é papel exclusivo dos governos, já que os cidadãos já pagam tributos. As pessoas não consideram que as decisões podem ser tomadas em conjunto como fruto do diálogo, do debate e do acordo.

Neste contexto a busca por soluções coletivas é avaliada como ineficiente.

Carlini (2014) aponta algumas sugestões para minimizar a judicilização: (i) Criação de Câmaras Técnicas, que são grupos multiprofissionais que analisam os casos judiciais e fornecem laudos técnicos para auxiliar os magistrados para fornecimento de argumentação técnica a ser adotada na solução de casos concretos; (ii) Criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Interesses, com o objetivo de promover ações de autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da mediação e arbitragem, inclusive na seara da saúde pública; (iii) Interposição de ações coletivas pela Defensoria Pública e Ministério Público para a efetivação do direito à saúde, buscando promover a efetivação do direito à medicamentos e tratamentos médicos à todos os que se encontrarem em determinada situação concreta.

*Importante destacar a última sugestão apontada, que diz respeito à propositura de ações coletivas, que correspondem a relações sociais e econômicas entre indivíduos pertencentes a um mesmo grupo e que possuem interesses comuns. Tais interesses necessitam de ações conjuntas, ou seja, necessitam ser realizadas coletivamente. Em uma ação coletiva, o alinhamento dos interesses decorre do reconhecimento de que os indivíduos possuem necessidades comuns, as quais somente serão atendidas por meio das ações coletivas (WOLFART; SILVA; SCHMIDT, 2014).*

Conforme Ostrom (2007), a teoria da ação coletiva busca explicar por que os indivíduos cooperam ao invés de aproveitarem as contribuições de outros. Em sua obra *A lógica da ação coletiva*, de 1971, analisa o que motiva os indivíduos a atuarem conjuntamente em vez de suprirem suas necessidades de forma individual.

As ações coletivas podem ser compreendidas por diversas formas de associativismo, tais como entidades de representação, de compra e venda, de poupança e crédito, prospecção de vendas nos mercados externos, controle de qualidade, entre outros. Geralmente, as pequenas empresas têm problemas para a obtenção desses aspectos, cuja superação pode ser alcançada por meio de ações coletivas (Sachs, 2003). Dessa forma, uma ação coletiva é decorrente da união entre agentes que possuem interesses comuns, acreditando que, individualmente, é impossível ou mais difícil de obter um determinado objetivo do que em grupo.

Para Olson (1999, p. 13), a ação coletiva consiste na perseguição conjunta por benefícios individuais. Assim, “[...] a ideia de que os grupos sempre agem para promover seus interesses é supostamente baseada na premissa de que, na verdade, os membros de um grupo agem por interesse pessoal, individual.”

Busca-se, através das ações coletivas, um efeito geral, global e impessoal, no mais das vezes preventivo, que procura impedir a ocorrência de um ou mais agravos e não a reversão de suas consequências. Isto não

impede que determinadas ações entendidas como coletivas tenham efeitos particulares, benéficos ou não, sobre indivíduos.

As chamadas ações coletivas em saúde pública são uma designação genérica para as medidas tomadas visando não a instância particular de um dado indivíduo mas um grupo de pessoas. Cabe aqui, sem nenhuma profissão de fé filosófica, a conceituação de Durkheim (1972) sobre o social: o coletivo em saúde pública é mais do que a mera somatória de indivíduos.

A participação de cada indivíduo no ganho total do grupo depende de dois fatores: do tamanho do grupo e do benefício individual que o bem proporciona em relação ao total de participantes do grupo. Estes fatores determinarão se o grupo proverá o bem coletivo e seu ganho total (NASSAR, 2001).

Reconhecida a existência de interesses transindividuais compartilhados por diversos titulares, a ordem jurídica passou a admitir a substituição do acesso individual à Justiça por um processo coletivo único em proveito de todo um grupo. A substituição de inúmeras ações individuais pulverizadas por uma só ação coletiva representa inegável economia processual, além de evitar decisões contraditórias, que contribuem inclusive para o desprestígio da administração da justiça.

A ação coletiva, como a conhecemos no Brasil, teve o seu nascimento na *class action* do sistema norte-americano, encontrando os seus antecedentes no *Bill of Peace* do Século XVII, que tinha como pressuposto a existência de um elevado número de titulares de direitos que recebem um tratamento processual unitário e simultâneo por meio de um único expoente da classe (SÁ, 2013).

O legislador brasileiro inspirando-se no *class action* norte-americano criou a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

A ação civil pública é uma ação de responsabilidade civil utilizada para a defesa de quaisquer interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, conforme previsão do art. 129, III da Constituição

*Federal (BRASIL, 1988). Embora tenha caráter essencialmente condenatório, tem-se admitido ações civis públicas com pedido meramente declaratório, constitutivo ou mandamental, tendo como objeto da condenação uma obrigação de dar, fazer ou não-fazer.*

Os legitimados ativos estão listados no art. 5º da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, sendo eles, o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público no processo, caso este não seja o seu autor.

No caso da saúde pública, para fins de efetivação deste direito tão importante, seria uma medida interessante a interposição de Ação Civil Pública e outras ações coletivas.

Em 2011 na tentativa de incorporar mecanismos de minimização da judicialização desenfreada da saúde foi aprovada a Lei 12.401, que altera a Lei 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde, adotando a definição de protocolo clínico e diretrizes terapêuticas, determinando a necessidade de evidências científicas sobre a eficácia, acurácia, efetividade e segurança dos medicamentos, produtos ou procedimentos que serão analisados pelo relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, ou seja, a incorporação de novas tecnologias e medicamentos fica condicionada à existência de evidências e pesquisas científicas que comprovem que haverá eficácia e segurança para os pacientes, sendo extremamente útil ao sistema público de saúde.

# **CAPÍTULO V**

# **CONCLUSÕES**



Da pesquisa empreendida, verificou-se que o direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida, e indissociável do Princípio de Dignidade da Pessoa Humana. Possui previsão constitucional, na condição de direito social, com status privilegiado, sendo direito de todos, devendo ser efetivado mediante políticas públicas emitidas por parte do Estado, englobando neste termo todos os entes da Federação.

O direito à saúde teve grande evolução com o passar dos anos e com a necessidade enfrentada diante das grandes pandemias que afetava a população, a qual interferia, na ordem social e econômica do país, ganhando espaço com políticas públicas, consolidadas pela Constituição Federal de 1988, passou a ser assegurado pelo Estado, que diante da exaustiva demanda e aumento das técnicas em saúde, o Estado não é financeiramente capaz de fornecê-las, forçando os demandantes em acionar o judiciário para que tal prestação seja cumprida, mesmo sendo direitos inerentes à dignidade humana e à vida, o Estado busca não satisfazê-los.

A efetividade do direito à saúde está longe de ser alcançada diante da grande demanda em assistência recuperação e prevenção, aumenta a demanda ao judiciário para compelir o Estado a fornecer direitos e garantias já asseguradas, porém não cumpridas pelo mesmo, pois vivenciamos um contexto de crise econômica, social, política e institucional.

Assim, o Estado, por questões de gestão orçamentária, não consegue ainda atender todas as demandas relacionadas ao direito à saúde, levando muitos indivíduos recorrerem ao Poder Judiciário para solucionar a omissão do Estado e garantir o tratamento médico, hospitalar ou assistencial necessário ao atendimento do direito integral à saúde. Assim, o Estado como garantidor dos direitos sociais, busca meios legais de eximir-se de sua obrigação, alegando limitação orçamentária para cumprir as demandas públicas e particulares. Enfrentando, escassez de recursos, esgota os meios de defesa para omitir-se às prestações.

O desafio de que os direitos sociais possam permear a política macroeconômica, de forma a envolver a política fiscal, a política monetária e a política cambial.

As instituições econômicas internacionais devem levar em grande consideração a dimensão humana de suas atividades e o forte impacto que as políticas econômicas podem ter nas economias locais, especialmente em um mundo cada vez mais globalizado.

Deve-se romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica includente voltada para a promoção dos direitos sociais, consagrada nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e, por outro lado, a dimensão excludente ditada pela atuação especialmente das agências econômicas especializadas (como, por exemplo, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional), na medida em que suas políticas, orientadas pela “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos.

Mas não se deve atentar somente para os organismos econômicos internacionais, e sim, também, para a necessidade de acentuar a responsabilidade social do setor privado, especialmente das empresas multinacionais, na medida em que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização.

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais exercido pela exacerbada postura neoliberal na globalização econômica, propicia, sem dúvida, a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos.

Se os direitos civis e políticos mantêm a democracia dentro de limites razoáveis, os direitos econômicos e sociais estabelecem os limites adequados aos mercados. Todavia, sabemos muito bem que somente

mercados e eleições, por si só, não são suficientes para assegurar direitos humanos para todos.

Por fim, importante referir que, para a implementação mais eficaz dos direitos humanos, principalmente os direitos econômicos, sociais e culturais, emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, nos planos local, regional e global.

A saúde no Brasil é um assunto polêmico amplamente pleiteado nos tribunais, isto porque, sem dúvida, é o pressuposto base para o pleno exercício dos direitos. A presente pesquisa teve por objetivo analisar o direito à saúde no Estado Brasileiro e a gratuidade na disponibilização de medicamentos, analisando de forma sintética a evolução histórica do direito a saúde na Constituição Brasileira, assim reconhecido como direito fundamental social a qual estrutura as bases do Sistema Único de Saúde, de forma igualitária e universal. Observa-se que esta não se restringe apenas aos medicamentos, atendimento médico e internação hospitalar, mas é um conjunto de diversas ações como a prevenção de doenças, a alimentação de qualidade, higiene entre outros fatores de fundamental importância para a saúde do indivíduo.

O direito a saúde é de máxima importância para o desenvolvimento do ser humano e para uma vida digna, devendo ser respeitado seu grau mínimo a todos os cidadãos, cabendo ao Estado efetiva-lo por meio de políticas públicas que garantam condições saudáveis e dignas ao indivíduo, tratando e prevenindo possíveis enfermidades.

Com base nos direitos humanos fundamentais e no princípio da dignidade humana o judiciário tem pautado suas decisões, sopesando os critérios essenciais ao direito à vida e a dignidade humana e excepcionalmente recepcionada fundamentação da reserva do possível,

abarcando apenas quando sua essencialidade não for comprovada e quando houver meios alternativos que alcancem a mesma finalidade.

Observados os limites encontrados na efetivação do direito à saúde, tendo em vista as necessidades da população e a escassez de recursos, assim como a observância de princípios como o mínimo existencial, que deve ter sua garantia efetivada para que sejam garantidas as condições mínimas de existência e a grande necessidade da população frente aos escassos recursos de que dispõe o Estado para realizá-los. Assim, mesmo não tendo infinitos recursos, tem o Estado o dever de prover ao menos as condições mínimas e dignas a todos, não podendo deixar de forma alguma os indivíduos a mercê da própria sorte.

No que se refere ao dever do estado de fornecer saúde de qualidade a todos, relacionando este ao de fornecer tratamentos médicos e medicamentos de altos custos, assim como os não relacionados na lista do Sistema Único de Saúde, rompendo as barreiras para a efetivação dos direitos sociais, e sabido da dificuldade de prover tudo a todos o Estado deve respeitar o mínimo, e caminhar sempre em direção ao máximo na medida do possível.

A constituição impõe ainda que este é direito de todos, portanto, considera-se também direito à igualdade, igualdade de tratamento a todos os cidadãos, dando especial atenção àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os altos custos de tratamentos. Assim, não podemos esquecer que, quando falamos em direito à saúde, falamos da dignidade da pessoa humana e do direito maior de todo ser humano: a vida. A vulnerabilidade dos pacientes que sofrem por graves doenças pede um judiciário ativo, que lute pela realização da sua dignidade.

A questão toma maior grau de complexidade ao avaliar pontos como as demandas judiciais em que o direito se encontra subjetivado ao indivíduo, problemática que envolve as demandas de direitos fundamentais sociais. As ações coletivas mostram-se uma das mais adequadas formas

para questionar o poder judiciário quanto à efetivação de políticas públicas referentes ao direito à saúde, vez que insere a discussão em âmbito nacional, garantindo o direito da demanda não apenas ao indivíduo, mas a toda a sociedade.

A busca pela efetividade do direito à saúde, garantido constitucionalmente, é um assunto que sempre gerou muita discussão. Muito embora a interferência do Poder Judiciário para concretizar certos direitos constitucionalmente garantidos, em específico o direito à saúde, seja perfeitamente coerente, ocorre que muitas vezes o Poder Judiciário não observa as políticas que envolvem o direito à saúde, não segue o planejamento orçamentário para que ocorra a responsabilidade na gestão fiscal conforme a exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Se por um lado busca-se a satisfação do direito à saúde, do direito à vida, garantido constitucionalmente, por outro há de se falar em equilíbrio e respeito às normas orçamentárias; em especial à LRF. A consequência disto é que a possível não observação dessas normas por parte do Poder Judiciário em suas decisões pode inviabilizar a sustentabilidade financeira da política de saúde, imprescindível para a concretização de tal direito.

O Poder Judiciário, em sede de ativismo judicial, antes de proferir uma decisão condenando o Estado a garantir o direito integral à saúde ou isentando o da responsabilidade, depara-se com um dilema criado entre os Princípios Constitucionais da Reserva do Possível e da Vedação ao Retrocesso, também chamado de Mínimo Existencial.

Para solucionar tais conflitos, surge como possibilidade a Teoria dos Direitos Fundamentais, defendida por Robert Alexy, na qual, o direito constitucional à saúde deve ser ponderado no caso concreto, sendo concretizado por meio da maior extensão possível, considerando-se o suporte fático, jurídico e financeiro, garantindo e efetivando o direito à vida com dignidade, bem como respeitando o Princípio do Retrocesso Social e o Princípio da Reserva do Possível.

A solução pertinente para a colisão do Princípio do Retrocesso Social e o Princípio da Reserva do Possível ocorrerá de acordo com as peculiaridades do caso concreto, ponderando-se entre as necessidades e as possibilidades dos envolvidos por meio da proporcionalidade.

Por mais que a essencialidade e gravidade da demanda sejam determinantes para a ponderação entre os princípios, ainda assim muitas situações restam frustradas diante da morosidade em se obter um diagnóstico, e a limitação ao acesso a judicialização do caso concreto, o qual é mais uma dificuldade enfrentada.

Neste sentido, outra saída apontada para solucionar o problema existente na efetivação do Direito à Saúde seriam as ações coletivas, como por exemplo, a Ação Civil Pública, o que para se efetivar, infelizmente, depende sobremaneira de amadurecimento cultural da população brasileira.

# REFERÊNCIAS



ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

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

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Mansueto. *Esclarecimentos sobre a PEC 241*. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 14 out. 2016. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/2016/artigo-esclarecimentos-sobre-a-pec-241>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANGÉLICO, João. *Contabilidade Pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

ARANGO, Rodolfo; LAMAITRE, Julieta. *Jurisprudencia constitucional sobre el minimo vital*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Insvestigaciones Socijurídicas, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSOCIAÇÃO SUL-CATARINENSE DE AMIGOS E FAMILIARES DE PORTADORES DE DISTROFIAS MUSCULARES PROGRESSIVAS. *O que são Distrofias Musculares Prograssivas*. Disponível em: <<https://ascadim.com/about/>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 25 set. 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 797, mar. 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. et al. *Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, Suzane de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. dez. 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial*. Limites e Possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERNARDI, Silvia Waltrick. A Dignidade humana e o direito fundamental à saúde. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUCCI, Maria Pala Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, 1997.

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Municípios: quando custam as câmaras de vereadores. *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES, Brasília, p. 2-3, n. 21, 2000a*.

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Estados: quanto custam as funções legislativas e judiciárias. *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES, Brasília, DF, n. 22, p. 3, 2000b*.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 05 maio 2000.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 23 mar. 1964.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 1990.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2015.

BRASIL. *Manual técnico de orçamento MTO*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510. Relator: Ministro Ayres Brito. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 29 maio 2008. *Diário de Justiça eletrônico*, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 11 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.501-MC. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 19 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 09 set. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29 abr. 2004. *Diário de Justiça eletrônico*, 29 abr. 2004. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337*. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Decisão em 23 ago. 2011. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642536*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 03 dez. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, 26 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+exist%EAncial%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nsgwxqt>>. Acesso em: 11 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n 851.613*. Relator Ministro Teori Zavascki. Órgão Julgador: Segunda Turma. Decisão em 03 fev. 2015. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25358419/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-851613-sc-stf/inteiro-teor-168433807>>. Acesso em: 11 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 238.328/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 30 mar. 1999. Publicação em 11 maio 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 537.237/PE*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 12 abr. 2005. Publicação em 26 abr. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 550.530-AgR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em 26 jun. 2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. *Diário de Justiça eletrônico*, 16 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 734.487-AgR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 03 ago. 2010. *Diário de Justiça eletrônico*, 20 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 727.864-AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 04 nov. 2014. *Diário de Justiça eletrônico*, 13 nov. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição 1246. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 31 jan. 1997. *Diário de Justiça*, 13 fev. 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 874.630/RS*. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento em 21 set. 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7142289/recurso-especial-resp-874630-rs-2006-0175823-3-stj/relatorio-e-voto-12854708#>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 195.192/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 22 fev. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271.286-AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 12 set. 2000. *Diário de Justiça*, 24 nov. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 342.413/PR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 14 out. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 607.381-AgR. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 31 maio 2011. *Diário de Justiça eletrônico*, 17 jun. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 668.722-AgR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 27 ago. 2013. *Diário de Justiça eletrônico*, 25 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175-AgR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Voto do Ministro Celso de Mello. Julgamento em 17 mar. 2010. *Diário de Justiça eletrônico*, 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 91. Relatora: Ministra Ellen Greicie. Julgamento em 26 fev. 2007. *Diário de Justiça*, 15 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=STA&numero=91&origem=AP>>. Acesso em: 30 out. 2016.

CAMPOS, Adriana; OLIVEIRA, Daniela Rezende de. Direito à saúde pública no Brasil: excuro histórico ao processo de desenvolvimento, reconhecimento e efetivação de um direito fundamental. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 213-241, jan./jun. 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Jota Mundo*: Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 8, n. 2, p. 569-584, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 30 set. 2016.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Constitucionalismo em Tempos de Globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Revista da procuradoria-geral do estado*, v. 25, n. 56, p. 25-40, 2002.

CANUT, Leticia. Uma breve introdução ao SUS para compreensão do Direito à Saúde no Brasil. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 186-214, julho/dezembro de 2012.

CARLINI, Angélica. *Judicialização da Saúde Pública e Privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARRIÓ, G. R. *Los jueces crean derecho*. Buenos Aires: Abededo-Perrot, 1976.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 9 ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

CAVALHEIRO, Andressa Fracarro. O Sistema De Saúde No Brasil: Considerações A Partir Do Sistema De Seguridade Social. *Revista Tempus - Actas de Saúde Coletiva*, Brasília, DF, v. 7, n. 1, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre os médicos cubanos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 3879, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26703>>. Acesso em: 15 maio 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107*. Jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO) – 1946. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 04 out. 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004.*

COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COURI, Daniel Veloso; BIJOS, Paulo Roberto Simão. *Breve análise sobre a PEC 241/2016, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir o Novo Regime Fiscal*. Senado Federal: Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Brasília: CONORF Conselho Editorial, 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/521801/OED0026.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *O Princípio Da Proibição Do Retrocesso Social Como Norte Para O Desenvolvimento Do Direito À Saúde No Brasil*. (Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz). Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo3.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2015.

CUNHA JÚNIOR. Dirley. Estado de Coisas Inconstitucional. *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 30 set. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Direito sanitário: inovação teórica e novo campo de trabalho. In: FLEÜRY, Sonia (Org.). *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos, 1997. p. 187-202.

DALLARI, Sueli Gandolfi; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O direito à saúde em um contexto autopoiético. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, ago. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.org>>. Acesso em: 01 out. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

DIAS, Jean Carlos. Problemas Contemporâneos de Teoria dos Direitos Fundamentais: Esboço para uma investigação abrangente. In: KLAUTAU FILHO, Paulo; DIAS, Jean Carlos. *Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDITORIAL. O SUS precisa de Mais Médicos e de Muito Mais! *Saúde em debate*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 97, abr./jun. 2013.

ELIAS, Paulo Eduardo. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. *Revista São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 3, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000300005>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FONTANA, Odisséia Aparecida Paludo. O princípio da dignidade humana frente ao benefício do amparo social ao idoso. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.

FORSTER, João Paulo K.; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Limitações éticas à prescrição de medicamentos: dos impactos no protocolo SUS ao posicionamento do Poder Judiciário. *Cad. IberAmer. Direito. Sanit.*, Brasília, DF, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

HABERLE, Peter. Dimensões da Dignidade; Ensaio de Filosofia do direito Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade, Ensaio da filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

HOCHMAN, Gilberto. Logo ali, no final da avenida: Os sertões redefinidos pelo movimento sanitarista da Primeira República. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v. 5 (Supl.), p. 217-235, jul.1998.

IBANHES, Lauro Cesar. A constitucionalização dos direitos sociais no Brasil: difusos e coletivos ou confusos e seletivos? *Bol. Inst. Saúde*, v. 12, n. 3, p. 213-219, 2010.

KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

KOHAMA, Heilio. *Contabilidade governamental: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

KORNER, Andrei; INATOMI, Celli Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o Judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo. *O Estado Democrático de Direito em Questão*. São Paulo: Elsevier, 2011.

KORNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.

L'ABBATE, S. *Direito à saúde: discursos e prateias na construção do SUS*. São Paulo, Hucitec, 2010.

LIMA, Diana Vaz de; CASTRO, Robison Goncalves de. “*Contabilidade Pública*”: integrando União, Estados e Municípios. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, George Marmelstein. *Efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário*. 2003. Monografia (Especialização em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal)–Faculdade de Direito, Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.

LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda de versão constitucional? Direitos Fundamentais*. 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 30 set. 2016.

LIMA, Marcia Rosa de. *A regulação como meio para dar efetividade ao direito fundamental de proteção e promoção da saúde*. 2013. Tese (Doutorado em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6850/1/000461708-Texto%2BParcial-o.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

LIMA, Thalita Moraes. O Direito à saúde revisitado, Entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. *Revista de Informação Legislativa*, a. 51, n. 202, p. 186, abr./jun. 2014.

LUIZ, Olinda do Carmo; KAYANO, Jorge. Saúde e direitos: princípios para ação. *BIS, Bol. Inst. Saúde*, v. 12, n. 2, p. 115-121, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-170, jul./set. 2007.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Henrique. *O novo regime fiscal*. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/2016/artigo-o-novo-regime-fiscal>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

MENDES, Aquilas; MARQUES, Rosa Maria. A busca da cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário na saúde paulistana. In: MENDES, Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (Org.). *Tempos radicais da 7 saúde em São Paulo: a construção do SUS na maior cidade brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2003. p. 109-122.

MENDES, Aquilas; MARQUES, Rosa Maria. Crônica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA POLÍTICA, 14., 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho\\_eronia\\_de\\_uma\\_crise\\_anunciada\\_financiamento\\_sus\\_aquilas\\_mendes\\_e.pdf](http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho_eronia_de_uma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquilas_mendes_e.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Marcos. *A PEC 241 e a revolução do 2+2 = 4*. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/2016/artigo-a-pec-241-e-a-revolucao-do-2-2-4>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MISOCZKY, Maria Ceci. *A agenda para reformas do Banco Mundial e a política de saúde: algumas notas para reflexão*. *Saúde em debate*, Londrina: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, v. 47, p. 4-7, jun. 1995.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *O direito à saúde!* In: Schwarz, Germano (Org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

MOREIRA, Pedro da Silva. *O Imponderável direito à saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy*. 2013. Acesso em: <[https://www.academia.edu/4819187/O\\_Imponder%C3%A1vel\\_direito\\_%C3%A0\\_sa%C3%BAde\\_uma\\_discuss%C3%A3o\\_jurisprudencial\\_a\\_partir\\_do\\_marco\\_te%C3%B3rico\\_de\\_Robert\\_Alexy](https://www.academia.edu/4819187/O_Imponder%C3%A1vel_direito_%C3%A0_sa%C3%BAde_uma_discuss%C3%A3o_jurisprudencial_a_partir_do_marco_te%C3%B3rico_de_Robert_Alexy)>. Acesso em: 22 mar. 2015.

NASSAR, A. M. *Eficiência das associações de interesse privado: uma análise do agronegócio brasileiro*. São Paulo: FEA/USP. 2001.

NOGUEIRA, Roberto Passos, *Critérios de Justiça Distributiva em Saúde*, Brasília, DF: Ipea, 2011. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1285/1/TD\\_1591.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1285/1/TD_1591.pdf)>. Acesso em: 04 out. 2015.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira. Direito à saúde: um convite à reflexão. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, p. 753-760, maio-jun. 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. São Paulo: Edusp. 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova York, 1949.

OSTROM, E. *Collective action and local development processes*. Bologna: Sociologica, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIRES, João Batista Fortes de Souza. *Contabilidade pública*. 7. ed. Brasília, DF: Athenas, 2002.

PIRES, Valdemir. *Orçamento Participativo – o que é, para que serve, como se faz*. São Paulo: Manole, 2001.

PLACIDINA, Flávia. *Direitos Fundamentais Sociais Frente aos Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível*. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Conselheiro/anima4-zulmar-fachin-e-flavia-placidina.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown; CASTRO, Róbison Gonçalves de. O direito à saúde e o orçamento público: a busca de um equilíbrio estável. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16-26.

SÁ, Eduardo Buzzinari Ribeiro de. A Importância das Ações Coletivas para Garantia de Equilíbrio nos contratos de planos de saúde. *Série aperfeiçoamento de magistrados 8 – Judicialização da saúde, parte II*, p. 49-54, 2013. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializacaodasaudeII\\_49.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializacaodasaudeII_49.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2016.

SACHS, Ignacy. *Inclusão social pelo trabalho: desenvolvimento humano, trabalho descente e futuro dos empreendedores de pequeno porte*. Rio de Janeiro: Garamond. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. 8-9, jan. 2002b. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico- constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade, Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, v. 24, 02 jul. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, p. 25, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (Coord.). *Constituição e Crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA Neto, Cláudia Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAF, Fernando Facury. *Os direitos sociais na Constituição Brasileira*. In: SCAFF, Fernando F.; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quarter Latin, 2010.

SCAF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHNEIDER, Yuri. A (In) *Efetividade dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito: As Ações Afirmativas como Conseqüências do Princípio Constitucional da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006.

SCHWARTZ, Germano. *Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Rodrigo Garcia; THOME, Candy Florencio. La Reserva del económicamente posible y el costo de oportunidad em la judicialización de políticas de salud em Brasil: la jurisprudência federal brasileña. *Malaga: Contribuciones a las Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-8, 2015. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/01/salud.html>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: A trajetória da Saúde Pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

SILVA, Flávia Martins André da. Direitos Fundamentais. *Boletim Jurídico*, Uberaba, v. 5, p. 5, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Keila; TANAKA, Oswaido Yoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. *Revista Interface: Comunicação Saúde Educação*, v. 16, n. 40, p. 249-259, jan./mar. 2012.

SILVA, Keila; TANAKA, Oswaido Yoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. *Revista Interface: Comunicação Saúde Educação*, v. 16, n. 40, p. 249-259, jan./mar. 2012.

SILVA, Luiz Jacintho da. Da Vacina À Aspirina: Considerações Acerca Das Ações Coletivas Em Saúde Pública. *Saúde e Sociedade*, v. 5, n. 2, São Paulo, 1996. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12901996000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901996000200002)>. Acesso em: 07 nov. 2016.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde, o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Minas Gerais, Fórum, 2010.

SOARES, Guido. O direito internacional sanitário e seus temas: apresentação de sua incomoda vizinhança. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, nov. 2000.

SODRÉ, A. C. A. Lei de Responsabilidade Fiscal: condição insuficiente para o ajuste fiscal. *RA Eeletrônica*, v. 1, n. 2, jul./dez. 2002.

SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann. “Judicialização” dos direitos sociais e o direito fundamental à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. 2011. 151 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 116, set 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13621&revista\\_caderno=4](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621&revista_caderno=4)>. Acesso em: 02 set. 2015.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOTZ, Eduardo Navarro. *Trabalhadores, direito à saúde e ordem social no Brasil*. Revista São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 17, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392003000100004>>. Acesso em: 15 maio 2015.

STRECK. Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VASCONCELOS, Natália Pires de. *O Supremo Tribunal Federal e o orçamento: uma análise do controle concentrado de leis orçamentárias*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial*. Limites e Possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

WATANABE, Kazuo. Processo Civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil de interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

WOLFART, Gracieli Aparecida; SILVA, Geisiane Michelle da; SCHMIDT, Carla Maria. Ações Coletivas na Área da Saúde: Um Estudo de Caso no Consórcio Intermunicipal de Saúde Costa Oeste do Paraná sobre Provisão de Bens e Serviços Coletivos. *Revista de Gestão em Sistemas de Saúde*, v. 3, n. 2, jul./dez. 2014.



Sobre o autor:

Juliana de Oliveira é Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; [julianadeoliveira.adv@hotmail.com](mailto:julianadeoliveira.adv@hotmail.com)

