



A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: LINHAS INTRODUTÓRIAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA INTENSA CONFLITUOSIDADE, PARTE II.

Luis Alberto Teixeira

Bacharel em Direito – Libertas Faculdades Integradas

Bacharel em História - Unesp

Especialista em História, Cultura e Sociedade - Centro Universitário Barão de

Mauá.

SUMÁRIO: 1. DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE; 1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS; 1.2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA CONSTITUICAO DE 1988; 2. DOS PRINCIPIOS NORTEADORES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE; 2.1 UNIVERSALIDADE; 2.2 INTEGRALIDADE; 2.3 IGUALDADE; 2.4. GRATUIDADE; 2.5. REGIONALIZAÇÃO; 2.6. HIERARQUIZAÇÃO; 2.7 DESCENTRALIZAÇÃO; 2.8 PARTICIPAÇÃO SOCIAL; 2.9 INFORMAÇÃO; 2.10 SOLIDARIEDADE; 3.LEGISLAÇÃO DO SUS; 4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE; 4.1. DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A JUDICIALIZAÇÃO; 4.1.1 DA INVASÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE AS ESFERAS DE ATUACAO DO EXECUTIVO E DO LEGISTATIVO; 4.1.2.DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 4.1.3 DA RESERVA DO POSSÍVEL; 4.2.DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE; 4.2.1 DO DIREITO À VIDA; 4.2.2. DO DIREITO DO PODER JUDICIÁRIO EXIGIR DO PODER EXECUTIVO O RESPEITO AO DIREITO A SAÚDE; 4.2.3 A JUDICIALIZACAO DA SAÚDE E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA; 4.2.4 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 4.2.5 DO MÍNIMO EXISTENCIAL; 4.2.6.DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS NO QUE TANGE O DIREITO À SAÚDE; 4.2.7.DO MÍNIMO SACRIFÍCIO; 5. CONCLUSÕES. 6. REFERENCIAS.

1. DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE:

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Ensinam os autores Reinaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda. A.P.S de Matos que no começo do século XX o Brasil era caracterizado por uma economia marcada principalmente pela exportação de



produtos agrícolas. Sendo assim, os governantes daquele período preocupavam-se apenas em colocar em prática ações voltadas à limpeza e incolumidade das áreas por onde circulavam os produtos destinados à exportação. As doenças que afetassem os trabalhadores destes locais afetariam os interesses dos compradores de produtos brasileiros. Nota-se assim que desde o início do século XX a economia ditava a preocupação das autoridades brasileiras no que tange a saúde pública. Os trabalhadores que não atuavam na exportação ou em atividades relacionadas a ela não recebiam atenção governamental no que diz respeito ao acesso à saúde pública. Enfim, o capital burguês agro-exportador ditava ao aparelho estatal quais setores deveriam ser atendidos pela “saúde pública”¹.

Os autores José da Rocha Cavalheiro, Maria Cristina Costa Marques e André Mota ao analisarem a construção da saúde pública no Brasil destacam outros momentos importantes neste percurso, como por exemplo, a criação das chamadas Caixas de Aposentadoria e Pensão-CAPS e posteriormente a instituição dos Institutos de Aposentadoria e Pensão - IAPS. As primeiras surgiram em 1923, no período chamado de República Velha (1894 a 1930)².

Neste momento, a sociedade brasileira ainda era basicamente rural e o processo de industrialização estava ainda em construção. Contudo, essas caixas eram órgãos mantidos pelos operários urbanos e seus empregadores para proporcionar aos trabalhadores o acesso a serviços médicos. É importante salientar que o Estado não participava do custeio dessas organizações. Os trabalhadores rurais, grande maioria naquela época, não tinham acesso a estas caixas. Os IAPS surgiram no contexto do governo de Getúlio Vargas (1930-1954). Estes eram organizados por categorias profissionais e possuíam participação do governo federal.

¹ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Imesp. 2013, p.21.

² CAVALHEIRO, José da Rocha; MARQUES, Maria Cristina Costa; MOTA, André. *Antecedentes Históricos do SUS.in Saúde Pública .Bases Conceituais*. São Paulo: .2008.p.09.



Na verdade eram bem dependentes do Estado, pois refletia a principal característica do governo de Vargas, o paternalismo estatal. Convém destacar que os trabalhadores rurais eram excluídos também desse modelo de acesso a saúde. Sobre os trabalhadores rurais somente em 1963, foi criado o **Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural)** o qual previa a estes, assistência médica e aposentadoria.

Mas foi apenas com criação do SUS que a classe trabalhadora do campo passou a ter uma atenção maior por parte das autoridades no que tange a saúde pública. Deve ser salientado, que a elite agrária exportadora e a elite industrial durante esse processo histórico utilizaram os serviços privados de medicina. Não pode deixar de ser comentado que durante a República Velha e posteriormente durante o período varguista existiam hospitais filantrópicos mantidos principalmente pela Igreja Católica, que se dedicavam a cuidar dos excluídos.

Outros marcos da história da saúde pública do Brasil foram: a criação em 1953 do Ministério da Saúde, do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1966 e do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social. (INAMPS). Na prática, os serviços de saúde eram contratados da iniciativa privada pela autarquia e pagos com recursos da previdência. Isso significava que apenas os trabalhadores com registro em carteira, tinham acesso a estes serviços de saúde. Os demais cidadãos eram alijados, excluídos e não contavam com o mesmo atendimento.

A estrutura precária desse sistema de saúde juntamente ao contexto de lutas pela redemocratização do Brasil da época levou a formação do chamado movimento sanitário ou movimento da reforma sanitária no final da década de setenta. Esse grupo era formado por estudantes, profissionais da área da saúde e intelectuais entre outros e exigia melhorias nas condições de vida da população brasileira e estruturação de um sistema de saúde que realmente atendesse de forma integral e universal a sociedade nacional.



Nesse contexto, na década de 1980 ocorreu a VIII Conferência Nacional de Saúde. Este debate foi de extrema importância para a história da saúde pública brasileira pois várias das idéias apresentadas nesse congresso, como atendimento integral e universal, influenciaram na elaboração da Constituição em 1988 e posteriormente na construção do Sistema Único de Saúde em 1990³.

Dessa forma, como explica o artigo 198 da Lei Maior, o SUS forma uma estrutura, onde os serviços e ações de saúde formam uma rede regionalizada e hierarquizada e, além disso, constituem um sistema único proporcionando a todos os indivíduos, neste contexto, um acesso universal e integral aos serviços de saúde.

Explicam os autores Dallari e Nunes Júnior que

(...)A idéia de sistema expressa(...) a designação constitucional que predispõem todos os meios de atuação (ações, equipamentos, serviços, etc) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde. A afirmação constitucional esta imbuída, portanto, de vários significados, dentre outros, o de que todos os recursos públicos (materiais e humanos) em matéria de saúde integram o sistema único.(...)⁴.

Fica claro, nesta passagem, que o SUS apresenta uma concepção ampla de saúde, que não se limita apenas a ausência de doenças e prega a responsabilidade estatal.

1.2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA CONSTITUICAO DE 1988

Diz o caput do artigo 198 da Carta Magna de 1988 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único.

³ A história do SUS .Disponível <http://sistemaunicodesaude.weebly.com/histoacuteria.html>. acessado dia 24/05/2013

⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário .São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 76.



Tomando por base esse dispositivo constitucional, os autores Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto S. de Matos explicam que o constituinte ao elaborar tal norma preocupou-se em elaborar um sistema regionalizado e hierarquizado que proporcionasse aos cidadãos um atendimento não apenas adequado, mas efetivamente digno. Continuam os mesmos autores lecionando que a idéia mais clara que se pode extrair desse artigo constitucional é a de que todos os entes federados tem a obrigação de participar do SUS e por isso são solidariamente responsáveis pela prestação de todos os serviços e ações de relacionados à promoção, proteção e recuperação da saúde tendo por base o artigo 23, II da Constituição de 1988⁵.

Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Matos também chamam atenção para o artigo 200 da Carta Magna atual que in verbis⁶:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Nota-se pela interpretação de citado dispositivo que o Sistema Único de Saúde tem uma atuação muito ampla na concretização do direito fundamental à saúde no Brasil. Existe uma ideia de rede interligada, onde os

⁵ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito Sanitário..., p.23.

⁶ Ibidem., p.25.



entes federados devem atuar de forma solidária e eficiente no sentido de proporcionar a todos os indivíduos uma real qualidade de vida. O SUS deve agir, não apenas no combate as doenças, mas também deve propiciar a todos os indivíduos um ambiente, em que o bem estar físico, mental e social efetivamente exista.

A concretização do Sistema Único de Saúde ocorreu em 1990 com o estabelecimento das seguintes leis: lei 8080 e lei 8142, onde a primeira trata da estruturação e objetivos do SUS e a segunda dos meios de participação da comunidade nesta estrutura de saúde pública.

2. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

2.1 UNIVERSALIDADE

Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos ensinam que a universalidade de acesso às ações e serviços de saúde se refere à abrangência do sistema único de saúde no que diz respeito a seus destinatários e se estrutura no direito de qualquer indivíduo, independente de suas condições pessoais (nacionalidade, naturalidade, classe social etc) de ser atendido pelos organismos de saúde pública e pelos programas de saúde pública direcionados população e, além disso, tem o direito de ter a sua disposição qualquer medicamento e insumos, indispensáveis para prevenção e proteção de sua saúde. Convém salientar que, inclusive as pessoas que possuem condições financeiras de arcar com os custos de seu tratamento de saúde, possuem o direito de obterem a assistência dos serviços públicos de saúde⁷.

Interpretando tal princípio, infere-se que em um país realmente democrático o acesso aos serviços de saúde, não podem ser um privilégios de abastados ou mesmo dos que possuem um certo capital, mas sim um

⁷ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito Sanitário..., p.25.



direito de todos. Ora, a essência da democracia moderna é a busca incessante pela justiça social e não existe o mínimo de justiça social em um país que não zela pela saúde de seu povo de forma universal, como bem destaca o texto constitucional. No entanto, vale ser repetido, que apenas normas e princípios, por mais belos e abrangentes que sejam, se não forem realmente aplicados, não passaram de promessas vagas. E no Brasil atual, se não fosse, em muitos casos, a chamada judicialização da saúde, muitos cidadãos teriam morrido a despeito das belas letras constitucionais. Letras essas, que devido a ineficiência e falta de comprometimento dos demais poderes da República, limitariam-se a simples poemas. Mas infelizmente, poemas não são o suficiente para salvar vidas ou dar a real dignidade a elas. E é justamente neste ponto que o Poder Judiciário vem garantindo a sobrevivência e a dignidade de muitos que batem a sua porta. Por óbvio que se as políticas públicas do Executivo já lhes garantisse o tratamento ou o medicamento de forma universal por que motivo, vários cidadãos enfrentariam as longas filas da assistência jurídica gratuita em busca do acesso a cirurgias, remédios, fisioterapia, além de outros serviços de saúde⁸.

2.2 INTEGRALIDADE

Os mesmo autores explicam que este princípio exige que o Estado deve proporcionar aos indivíduos o acesso a todos os meios e mecanismos de recuperação e prevenção da saúde (desde o medicamento mais barato até o tratamento mais complexo).

Lecionam ainda os citados autores que devem ser levados em conta às peculiaridades de cada indivíduo e suas necessidades. Sendo assim os pacientes possuem o direito de cobrar dos órgãos públicos tratamentos especiais, fisioterapia, terapia ocupacional e o transporte para o local de seu

⁸ ibidem., p.24.



tratamento. Enfim o indivíduo deve ser analisado dentro do conceito amplo de saúde preconizado em nossa legislação desde o preâmbulo constitucional.

Interpretando as palavras dos doutrinadores é possível traçar algumas linhas baseando-se também não apenas nos livros, mas também na atual realidade brasileira. Em primeiro lugar, o texto da Carta Magna é clara ao estabelecer que o acesso aos serviços e ações de saúde pública, no Brasil deve ser integral. O termo saúde, como já foi salientado no capítulo deste trabalho, possui um significado amplo, não sendo apenas ausência de doenças. Infere-se então que é de responsabilidade do Estado investir de forma ampla na formação e cuidados dos cidadãos, promovendo uma educação de qualidade, uma alimentação de qualidade, oportunidades de lazer que realmente atendam as diferentes realidades brasileiras. Ora, é um raciocínio meramente lógico que quando mais os governos investirem nestes campos citados menos doentes existirão na sociedade e menores serão os gastos com hospitais, procedimentos médicos e medicamentos. Enfim, respeitar a integralidade significa tratar o indivíduo de forma ampla, não apenas enquanto doente mas também oferecendo condições estruturais de caráter preventivo.⁹

2.3 IGUALDADE

Os mesmos autores destacam que faz parte da própria essência do Sistema Único de Saúde o tratamento igualitário a todos os indivíduos que necessitam de tratamento médico ou afins para a prevenção ou recuperação de sua saúde. Essa diretriz prega que não pode haver nenhuma forma de discriminação no atendimento ou prestação de serviços dentro SUS. Significa também que não pode haver nenhum tipo de privilégios entre pessoas que necessitam de igual atenção em relação a sua saúde.

⁹ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito Sanitário..., p.25.



Interpretando os apontamentos dos autores cabe algumas considerações. A base do Estado Democrático de Direito é também o tratamento igualitário, em termos de importância, a seus cidadãos. O princípio da justiça social exige que nenhum indivíduo tenha privilégio que prejudique aos demais. No entanto ao analisarmos a realidade de várias partes do Brasil, com base neste princípio é fácil notar que essa não tem sido a preocupação real dos poderes públicos.¹⁰

2.4. GRATUIDADE

De forma bem direta e clara Mapelli Júnior e outros destacam que as ações e serviços de saúde pública não podem conter nenhuma forma de contraprestação por parte do usuário. O gozo do direito à saúde não pode ser negado aos indivíduos devido sua impossibilidade financeira. Como o direito à saúde é um direito fundamental, uma de suas principais características é a incondicionalidade.¹¹

2.5. REGIONALIZAÇÃO

Ainda de acordo com os autores citados anteriormente, a diretriz da regionalização significa organizar a prestação de serviços por meio de divisões, ou circunscrições territoriais, que abarquem todo território nacional. Esse princípio visa também proporcionar aos indivíduos uma assistência ampla e integral¹².

2.6. HIERARQUIZAÇÃO

¹⁰ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito Sanitário..., p.26.

¹¹ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito Sanitário...p.26

¹² Ibidem.p.28.



Essa diretriz ensina que a prestação de serviços de saúde deve ser organizada e dividida em classes de acordo com os graus de complexidade (do menos complexo ao mais complexo). Na base de toda estrutura devem ficar as chamadas Unidades Básicas de Saúde, posteriormente os Hospitais de atendimento secundário e finalmente as instituições destinadas ao atendimento de alta complexidade.¹³

2.7 DESCENTRALIZAÇÃO

Segundo Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos este é um dos princípios do SUS de maior relevância, pois estabelece que as ações e serviços de saúde devem ser repassadas a responsabilidade dos municípios, permanecendo os Estados e o Governo federal como corresponsáveis. Essa diretriz está organizada em torno da ideia de que quanto mais próximo as unidades de saúde estiverem dos cidadãos melhor estruturada estará a saúde pública nacional. Neste contexto a atuação dos municípios ganha enorme destaque¹⁴.

2.8 PARTICIPAÇÃO SOCIAL

De forma sintética e direta os citados autores esclarecem que este princípio ensina as comunidades devem participar das Conferências de Saúde e dos Conselhos de Saúde. Por meio destes órgãos a sociedade brasileira atuará na gestão do SUS; na formação de políticas públicas e também na fiscalização do funcionamento e administração da saúde pública brasileira¹⁵.

2.9 INFORMAÇÃO

¹³ Ibidem.p., p.27.

¹⁴ Ibidem.p.28

¹⁵ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito Sanitário..., p.28



Consiste no direito que o usuário do Sistema Único de Saúde possui de saber sobre seu real estado de saúde. E também o direito que este possui de conhecer o potencial do serviço de saúde que está utilizando e os avanços da medicina que podem ajuda-lo em seu tratamento¹⁶.

2.10 SOLIDARIEDADE

Diz respeito à obrigação dos entes federados União, Estados, Distrito Federal e União de atuarem de forma solidária no que diz respeito às ações e serviços de saúde. O texto constitucional é bem claro quanto a isso quando trata tanto da competência concorrente(artigo 24,XII) quanto da competência comum(artigo 23,II e artigo 198, caput e parágrafo primeiro).

Por isso, embora a Lei 8080 de 1990 apresente as atribuições específicas de cada ente federativo na área da saúde, todos são solidários com relação a este tema e podem ser cobrados pelos indivíduos caso necessitem de assistência médica e afins.¹⁷

Vale salientar que tal reflexão não é fruto de interpretação doutrinária, pois a Lei Maior é clara nesse sentido. Acredita-se que outro entendimento, não seja possível, a não ser para que determinados entes federados fujam de suas obrigações constitucionais e desprezem o princípio, caro a administração pública que é o da eficiência.

Nesse viés, vale salientar, que um gestor público ou político eleito, que não zela pela saúde de seu povo, arrumando para isso, argumentos simplistas e financeiros não deve ter seu governo respeitado por seus governados, pois como um governante que não respeita a Carta Máxima da Justiça de seu país pode exigir consideração de seus cidadãos.

¹⁶ Ibidem...,p.28.

¹⁷¹⁷ DALLARI,Sueli Gandolfi;NUNES JUNIOR,Vidal Serrano.Direito Sanitário...,p.103.



3.LEGISLAÇÃO DO SUS

Explicam os autores Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos que em função dos artigos 197 da Constituição de 1988 que fixou o dever do poder público, de dispor nos termos da lei sobre a regulamentação, fiscalização, e controle das ações e serviços de saúde e do artigo 24, XII, da Constituição Federal que estabelece a competência concorrente de legislar sobre a proteção e defesa da saúde foi editado um importante diploma legal: a Lei 8080 de 1990 chamada de Lei Orgânica da Saúde.

Explicam os citados autores que esta lei destina-se a regular em todo país: “ações e serviços de saúde, executados isoladamente e conjuntamente, em caráter permanente ou eventual por pessoas naturais, ou jurídicas de direito público ou privado.”(artigo 1º da Lei 8080 de 1990)¹⁸.

Esta lei se divide em cinco títulos, o primeiro deles trata das disposições gerais e se compõem da reafirmação de premissas constitucionais, como a ênfase na saúde como direito de todos e a responsabilidade do Estado pela garantia de acesso este direito. Trata também de fatores determinantes e condicionantes da saúde.

O título II delimita o sistema Único de Saúde e estabelece inicialmente a composição do SUS, estabelecendo que todos os órgãos públicos federais, estaduais e municipais da Administração direta ou indireta e das Fundações mantidas pelo poder público fazem parte do Sistema Único de Saúde.

Destaca, além disso, que as instituições das três esferas de governo que cuidam do controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados e de equipamentos para a saúde também fazem parte do SUS.

¹⁸ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito sanitário..., p.29.



O título II ainda estabelece que a iniciativa privada pode fazer parte do Sistema Único de Saúde em caráter complementar (art. 4º, § 2º, da Lei 8080/90.).

Os artigos 5º e 6º fixam os objetivos do SUS destacando e detalhando todo seu âmbito de atuação e todas as atividades que devem ser realizadas pelo sistema. Os autores citados explicam ainda que o artigo 7º da referida lei esclarece os princípios e diretrizes do SUS apontando as bases de sustentação do sistema e estabelecendo as direções para sua consolidação¹⁹.

Os pesquisadores continuam a explicar que os artigos 8 a 14 tratam da organização, da direção e da gestão do sistema, como também cuidam das chamadas Comissões Intersectoriais de abrangência nacional. O artigo 15 fixa as atribuições comuns dos entes federados no SUS e os artigos 16 até o 19 distribui entre as esferas de governo as competências específicas de cada um²⁰.

O título III trata dos serviços privados da assistência à saúde. O capítulo 1 se refere às condições de atuação de serviços privados de saúde destacando a importância dessas empresas se submeterem aos princípios éticos e as regras estabelecidas pela direção do SUS. O capítulo II também trata da atuação das empresas fornecedoras de serviços de saúde em caráter complementar a cobertura assistencial oferecida pelo Sistema Público de Saúde.

O título IV foi dedicado aos recursos humanos do SUS e o título V, por sua vez, abordou o financiamento do SUS.

Também analisando a Lei 8080 de 1990 os autores Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior apresentam uma abordagem mais

¹⁹MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. Direito sanitário..., p.29.

²⁰Ibidem..., p.27.



ampla²¹. Tais autores destacam que para facilitar a execução de algumas das atribuições do SUS previstos no art. 200 da Constituição federal de 1988 como o controle e a fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, as ações de vigilância sanitária e epidemiológicas e as ações de saúde do trabalhador e a participação na elaboração da política e na execução das ações de saneamentos básico(artigo 200, I, II, IV da Constituição)²².

A lei 8080/90 define o conjunto de ações como objetivo de eliminar, diminuir ou prevenir riscos a saúde e de atuar nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de saúde, como por exemplo, vigilância sanitária; o conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou a prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com o objetivo de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos como a vigilância epidemiológica e o conjunto de das ações objetivando a promover e proteger a saúde do trabalhador(Lei 8080 de 1990, artigo sexto, parágrafos primeiro, segundo e terceiro).

Os autores citados ainda destacam que com base na Lei Orgânica da Saúde, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem definir administrativamente as instâncias e mecanismos de controle, avaliação e fiscalização das ações e serviços de saúde, acompanhar, avaliar e divulgar o nível de saúde da população e das condições ambientais; organizar e coordenar um sistema de informação em saúde, elaborar normas técnicas e científicas visando a promoção, a proteção e recuperação da saúde; definir as instancia e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de policia sanitária; incentivar coordenar e executar programas e projetos

²¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário..., p. 110.

²² DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário..., p.110.



estratégicos e de atendimento emergencial(artigo 15, I, III, IV, XVI, XX, XXI)²³.

Outra norma que deve ser lembrada neste trabalho é a Lei 8142 de 1990²⁴. Esta norma trata da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde Foram estabelecidas legalmente as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Os autores Salazar e Grou definem judiciliazação da saúde como sendo:

(...) a possibilidade de buscar a concretização e o respeito de um direito por meio do Poder Judiciário,ou seja,e a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade.(...)²⁵.

Já os autores Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos ao tratarem da judiciliazação explicam que:

(...) essa relação jurídico material entre Estado-cidadão advindas das referidas das referidas normas substanciais privilegia o ultimo, no sentido de que nasce para ele o direito subjetivo de exigir do primeiro a referida prestação, consistente no fornecimento de medicamentos, próteses, internação hospitalar, realização de exames, etc(...)²⁶.

O autor Sebastião Sérgio da Silveira no mesmo sentido assevera que:

(...) Nos dias atuais acompanhamos um crescimento vertiginosos dos números de ações judiciais que buscam a efetividade ao direito a saúde. São medidas ajuizadas contra a União, Estados e Municípios, nas quais se pleiteiam medicamentos, aparelhos,

²³ Ibidem, p.101.

²⁴ MAPELLI JÚNIOR,Reynaldo;COIMBRA,Mário;MATOS,Yolanda Alves Pinto Serrano.Direito sanitário...,p.30.

²⁵SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo.Teoria e Pratica.São Paulo* : Verbatim Editora.2009,p.10.

²⁶ MAPELLI JÚNIOR,Reynaldo;COIMBRA,Mário;MATOS,Yolanda Alves Pinto Serrano.Direito sanitário...,p. 66.



tratamentos, etc. De um lado uma legião de cidadãos que depositam no Poder Judiciário a última esperança para a salvação de suas vidas ou diminuição do sofrimento e, de outro, gestores públicos atônitos com a repercussão das despesas decorrentes de tais demandas em seus orçamentos(...)²⁷.

Com base nesses autores, pode-se entender o fenômeno de judicialização da saúde, como sendo a atuação do Poder Judiciário no sentido de dirimir a lide entre o direito fundamental à saúde dos cidadãos, preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, e a atuação do Estado, que afirma muitas vezes, não poder atender a todas as demandas de saúde da sociedade, por limites orçamentários e logísticos.

Deve-se salientar ainda que o Poder Judiciário é acionado, no sentido de garantir o direito à saúde, de cidadãos que brigam por atendimento junto ao setor privado.

Por óbvio que este trabalho levará em conta os argumentos dos pensadores que apoiam a judicialização da saúde e dos que são contrários a ela, pois se trata de uma pesquisa acadêmica. No entanto, isso não impede o autor de possuir suas próprias convicções a respeito do tema estudado e de apresentá-la em momento oportuno.

4.1. DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A JUDICIALIZAÇÃO

Muitos são os argumentos apresentados pelos pensadores que se colocam contra a chamada judicialização da saúde. Entre estes geralmente estão gestores públicos e procuradores de Municípios, Estados e União. Os argumentos comumente apresentados que não variam muito, quase sempre tratando de questões orçamentárias ou de competência entre os entes da federação brasileira.

²⁷ SILVEIRA, Sebastião Sergio. *O direito fundamental à saúde: o acesso a medicamentos no SUS e a ação civil pública como instrumento de proteção dessa garantia*. In *Revista Paradigma. Ciências Jurídicas*. UNAERP. 2009, p.225.



Os autores Salazar e Grou dedicam interessante capítulo de sua obra a estas objeções²⁸.

4.1.1 DA INVASÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE AS ESFERAS DE ATUACAO DO EXECUTIVO E DO LEGISTATIVO

Os pensadores contrários a judicialização da saúde argumentam frequentemente que quando o Poder Judiciário dá o ultimato, no sentido de ser concedido ao cidadão, determinado medicamento ou tratamento, está ocorrendo certa invasão deste poder sobre o Executivo, pois o poder legitimamente eleito para tratar deste tema fora, em tese, o Executivo²⁹.

Argumentam, que ocorre com a judicialização, um ataque a independência dos poderes, a separação dos mesmos, ao equilíbrio que deve existir em um sistema realmente democrático. Continuando na mesma linha de argumentação defendem a idéia de que o Poder Judiciário não possui condições para avaliar o impacto de sua decisão no todo da administração pública. E, além disso, o Poder Judiciário não possui também legitimidade para fixar políticas públicas, pois esta nem de longe é sua função.

4.1.2.DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Outro argumento muito utilizado pelos combatentes da judicialização da saúde diz respeito à discricionariedade administrativa, sendo esta, entendida como a margem de liberdade dada pela lei ao administrador para que dentro dos parâmetros legais escolham um comportamento permitido.

Segundo os contrários a judicialização, a atuação do Judiciário na esfera administrativa, também afetaria o caráter discricionário do Poder

²⁸ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.80.

²⁹ *Ibidem*, p.81.



Público, pois são os gestores públicos, que devem avaliar quais seriam as medidas corretas, a serem tomadas em caso concreto³⁰.

Estes agentes políticos seriam preparados para tal função, e além do mais, estes compõem uma parte do Poder Executivo, legitimamente escolhidos para esta função. Explicam Salazar e Grou que os contrários a judicialização da saúde argumentam que muitas vezes o atendimento de uma reivindicação de um cidadão pelo judiciário força o executivo a conceder ao individuo um cheque em branco para que este escolha o medicamento ou tratamento que desejar desprezando todo o planejamento e organização da Administração Pública³¹.

O autor Wilson Maringú Neto defende em sua obra a importância das decisões serem tomadas pelos gestores públicos de saúde. Este escreve que:

(...) quando se trata de outros bens (no caso a saúde) especialmente aqueles que exigem conhecimento técnico para uso, deve haver um gestor para baixar uma regulamentação sobre o uso do bem, pois só ele sabe quais as capacidades e limitações do bem e quais as características quantitativas e qualitativas da demanda(...) ³².

Tomando por base os argumentos apresentados pelos contrários a judicialização da saúde pode-se inferir que estes defendem que os gestores públicos de saúde possuem uma visão mais ampla que o atuante do Poder Judiciário no que tange ao funcionamento da saúde pública, pois possuem um melhor preparo neste sentido e contam com toda uma estrutura de análise que o Poder Judiciário não possui.

Os administradores trabalham com o recurso orçamentário e com a chamada logística em serviços e ações de saúde pública. Não é correto, segundo estes, que uma decisão judicial, em muitas vezes, buscando atender a um só indivíduo, despreze um planejamento feito por toda uma

³⁰ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.82

³¹ ,Ibidem.p.85

³² MAINGUÉ NETO, Wilson.O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde.Curitiba:Livraria Editora.2011.p.31.

equipe interdisciplinar, envolvendo profissionais da saúde, da administração e da contabilidade.

Um erro administrativo na área da saúde compromete um número significativo de pessoas, que também necessitam de tratamento.

O autor Maringué Neto defende a ideia de que, não raras vezes, para se internar um indivíduo em unidade de terapia intensiva cujo atendimento foi imposto por uma decisão judicial muitos outros cidadãos, são obrigados a deixar seus tratamentos e também correrem risco de morte. Na área da saúde pública, uma decisão errada em um momento inadequado pode salvar uma vida e condenar centenas de outros devido ao comprometimento de uma grande soma de recursos em um orçamento limitado³³.

4.1.3 DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ao tratar da reserva do possível, o autor Marcelo Novelino explica que é a estreita a relação existente entre as circunstâncias econômicas e financeiras do Estado e a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Levando em conta a finalidade de diminuir as desigualdades fáticas existentes na sociedade, sua implementação exige prestações materiais por parte do Estado, sujeitando-se as condições econômicas e financeiras vigentes³⁴.

Continua explicando Novelino, que a formulação e a implementação de políticas públicas, é antes de tudo, atribuição do Legislativo e Executivo, cujos membros foram escolhidos para esse objetivo. Muitas vezes, no entanto, os administradores alegam não ser possível o atendimento de certas demandas dos cidadãos, devido a questões orçamentárias. Isto é chamado, explica o constitucionalista, de reserva do possível³⁵.

Já os autores Salazar e Grou definem a reserva do possível como:

³³ Ibidem, p.35.

³⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009, p.374.

³⁵ Ibidem, p.375.



(...) o condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos é que recebe a denominação de reserva do possível. Tem-se falado em duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a denominação, diz respeito à inexistência fática de recurso, ou seja, o vazio dos cofres públicos. A jurídica, corresponde à ausência de orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo. (...) ³⁶.

Ambos os autores destacam a difícil relação existente entre as grandes demandas sociais, principalmente em termos de acesso a saúde, e os limites orçamentários do Estado.

A doutrinadora Ana Carolina Izidoro Davies explica que todo direito tem um custo, principalmente os direitos sociais por exigirem uma prestação positiva por parte do Estado. A autora esclarece ainda que é difícil aceitar que o direito à saúde, intimamente relacionado ao direito fundamental à vida sofra limitações de ordem financeira, mas, no entanto, segundo a autora não existe outra saída, pois isto é fato. Comenta ainda que a saúde não é o único bem jurídico que o Estado deve garantir, pois existem outros como a educação, a segurança pública que na opinião da doutrinadora possui igual valor ³⁷.

O autor Wilson Maingué Neto utiliza um exemplo bem didático ao explicar e defender a aplicação da reserva do possível na área da saúde pública. Segundo este pensador pode-se comparar o funcionamento do Sistema Único de Saúde com uma festa de aniversário onde o aniversariante deve presentear cada convidado da festa com um pedaço de seu bolo de aniversário. No entanto alguns dos convidados não ficam contentes com o pedaço recebido e exigem mais do aniversariante. Este entendendo que caso forneça um pedaço a mais de bolo a alguns convidados a maioria seria prejudicada, resolve não atender aos pedidos destes. No exemplo dado o aniversariante são os gestores do Sistema Único de Saúde, o bolo os recursos do orçamento e os convidados são os usuários do Sistema Único

³⁶ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.93

³⁷ DAVIES, Ana Carolina Izidoro. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais*. São Paulo: Verbantim. 2012, p.76.



de Saúde. A negativa dos gestores em atender alguns pedidos refere-se a reserva do possível.³⁸

A autora Ana Carolina Davies destaca que, quando se trata de garantir o mínimo vital, a reserva do possível não deve ser aplicada. No entanto, no que se refere-se, por exemplo, a concessão de medicamentos é possível a aplicação sim, da reserva do possível, quando o Estado já oferece administrativamente o mínimo vital necessário. O que a autora pretende explicar é que se o poder estatal já oferece para o tratamento de determinada doença um medicamento A e o cidadão pleiteia junto a justiça um medicamento B o Estado tem o direito de negar o fornecimento deste medicamento pleiteado utilizando para isso da reserva do possível³⁹.

Convém destacar que tanto os Municípios quanto os Estados utilizam com muita frequência este argumento para justificar a negativa de concessão de um medicamento ou tratamento a um indivíduo.

4.2.DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Serão apresentados a seguir as opiniões dos defensores da chamada judicialização da saúde

4.2.1.DO DIREITO Á VIDA

Inicialmente convém destacar que a maioria das doutrinas analisadas defendem a judicialização da saúde, de forma clara e incisiva, pois consideram o direito a saúde como norma extremamente ligada ao principal direito existente no ordenamento jurídico, não apenas nacional como também internacional que é o direito a vida.

Ora, sem a garantia desse direito todos os demais perdem o sentido de existir. Não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem

³⁸ MAINGUÉ NETO, Wilson. O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde... p.52.

³⁹ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*p.53.



garantia ao direito a vida e muito menos em direito a propriedade por motivos óbvios.

Escreve o autor Julio César Ballerini Silva que:

(...) Sem a tutela efetiva do direito a saúde, o direito a vida, do qual decorre a maioria dos demais direitos ressaltados pelo ordenamento jurídico, estará sempre na iminência de se esvaziar(..) Desta feita,sem a observância do direito a saúde comprometido estará o próprio direito a vida,condição elementar da aquisição de direitos no ordenamento jurídico brasileiro,sob um prisma essencialmente lógico(ou, como asseveram com propriedade os latinos ,tertius non datur).Ressalta-se,ainda a especificidade do direito a vida,que o torna infungível ainda que se trate de questão influenciada por aspectos biológicos,morais e transcendentais,que,malgrado possa fundamentar a propositura de demandas reparatórias em situações de perda,como causas de atenuação de sofrimento,dada a sua peculiar não comporta,ao menos numa sociedade com fundamentos éticos e humanistas(...)⁴⁰.

Como bem explica o autor acima, defender a vida como valor fundamental, além de ser, obviamente, uma questão de cunho jurídico, é também de cunho ético e religioso. Uma análise rápida, por descobertas da Antropologia Jurídica, permite perceber que, mesmo em comunidades onde não existem formas institucionalizadas de direito, encontram-se verdadeiros códigos orais que apregoam o respeito à vida humana.

Ou seja, as diversidades culturais defendem, neste caso, a vida, como maior bem jurídico a ser tutelado, não apenas pelo poder público, como também pela própria comunidade.Deve-se destacar que a própria história ensinou aos homens o valor que deve ser dado a vida humana após momentos de atrocidades como o Nazismo.

Enfim, quando o cidadão não obtém, por meio de políticas públicas, o tratamento de saúde ou o medicamento que necessita, por óbvio que deve buscar tutela do Poder Judiciário com amparo inclusive no princípio da inafastabilidade do controle judicial.

⁴⁰ SILVA, Júlio César Ballerini. *Direito à saúde: Aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado...* p.6.

4.2.2. DO DIREITO DO PODER JUDICIÁRIO EXIGIR DO PODER EXECUTIVO O RESPEITO AO DIREITO A SAÚDE

Os autores Salazar e Grou não concordam com os argumentos dos combatentes da judicialização da saúde, quando estes afirmam que a atuação dos Poder Judiciário, exigindo o atendimento medico ou medicamento a um ou vários indivíduos que necessitam gera um desequilíbrio entre os poderes da República. Segundo estes pensadores quando se trata de dar cumprimento a direitos humanos fundamentais, normas constitucionais de aplicação imediata, não se pode falar, em atuação indevida do poder Judiciário, nas funções de outros poderes⁴¹.

Os mesmos autores escrevem neste sentido que:

(...) o que se pretende dizer aqui é que, em principio o Poder Judiciário não deve interferir em esferas de nenhum dos dois outros poderes com o intuito de simplesmente substituir seus juízos de conveniência e oportunidade. Mas quando houver uma violação a imposição constitucional por parte do legislador ou do administrador, devera exercer seu papel de julgador, impedindo ofensa a Carta Magna⁴².(...)

Concorda-se com os autores citados acima, pois o Poder Judiciário não pode, ou melhor, não deve ficar inerte, diante da incompetência administrativa dos gestores públicos. Entende-se que não existe invasão do Judiciário na competência privativa do Executivo, por tratar-se de defesa de direitos essenciais ao ser humano.

No entanto, se houver a necessidade de atuação judiciária em qualquer outra esfera, com o propósito de salvar vidas ou atribuir maior dignidade aos cidadãos, compreende-se que a justiça não pode respeitar mais a autonomia e o equilíbrio entre os poderes do que a dignidade da pessoa humana.

⁴¹ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.80.

⁴² *Ibidem.*, p.82.



Lecionam, ainda neste sentido, Andréa Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou :

(...) O respeito à dignidade da pessoa humana pode e deve ser objeto do mais amplo controle judicial. Cabe ao Judiciário não apenas impedir a violação dos dispositivos que preenchem o conteúdo de dignidade humana, mas que seus efeitos sejam produzidos e que as condutas necessárias para tanto sejam praticadas. (...) Mesmo o argumento de falta de legitimidade e de representatividade popular democrática do Poder Judiciário, o que inviabilizaria decisões judiciais sobre políticas públicas, é combatido por meio dos limites impostos pelos direitos fundamentais. O regime democrático, soberania popular e governo da maioria, tem como pressuposto os direitos humanos fundamentais, individuais e sociais, que devem ser garantidos a todos, maioria ou minoria. (...) ⁴³.

Concorda-se com os autores, no que tange a defesa, em primeiro plano dos direitos fundamentais em um sistema político. Aliás, convém salientar que a contraposição entre democracia (independência dos poderes) e efetividade da dignidade humana apresentada pelos contrários a judicialização da saúde não tem nenhuma fundamentação, pois as lutas existentes no Brasil visando à redemocratização na segunda metade da década de 1980 objetivavam além da participação política e do fim do centralismo burocrático do Executivo, a melhoria das condições socioeconômicas da população. Naquela época esta meta era tão clara que unia marxistas e pensadores de extrema direita.

Sendo assim a democracia e a independência dos poderes só tem sentido se estiverem em função da dignidade humana. E se o Executivo e o Legislativo estão ineficientes para cumprir com suas obrigações constitucionais de proporcionar aos indivíduos o mínimo existencial, cabe sim ao Poder Judiciário dar voz e vez aos marginalizados pelas políticas públicas ou pela ausência delas com a aplicação inclusive da súmula 473 do STF.

4.2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

⁴³ Ibidem..., p.83.



Rebatendo também o argumento de que a judicialização da saúde desrespeita a discricionariedade administrativa os autores Andréa Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou argumentam que no Estado Democrático de Direito a discricionariedade dos administradores esta limitada pela lei e pela ideia de justiça. Sendo assim o gestor publico está obrigado a observar todos os princípios e regras constitucionais pertinentes na elaboração de regulamentações específicas⁴⁴.

Convêm destacar ainda que, caso um individuo necessite de um medicamento, por exemplo, que não exista na listagem do SUS, ele não merece ser condenado à morte por falta de assistência médica até mesmo porque o ato administrativo não é revisado com a mesma celeridade que o avanço da medicina e as condições clínicas da pessoa podem autorizá-la a demandar remédio diverso, porém, mais eficaz.

Além do mais o próprio texto constitucional em seu artigo 196 estabelece que o acesso à saúde é universal e sendo assim, não compete ao administrador limitá-lo com base apenas na discricionariedade.

4.2.4 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Outro argumento utilizado pelos defensores da chamada judicialização da saúde é o respeito ao principio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é o primordial fundamento⁴⁵ que alicerça o ordenamento jurídico, por ser um dos pilares fundamentais da República, sendo certo que sua consagração traceja um perímetro mínimo de respeitabilidade aos direitos humanos, pouco importando o indivíduo, vez que é universal a sua incidência.

⁴⁴ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.85

⁴⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Principio da Dignidade da Pessoa Humana*. Saraiva: São Paulo. 2002. p.49.



Luiz Antonio Rizzatto Nunes diz que:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais... Dignidade é um conceito que foi elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como valor supremo, construído pela razão jurídica... A dignidade nasce com a pessoa. É lhe inata. Inerente à sua essência⁴⁶

O valor dignidade é imanente ao homem, condição natural de sua existência, o qual pela natureza de ser pensante e inteligente, onde naturalmente se diferencia dos seres irracionais até porque o homem não existe apenas, mas sua autodeterminação faz que ela se torne um ser superior, independentemente de condições sociais, rico ou pobre, e ínsito a estes condicionamentos peculiares do homem destaca-se a proibição de qualquer tratamento discriminatório, degradante e que atente contra sua personalidade

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta o conceito como:

...um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁴⁷.

A dignidade da pessoa humana é conceituada, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, pela teoria dos cinco componentes, onde ela significaria a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; assegurar o livre desenvolvimento de sua personalidade e potencialidades; libertação da 'angústia da existência' através de mecanismos de socialibilidade que representam as garantias do trabalhador e de obter condições existenciais

⁴⁶ Ibidem, p.50.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p.60.



mínimas; garantia da adstrição dos poderes públicos aos conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito e derradeiramente igualdade de tratamento normativo entre cidadãos e destes com o estado⁴⁸.

Opera-se uma dupla ótica de enfrentamento da dignidade da pessoa humana, pois a análise ocorre sob o prisma do limite conquanto represente expressão da autodeterminação da pessoa humana e elementos que facilitem seu pleno desenvolvimento e como tarefa na incumbência de estado e sociedade terem o dever de tutelá-la quando fragilizada ou ausente à capacidade de autonomia⁴⁹.

O grau de maturidade de uma democracia está na intensidade de seu respeito, bem como no teor da concretização de uma igualdade de fato, material e não a letra seca e fria no texto constitucional.

José Afonso da Silva endossa o coro ao afirmar:

(...) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana⁵⁰.

A concretização desse postulado depende da vivacidade das garantias no sistema de tutela das liberdades públicas, a qual aparecerá definitivamente quando a todos indistintamente for concedido oportunidades de vida, além de possibilitar que as pessoas possam efetivamente ter chances de reconstruir seus passos rumo a horizontes melhores e repleto de possibilidades.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 10ª Ed. Coimbra: Almedina. 2001.p.302/303.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988...* p.49.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998, p.89.



A dignidade da pessoa humana é o postulado que demanda um tratamento condigno a cada ser humano, com reconhecido equilíbrio na concretização de políticas públicas e a consideração dele para o arbitramento das normas referentes à ordem econômica e a atuação dentro da economia.

Inserido no mesmo contexto a justiça social é a outra finalidade também entendida como princípio razão pela qual será tratada em conjunto com a dignidade da pessoa humana.

A justiça é a meta que o direito visa colmatar, sendo a essencialidade para a ordenação social, pois não basta que esta seja voltada ao estreito cumprimento das leis se estas não se voltarem para a prática do justo e lançando mão de lições de hermenêutica constitucional donde a dignidade da pessoa humana não se curva diante de normas limitativas de orçamento e finanças públicas sobrelevando a estas por ser uma norma de caráter principiológico que é içada a condição superior no confronto entre ambas como resultado dos métodos interpretativos de Robert Alexy.

Entendimento oposto conduziria ao menoscabo da força normativa da Constituição tão defendida por Konrad Hesse que leciona:

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envia esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder⁵¹.

Maria Paula Dallari Bucci expõe:

Em outras palavras, apesar de a exeqüibilidade da Constituição depender de quanto o seu texto corresponde ao equilíbrio real de forças políticas e sociais em determinada momento não basta uma Constituição bem escrita para que ela seja cumprida e obedecida há possibilidade de se travar, pelas vias do direito e com base na Constituição, uma batalha própria, capaz de melhorar as condições sociais, por meio da garantia do exercício de direitos individuais e de cidadania a todos, da forma mais abrangente possível. Nesse sentido, uma ordem jurídica bem estabelecida pode ser instrumento significativo de melhoria social. Desde que se admita esse pressuposto, isto é, o de que há uma arena jurídica para a solução dos conflitos políticos e sociais, é preciso, então,

⁵¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE. 1991. p.29



dotar o direito de instrumentos adequados para a concretização dos direitos e a promoção social⁵².

Cabe destacar que a essência de um Estado Democrático de Direito é busca incessante da justiça social. Isto pressupõe edificar o princípio da dignidade da pessoa humana acima do poder do capital.

4.2.5 DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Ricardo Lobo Torres entende o mínimo existencial como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”⁵³

Segundo Andréas Krell, a teoria do mínimo tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o poder público em caso de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem sua existência digna⁵⁴.

Ensina, Ana Paula Barcellos, que o mínimo existencial corresponde, então, a um conjunto de situações materiais indispensáveis a existência digna, não condizente não apenas a sobrevivência física e a manutenção do corpo mas também espiritual e intelectual, sem o que não se viabiliza a possibilidade de participação dos indivíduos nas deliberações públicas e muito menos a de ser capaz de tomar as rédeas de seu próprio desenvolvimento⁵⁵.

Já Luiza Frischeisen ensina que o mínimo existencial engloba um atendimento básico e eficiente a saúde e conseqüentemente, o acesso aos medicamentos necessários, o acesso a uma alimentação básica e

⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos*. In: *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. Polis: São Paulo. p.5/16 2001. p.9

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p.357.

⁵⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p.60/62.

⁵⁵ BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p.230.



vestimentas, a educação, no mínimo de primeiro grau e garantia de local digno para moradia⁵⁶.

Salazar e Grou citam o entendimento de Luiz Roberto Barroso sobre o tema aqui abordado. Este identifica o mínimo existencial como “as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”⁵⁷.

Analisando os conceitos e entendimentos apresentados acima, pode-se inferir, que o mínimo existencial, garante a todos os indivíduos, simplesmente por apresentarem a condição humana, o básico para sua sobrevivência. Este princípio protege os cidadãos de qualquer arbitrariedade por parte do Estado e também prega o respeito entre os integrantes das sociedades.

O termo “civilizatórios” empregado por Luis Roberto Barroso demonstra que o mínimo existencial também exige de todos os indivíduos, respeito às regras básicas de bom convívio social, como a consideração a alteridade existente dentro de uma mesma estrutura social.

Percebe-se também a construção da idéia do que efetivamente é o mínimo existencial permite uma abordagem da história de conquistas dos seres humanos por meio dos direitos fundamentais, pois quando protege o indivíduo da excessiva atuação estatal, está na realidade refletindo os direitos fundamentais de primeira geração e quando exige prestações positivas por parte do Estado esta revelando direitos fundamentais de segunda e terceira gerações.

Sendo assim, o Poder Público não tem o direito de negar aos indivíduos o básico para sua sobrevivência, pelo contrario a função deste é

⁵⁶ FRISCHEISEN. Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad. 2000, p.68.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido mediante solicitação da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. 2007, p.10/11 *apud* SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.40.



proporcionar a seus cidadãos os recursos necessários para o pleno desenvolvimento de sua personalidade e de suas potencialidades.

No que diz respeito ao direito à saúde, sendo este a base do mínimo existencial, não existe dúvida quanto à obrigação dos entes federativos proporcionarem aos indivíduos o mínimo para sua sobrevivência.

4.2.6.DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS NO QUE TANGE O DIREITO À SAÚDE

Outro argumento muito utilizado pelos entes federados, para se eximir, de sua responsabilidade solidária, no que tange a prestação de serviços e ações de saúde, é dizer que determinada ação ou serviço é de responsabilidade do outro ente. Isso, embora possua embasamento, em lei ordinária, não os dispensa de suas obrigações pois a Carta Magna é clara ao pregar a atuação de todos.⁵⁸

A Constituição Federal estabelece a competência comum de todos os entes da federação no que diz respeito à competência material. Isto está claramente disposto no artigo 23, II da Carta Magna. Este dispositivo estabelece que é responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência.⁵⁹

Esta ordem constitucional foi reforçada pelo artigo 198 da Lei maior que estabelece, tanto em seu caput quanto em seu parágrafo primeiro, a responsabilidade comum de todos os entes federados com relação à competência material em termos de saúde.

Cabe salientar que, embora a Lei 8080/90 tenha em seus artigos 16, 17, 18 e 19 especificado as atribuições de cada ente federado dentro do

⁵⁸ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*.p.80

⁵⁹ Ibidem.p.80



Sistema Único de Saúde, isso não tem o poder de quebrar a letra constitucional no que se refere à solidariedade na prestação dos serviços de saúde. Entende-se que referida divisão no plano infraconstitucional tem caráter mais administrativo.⁶⁰

No que tange a complexidade no atendimento e assistência farmacológica, cabe dizer que embora exista na lei 8080/90 uma distribuição de atribuições entre serviços de alta e média complexidade, esta não livra nenhum ente da obrigação solidária servindo apenas como parâmetro para eventual ação de regresso ou repartição de receitas como forma de compensação. Entendimento diverso subverteria o princípio da supremacia da Constituição, sendo sabido que a norma constitucional preleciona a solidariedade não pode a lei ordinária vindicar.⁶¹

Com relação à solidariedade entre os entes federados existe uma rica jurisprudência. Cita-se neste momento algumas, no sentido de comprovar o argumento aqui apresentado:

APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADA PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E PELO MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. Não é de se conhecer do recurso na parte em que não se mostra útil à parte por falta de interesse. Hipótese em que a sentença (I) não ordenou o bloqueio de verbas públicas e (II) facultou o fornecimento do fármaco requerido pela Denominação Comum Brasileira. 2. Comprovado o pedido administrativo de fornecimento do medicamento não há falar em ausência de interesse de agir. 3. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público o medicamento necessário. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. O **Estado** e o **Município** possuem **legitimidade** passiva para a demanda visando o fornecimento de **medicamentos** a necessitado, devendo responder integralmente pelos **medicamentos** pleiteados no processo. Posição do 11º Grupo Cível. Precedentes do TJRS, STJ e STF. 4. Existe documentação idônea, firmada por médico credenciado, consistente em laudo médico onde descrita a moléstia da qual padece a enferma e apontando os **medicamentos** necessários. Os protocolos elaborados pelo Ministério da Saúde servem como parâmetro, não possuindo caráter vinculante. Aplicação do artigo

⁶⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário... p.99

⁶¹ Ibidem... p.102



196 da Constituição Federal. Precedentes do TJRS, STJ e STF. Recurso do **Estado** do Rio Grande do Sul conhecido, em parte, e, na parte conhecida, desprovido. Recurso do **Município** de Santa Maria desprovido. Sentença confirmada em reexame necessário⁶².

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. INTERESSE EM AGIR CONFIGURADO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. CUSTAS PROCESSUAIS.

1. Não há necessidade de requerimento na via administrativa para que a parte possa postular em juízo a obtenção de **medicamentos**, por força do preceito constitucional, por força do preceito constitucional instituído no art. 196 da Constituição Federal, presente o interesse em agir. Precedentes do TJRS, STJ e STF.

2. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público o medicamento necessário. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. **Estado** e **Município** possuem **legitimidade** passiva para a demanda visando o fornecimento de **medicamentos** a necessitado, devendo responder integralmente pelos **medicamentos** pleiteados no processo. Posição do 11º Grupo Cível. Precedentes do TJRS, STJ e STF. 3. A Fazenda Pública é isenta do pagamento das custas processuais. Lei nº 13.471, de 23 de junho de 2010. Isenção que não se aplica às despesas judiciais por força da liminar concedida nos autos da ADI 70038755864. Recurso provido em parte. Sentença confirmada, no mais, em reexame necessário. Relatora vencida em parte⁶³.

AGRAVO RETIDO E APELAÇÕES. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO, EXAME OU PROCEDIMENTO. FORNECIMENTO DE ACORDO COM A DENOMINAÇÃO COMUM BRASILEIRA.

Reconhecimento da possibilidade de substituição do fornecimento dos **medicamentos** postulados pelo nome comercial por outros, de acordo com a Denominação Comum Brasileira, que possuem o mesmo princípio ativo. **LEGITIMIDADE PASSIVA**. solidariedade dos entes federativos. A Constituição Federal prevê o dever de prestar os serviços de saúde de forma solidária aos entes federativos, de modo que qualquer deles tem **legitimidade** para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamento, exame ou procedimento. **ACESSO À SAÚDE. PROTEÇÃO SUFICIENTE**. O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis de revisão judicial,

⁶² BRASIL. JURISPRUDÊNCIA,. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70043190453, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/07/2011.

⁶³ BRASIL. JURISPRUDÊNCIA,. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70043692680, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/07/2011.



sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. NECESSIDADE DO MEDICAMENTO. Caso concreto em que restou demonstrada a necessidade e a adequação da medicação pleiteada. HONORÁRIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. **MUNICÍPIO**. ADMISSIBILIDADE. Cabível a condenação do **Município** ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública que representa a parte autora. APELAÇÃO DO **ESTADO** A QUE SE DA PARCIAL PROVIMENTO, COM SÚPEDÂNEO NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. APELAÇÃO DO **MUNICÍPIO** A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM FULCRO NO ART. 577, CAPUT, DO CPC⁶⁴

4.2.7. DO MÍNIMO SACRIFÍCIO

Convêm, neste momento final da pesquisa, ser abordado o conflito de princípios: a reserva do possível e o mínimo existencial.

O primeiro, como já foi abordado, representa os limites materiais e orçamentários do Estado em oferecer a seus cidadãos a efetivação de alguns direitos. Os defensores desta idéia, afirmam que, caso socorram alguns cidadãos, por exemplo, com medicamento de alto custo, que não estejam presentes na listagem do SUS, faltarão recursos para os demais usuários do sistema e para investimentos em outras áreas, como saúde, educação e segurança pública.⁶⁵

Afirmam ainda, que a intervenção do Poder Judiciário em outras esferas de governo, provoca um desequilíbrio na divisão dos poderes quanto à aplicação do orçamento público. E além disso, a judicialização da saúde, segundo estes, fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tão caros no trabalho dos gestores de saúde no que se refere à aplicação dos recursos públicos.

O mínimo existencial significa o direito que todo ser humano possui de ter acesso aos elementos básicos para o desenvolvimento de sua

⁶⁴ BRASIL. JURISPRUDÊNCIA,. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70044061851, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 26/07/2011. Felizmente nossos tribunais, em grande parte tem decidido em prol da efetiva justiça social.

⁶⁵ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito sanitário...*, p.116



personalidade e de uma vida digna, ou seja, refere-se ao acesso aquilo sem o qual o indivíduo não consegue alcançar a condição de dignidade, estabelecida na Constituição Federal em seu artigo 1º, III⁶⁶.

Em termos mais objetivos, pode se dizer, que o mínimo existencial, refere-se ao acesso a condições básicas de saúde, no sentido amplo, a educação básica e aos elementos culturais essenciais.

Refere-se, enfim, ao núcleo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Princípio este sobre o qual foi erigido todo ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que atualmente o princípio da reserva do possível vem sendo utilizado pelo poder público, como um obstáculo a concretização de direitos fundamentais, pois, segundo esse pensamento o Estado apenas pode ser obrigado a concretizar tais direitos se houverem recursos suficientes e, além disso, existir previsão orçamentária específica⁶⁷.

No entanto, como explicam os autores citados, a reserva do possível não pode ser usada como impedimento para a efetivação dos ditos direitos fundamentais.

Salazar e Grou ensinam também que o respeito aos direitos fundamentais dos seres humanos não dependem da vontade discricionária dos administradores da área da saúde, pois a Constituição já elencou não apenas o direito à saúde como prioridade, como também vários outros direitos classificados, não por acaso, de fundamentais.

Enfim, não cabe discutir vontade política quando se trata de direitos essenciais, como saúde e educação, por exemplo⁶⁸.

O autor Vidal Serrano Nunes Júnior assevera que o princípio da reserva do possível só deve ser aplicada quando o Estado já tenha assegurado o mínimo vital de todos seus cidadãos⁶⁹.

⁶⁶ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito sanitário...*, p.117.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 116.

⁶⁸ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.40.



Outra questão importante a ser levantada, refere-se ao fato de que, comumente o Estado, ao apresentar o princípio da reserva do possível, não comprova, com dados concretos, que investiu realmente o mínimo em saúde exigido pela legislação, como também não demonstra com números concretos os seus gastos com outras áreas que o impedem de custear um tratamento de saúde ou fornecer um medicamento de custo um pouco mais elevado.⁷⁰

Ao contrário, o cidadão que pleiteia um serviço de saúde ou mesmo um medicamento, além de suportar seu sofrimento é obrigado a fornecer provas e provas de seu estado. Os autores Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos enfocam que o governo, que emprega verbas públicas em publicidade e em festividades públicas, por exemplo, alegar judicialmente falta de recursos para investir em saúde⁷¹.

Além do mais, a eficiência é um dos principais princípios da Administração Pública. Isso significa que a incompetência dos políticos no trato do erário não deve também ser utilizado como desculpa para o não investimento em saúde da população até mesmo pelo contrassenso com o descumprimento do princípio da eficiência.⁷²

Mapelli Júnior, Coimbra e Matos, destacam que existe a opção para os administradores públicos de realizarem o remanejamento de recursos do orçamento, com possibilidades de créditos adicionais, visando atender prioridades como a saúde⁷³.

Por fim, cabe dizer que, ensinam, as bases do direito constitucional que quando ocorre o choque de princípios como é o caso em tela o julgador deve pautar-se pela idéia do mínimo sacrifício. Segundo este pensamento no

⁶⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim. 2009, p.172 apud MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito sanitário...* p.117.

⁷⁰ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *op.cit.* p.93.

⁷¹ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito sanitário...* p.121.

⁷² BALLERINI SILVA, Julio César. *Direito à Saúde: Aspectos Práticos e Doutrinários No Direito Público e No Direito Privado...* p.24.

⁷³ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *op.cit.* p.121.



embate de direitos deve-se avaliar a importância de ambos e sacrificar o de menor importância. Não cabe dúvida, de que no caso desta pesquisa, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana deve ser sobreposto sobre a reserva do possível.⁷⁴

5. CONCLUSÕES

Em termos de conclusão deve-se destacar vários pontos que foram de grande relevância nesta pesquisa.

Em primeiro lugar pesquisar sobre a judicialização da saúde permitiu conhecer a importância do conceito de direitos fundamentais em suas várias vertentes ou modalidades. Permitiu também percorrer a história desses direitos que remontam a época moderna, período do surgimento do Estado Democrático de Direito e perpassa pelo século XIX europeu com suas histórias de lutas de classes, onde os trabalhadores obtiveram grandes conquistas como os direitos fundamentais de segunda geração, entre os quais se destacou o direito à saúde.

Além disso, ainda no sentido de compreender a historicidade dos direitos de fundamental importância estudou-se os momentos de construção da terceira e quarta gerações ou dimensões, como prefere atualmente a doutrina. Convém salientar que a riqueza de dados e informações obtidas sobre os capítulos iniciais deste trabalho gerou uma pesquisa a parte intitulada “Análise de Aspectos referentes à história do direitos fundamentais” que foi contemplada com apresentação em congressos de iniciação à pesquisa em faculdade fora desta instituição.

Inferiu-se também que o direito à saúde no Brasil esta muito bem desenhado tanto na Carta Magna Nacional quanto em legislações infraconstitucionais. O Sistema Único de Saúde é um grande exemplo disso.

⁷⁴ Informação obtida por meio de explicações e anotações de aulas de Direito Constitucional no ano de 2010.



Enfim, a análise da judicialização da saúde especificamente permitiu compreender a importância da atuação do Poder Judiciário na concessão efetiva do direito à saúde a milhares de indivíduos. Infere-se, com o fim desse trabalho que os argumentos apresentados na maioria das vezes pelo poder público como a reserva do possível, a interferência do Poder Judiciário na área de atuação de outros poderes, e na discricionariedade administrativa não são suficientes para que se evite o fenômeno aqui estudado, pois se não é a atuação de advogados e principalmente da Defensoria Pública pleiteando e obtendo resultados positivos, quanto à saúde de inúmeros brasileiros, estes continuariam vivendo a margem da assistência médica, ou talvez vindo a óbito.

Pode-se inferir que infelizmente no Brasil atual é clara a disparidade no acesso aos serviços de saúde de qualidade entre os detentores de capital e a classe desfavorecida. Nota-se que os indivíduos que possuem uma boa condição financeira buscam tratamento de ponta, em hospitais e clínicas privadas dotados de alta tecnologia e os desfavorecidos superlotam os hospitais públicos.

A despeito de uma linda e respeitável legislação sobre saúde pública aqueles que realmente necessitam de um tratamento médico, mas que não possuem boas condições financeiras estão morrendo em grande número sem a mínima assistência. Não é difícil comprovar o argumento apresentado, pois uma simples visita a hospitais públicos de grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo comprovam a tese arguida ou reportagens jornalísticas na mídia.

É no acesso a saúde, que as diferenças sociais, decidem em grande parte, se um indivíduo continuará vivo, ou se estará condenado à morte, por um sistema, que no papel é digno de aplausos, mas na prática marginaliza seus cidadãos mais carentes. O sistema mata por omissão, ou melhor mata por exclusão.

.O acesso a um tratamento decente de saúde, não pode ser uma “mercadoria” exposta no mercado. E mais, tudo isso ocorre, em um Estado



que se autoproclama, em letras constitucionais, ser “democrático” de “direito”. Ora, um governo que não proporciona a seus cidadãos, nem mesmo o mínimo existencial e não houve os gritos dos marginalizados, não pode ser chamado de democrático, e também não merece o título de “estado de direito”, pois não respeita o mais importante dos direitos humanos: o direito à vida.

Enfim, acredita-se, que o capital não pode prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana.

Diante dessa realidade, a chamada judicialização da saúde, tem proporcionado à maioria dos excluídos das políticas públicas de saúde, o acesso a medicamentos e serviços de saúde. .

Vale salientar, neste momento, a concepção, que temos a respeito do que realmente significa o direito de uma sociedade, em um determinado local e em um determinado período. Pois bem, tomando por base as ideias de Foucault, entende-se que todo texto, que exerce poder sobre um determinado povo, em um determinado período, sempre representa interesses de uma certa classe social, que está no comando político e administrativo de um povo. Ora, é no mínimo inocência científica, principalmente, em termos de ciências humanas, achar que o direito é uma produção neutra de influências sociais, culturais e históricas.

O momento atual não é mais o período positivista, no qual se pensava dessa forma.. Sendo assim, o direito entendido como ciência humana não pode ser apresentado como simples interpretação de normas e seus efeitos.

Deve-se dizer que este esclarecimento é fundamental nesta etapa do trabalho, pois o direito à saúde no Brasil, deve ser compreendido dentro dos respectivos contexto histórico e sócio cultural em que foi sendo estruturado. Tal direito, como está disposto atualmente, foi fruto de um intenso movimento social, conhecido como movimento sanitário, marcante no final dos anos de 1970 e por toda década de 1980.

Ora, ler e simplesmente interpretar, os artigos constitucionais que tratam da saúde e a chamada Lei Orgânica da Saúde, proporciona apenas



uma visão rala, fraca, do que realmente significa o direito à saúde em um país de terceiro mundo como é o Brasil, possuidor de estruturas sociais e econômicas peculiares.

Se o estudioso não conseguir estender sua análise a essas estruturas e compreender o direito, como parte organizadora desta não merece o título de pesquisador no rico campo das ciências humanas, que querendo ou não, estão interligadas.

Apesar da existência de um ordenamento jurídico que defende a saúde digna do indivíduo no Brasil, o poder público, ou melhor, os grupos sociais que controlam a máquina pública nacional, não estão cumprindo essa obrigação constitucional básica restando fundamental o papel do Poder Judiciário no sentido de restaurar a força constitucional e salvaguardar as pessoas.

6. BIBLIOGRAFIA:

BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana..* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Trabalho desenvolvido mediante solicitação da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos.* In: Direitos Humanos e Políticas Públicas. Polis: São Paulo. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 10 ed. Coimbra: Almedina. 2001.



CAVALHEIRO, José da Rocha; MARQUES, Maria Cristina Costa; MOTA, André. *Antecedentes Históricos do SUS.in Saúde Pública .Bases Conceituais.* São Paulo: .2008.

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

DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais.* São Paulo: Verbatim. 2012.

FRISCHEISEN. Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público.* São Paulo: Max Limonad. 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE. 1991.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

MAINGUÉ NETO, Wilson. *O Mandado de Segurança e o Direito à Assistência à Saúde.* Curitiba: Livraria Editora. 2011.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito Sanitário.* São Paulo: Imesp. 2013.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.* Saraiva: São Paulo. 2002.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática.* São Paulo: Verbatim Editora. 2009



SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998.

SILVEIRA, Sebastião Sergio. *O direito fundamental à saúde: o acesso a medicamentos no SUS e a ação civil pública como instrumento de proteção dessa garantia*. In Revista Paradigma. Ciências Jurídicas. UNAERP. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008