

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Maria Eunice Rodrigues

DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Rio de Janeiro

2018

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA EUNICE RODRIGUES

DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Fernando Reis

Rio de Janeiro

2018

Maria Eunice Rodrigues

DIREITO À SAUDE NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes - Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Nota ()

Professor:

Prof. Fernando Reis (UCAM) - Orientador

Professor:

Professor:

Rio de Janeiro

2018

RESUMO

Esta monografia versa sobre o direito à saúde e sua judicialização, assim como as ações utilizadas pela população na persecução deste direito. A metodologia a ser utilizada é a dedutiva, tomando como início a realidade do espaço virtual e finalizando, discute acerca da suficiência ou não da tutela jurisdicional, nos casos em que há violação dos direitos da personalidade nesse contexto. A técnica de pesquisa é a bibliográfica, baseada em leis, doutrinas e jurisprudências. Inicialmente é explorado o direito à saúde como parte do direito à vida, concluindo ser o direito à saúde indispensável àquele. Após, abordam-se os princípios jurídicos invocados na discussão do tema, como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da reserva do possível e o da proporcionalidade, concluindo-se que estes últimos são instrumentais, enquanto os três primeiros são constituintes do ordenamento pátrio. Para tanto, serão explorados além da doutrina e da jurisprudência, documentos históricos fundamentais na aplicação de tais princípios em nosso país. Por último são delineadas as ações disponíveis ao cidadão para a concretização de seus direitos de forma a efetivar a Constituição, destacando-se o Mandado de Segurança e as Ações Cíveis Públicas. Finalmente, conclui-se que a escassez de políticas públicas na área, associada à uma cultura jurídica nos levam à um cenário de discussão de viés utilitarista, excludente aos principais atores sociais envolvidos, como as Associações de pacientes, que assoberbam o Judiciário, tornando a prestação jurisdicional frequentemente inefetiva ou dispendiosa aos cofres públicos.

Palavras-chave: Direito. Constitucional. Saúde. Judicialização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITOS SOCIAIS - CRFB DE 1988	7
2.1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	7
2.2 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	9
2.3 O DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO.....	12
2.4 A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM ADOTAR POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA EFICAZES À LUZ DOS DISPOSITIVOS LEGAIS	13
3 O SUS	16
3.1 TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS INTERGOVERNAMENTAIS DE RECURSOS FINANCEIROS - LEI 8.142/90	16
3.2 REGULAMENTAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO SUS – LEI 8.080/90.....	21
3.3 RELAÇÃO DO SUS COM O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO	24
4 PRINCIPAIS PROBLEMAS / JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.....	25
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROBLEMAS E A JUDICIALIZAÇÃO	25
4.2 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO	30
5 CONCLUSÃO	32
6 REFERÊNCIAS.....	34

1 INTRODUÇÃO

O direito ao recebimento de serviços de saúde é um mínimo existencial que o Estado Brasileiro deve garantir aos cidadãos.

O direito à saúde é um direito fundamental previsto de acordo com a Constituição Federal de 1988, mas verifica-se que na realidade esse direito fica muito a desejar, haja vista a superlotação dos hospitais, a falta de médicos e remédios, a precariedade das instalações, entre outros problemas.

Entre os princípios Jurídicos e o Direito à Saúde: 1. Princípio da Igualdade 2. Princípio da Proporcionalidade; 3. Princípio da Reserva do Possível. Esse estudo se delimitará em abordar o último princípio ressaltado.

Para a análise das políticas sociais e econômicas menciona-se novamente ao art. 196 da Constituição de 1988, que dispõe que, o direito à saúde como um dever do Estado, e esse dever do Estado dar-se-á através da intervenção do mesmo na consecução do direito à saúde, sempre com ações positivas em prol da saúde e nunca pela sua inação. Logo, as políticas sociais e econômicas devem objetivar reduzir os riscos de doenças e de outros agravantes. Neste sentido, pontua-se que cabe a ação estatal prevenir, para que não haja a propagação de doenças.

O art. 197 da CF/88, ao expressar relevância pública às ações e serviços de saúde, vincula o Poder Público na consecução do mesmo. Ressalta-se que, o art. 197 da Carta Constitucional de 1988, não exclui a participação de terceiros e também, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado na execução de ações e serviços para com a saúde.

A escolha do tema deve-se ao interesse despertado pelos Direitos Fundamentais de cunho social, que se iniciou durante as aulas de Direito Constitucional, ocasião em que os mesmos foram abordados dentro do contexto da Dignidade da Pessoa Humana. Os Direitos Fundamentais de cunho social estão albergados no Artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Não obstante a importância de todos os direitos sociais listados neste artigo, a escolha do tema pelo direito à saúde deu-se pelo fato deste direito está sendo vilipendiado de uma forma vergonhosa pelos diversos setores governamentais, sendo uma obrigação do Estado garantir este direito.

Conforme Humenhukde (2004), a saúde é uma condição essencial à dignidade da pessoa humana, cabendo assim ao Estado, por meio de políticas públicas e de seus órgãos, assegurá-la como direito de todos os cidadãos. Humenhuk (2004) ressalta ainda que o direito à saúde se

consubstancia em um direito subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia.

Assim, a relevância social e jurídica deste estudo é contribuir de forma efetiva com a sociedade, apontando os motivos pelos quais a saúde é negligenciada pelo Estado e buscando os meios de reverter ou minimizar os efeitos da falta de políticas públicas voltadas para a área de saúde.

É objetivo geral desse estudo: Estudar os entendimentos jurisprudenciais e constitucionais no que diz respeito à responsabilidade do Estado quanto à adoção das medidas necessárias para a manutenção da Saúde Pública. São objetivos específicos: 1) Apresentar um breve histórico sobre os problemas na Área de Saúde Pública no Brasil; 2) Descrever os direitos do cidadão com relação à saúde com base no que estabelece a Constituição; 3) Relacionar as decisões judiciais que garantiram o atendimento médico ao cidadão brasileiro quando o Judiciário foi acionado e; 4) Demonstrar a falta de interesse político e a má gestão do dinheiro público que se bem aplicado poderia trazer grandes benefícios à Área de Saúde Pública.

Com esses objetivos almeja-se responder as seguintes problemáticas: Quais os fatores que interferem na qualidade da Saúde Pública prevista na Constituição Federal de 1988? Por que não há investimentos efetivos nesta área? Como fazer que os diversos Órgãos Governamentais cumpram os dispositivos legais no que tange às Políticas Públicas voltadas para a Área de Saúde?

Para a elaboração e desenvolvimento do presente trabalho, a metodologia a ser aplicada será a revisão de literatura, portanto será realizada uma pesquisa bibliográfica que tem como fontes principais, artigos da internet, livros, monografias, teses, Constituição Federal de 1988, demais legislação e jurisprudência. Os dados encontrados serão interpretados pelo método qualitativo.

Em relação à estrutura o trabalho, inicia-se com a introdução apresentando a contextualização do tema, a justificativa, os objetivos pretendidos e a problemática da pesquisa.

O capítulo 1 versará sobre os Direitos fundamentais / Direitos sociais - RFB de 1988. No capítulo 2 será apresentada uma análise sobre o Sistema Único de Saúde - SUS, enquanto que no capítulo 3 serão tratados os problemas de judicialização da saúde pública no Brasil.

Por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas e as referências utilizadas.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITOS SOCIAIS - CRFB DE 1988

2.1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Antes de conceituar a saúde para fins do presente trabalho, é necessário inseri-la no contexto de direito fundamental. Os direitos fundamentais consolidaram-se como normas obrigatórias após um processo de amadurecimento histórico, que se iniciou com o acolhimento de uma ideia de dignidade única do homem com o cristianismo. O ensinamento cristão de que o homem é criado a imagem e semelhança de Deus, e que Ele assumiu a condição humana para redimi-la imprimiram alto valor intrínseco à natureza humana, o que veio a nortear a elaboração do próprio direito positivo (BERCOVICI, 1999). “Nos séculos XVII e XVIII sobrevieram as teorias contratualistas de que determinados direitos preexistem ao próprio Estado emprestando-lhe legitimidade ao passo em que o Estado serve aos cidadãos”. (MENDES, 2013, p. 136). Tais conceitos influenciaram sobremaneira a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, e a Declaração francesa de 1789.

Norberto Bobbio (*apud* MENDES, 2013, p. 136) acrescenta que os direitos do homem ganharam destaque quando se deu a primazia aos indivíduos na sua relação com o Estado, criando para este último um conjunto obrigacional inicial até então inexistente em tal relação. Trata-se do momento fulcral quando se considera a existência de direitos individuais frente à coletividade representada pelo Estado.

Entretanto, considerar os direitos fundamentais como garantia de uma prestação positiva por parte do Estado no exercício das liberdades individuais requer um arcabouço doutrinário mais complexo e profundo, pois implica, em última análise, numa série de impactos orçamentários realizados pelo Legislativo *a priori*, o que influencia diretamente as políticas públicas de competência do Executivo originariamente. Vê-se que a questão demanda desenvolvimento conceitual importante, o que foi abordado por Walter Krebs(2012), quando afirma que não se trata apenas de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado. O sistema constitucional alemão até admite certa controvérsia sobre o caráter social dos direitos fundamentais, porém, nosso sistema constitucional entendeu por bem vincular ao Poder Público, haja vista a eficácia vinculante que se depreende da garantia constitucional-processual do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Faz-se necessário compreender em que medidas tais ações podem se vincular juridicamente, ou seja, em que medida um problema de acesso ao direito de

prestação objetiva pelo Estado relacionado à saúde deixa-se vincular juridicamente, a despeito ser a saúde um direito prestacional e não de defesa (CAVALCANTE, 2008).

Considerar um conceito de saúde que embasa o presente trabalho científico é tarefa de suma relevância quando se trabalha com o tema. Muito já se pensou e escreveu sobre o mesmo ao longo da história da humanidade. Desde Hipócrates (1950), filósofo grego que viveu no século IV a.C., a saúde foi tema do pensamento, tendo ele referido a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde. Ainda foi mais longe ao afirmar que o médico não poderia tratar de doenças de determinada localidade se não tivesse compreendido a influência que tal localidade tinha sobre tais enfermidades.

Paracelsus (1941), médico e alquimista suíço/alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, descreveu como o mundo exterior se torna para a compreensão do organismo humano. Por ter trabalhado anteriormente como mineiro, pôde mostrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho. Engels (1986), filósofo alemão do século XIX, ao se debruçar sobre as condições de trabalho na Inglaterra, no início da Revolução Industrial, concluiu que o ambiente de trabalho, a vida que os habitantes de determinada cidade levavam e a própria cidade em si eram determinantes para a qualidade da saúde de seus habitantes e trabalhadores.

Outra vertente representada por Pasteur e Koch (1912) enxergava o corpo humano como uma máquina, ajudou a sedimentar o conceito de saúde como ausência de doenças. No entanto, desenvolver um conceito jurídico de saúde consiste em desafio ainda maior. Portanto, impõe-se o uso inicial do conceito de saúde constante no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde - OMS:

Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança;

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

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

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

Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum.

O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.

A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde.

Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos.

Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas. (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS/WHO – 1946)

Percebe-se desde a primeira leitura do dispositivo acima transcrito a importância que a OMS dá a saúde não somente como conceito ontológico, mas mesmo como conceituação programática e teleológica, reconhecendo a saúde como essencial para a consecução da paz e da segurança. Interessante notar ainda, que no conceito da OMS, a saúde depende da mais estreita cooperação entre os indivíduos e os Estados, sendo estes últimos os Estados Nacionais. Tal cooperação diz muito sobre os desafios diários que a sociedade brasileira enfrenta quando lida com a garantia efetiva do direito à saúde aos seus cidadãos (CAVALCANTE, 2008). A CRFB/88 foi o primeiro texto constitucional brasileiro a formar o direito constitucional à saúde. O artigo 196 assim diz:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, CF/88)

Há que se considerar seis elementos distintos que o artigo acima implica. São eles: a) o caráter universal do direito; b) o dever do Estado; c) a garantia mediante “políticas sociais e econômicas”; d) que “visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Ainda o acesso universal e igualitário e as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação.

2.2 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O termo “direito constitucional” em si mesmo já carrega uma vasta gama de significações e complexidades, verificáveis da simples análise semântica do mesmo. Dualmente se refere ao seu objeto de estudo como ciência humana, a ciência do direito, e ao sistema de normas reguladoras do comportamento humano em sociedade em nível constitucional. Comumente se emprega o termo direito constitucional como sendo sinônimo de justiça moral, outras vezes carregada de sentido subjetivo como nos mostra Reale (*apud* SILVA, 2012, p. 12): “regra de direito vista por dentro, como ação regulada”. Kelsen (*apud* SILVA, 2012, p. 12), conclui que o significado da palavra direito (em alemão, *recht*) é o mesmo para várias culturas civilizadas, ou seja, “ordens de conduta humana”.

Todavia, na reivindicação do direito constitucional à saúde, o termo é empregado em seu sentido subjetivo. Porém, aplicado como limitação à conduta nociva para a vida social, o direito à saúde pode e deve ser interpretado como fundamento de uma vida em sociedade que leve em conta o direito coletivo de não ser contaminado, ou exposto à agente nocivo à saúde. Tal implicação coloca o interesse público acima do individual. Isso explica a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho, consequências naturais do ramo do direito que tutela os interesses difusos e coletivos. A saúde enquanto direito subjetivamente analisado depende do grau de desenvolvimento do Estado, sendo que os Estados mais desenvolvidos social e economicamente possibilitam aos seus cidadãos maior liberdade para a persecução de um completo bem-estar físico mental e social, mormente quando os indivíduos adoeceem oportunidade na qual o Estado pode participar do estabelecimento do tratamento (CAVALCANTE, 2008).

Socialmente falando, o direito à saúde pode ser visto como um dos desdobramentos do direito à igualdade, de viés iluminista. Sendo assim, para preservar a higidez de todo o tecido social se faz necessário que todos se abstenham de impedir ou dificultar que outrem possa procurar seu bem-estar, ou sequer induzi-lo a adoecer. Consequentemente, a garantia da oferta de cuidados de saúde do mesmo nível para todos que dele necessitarem pode ser entendida como uma manifestação do princípio maior da igualdade que permeia nossa sociedade. No entanto, o reconhecimento legal do direito ao desenvolvimento do Estado é fator limitador, pois apenas aqueles Estados que o assim tiver reconhecido poderão garantir medidas de proteção, cuidados e recuperação da saúde similar para todos os indivíduos de sua população (CAVALCANTE, 2008).

Ao apoderar-se da liberdade e da igualdade, o direito à saúde encontra-se num constante desequilíbrio entre estes valores. Tal fato é gerador de tensão, pois os aludidos princípios ora completam-se, ora limitam-se. Durante os vários momentos da História da Humanidade, podemos perceber um constante movimento pendular, que em momentos privilegia a liberdade, e por vezes o faz em favor da igualdade. Observando tal dialética assim afirmou Tocqueville (*apud* SILVA, 2017): “As nações de hoje em dia não poderiam impedir que as condições fossem iguais em seu seio, mas depende delas que a igualdade as conduza à servidão ou à liberdade, às luzes ou à barbárie, à prosperidade ou às misérias.” O direito à saúde está inserido neste processo dialético, assim como outros “direitos”, sendo imperioso perceber que a participação dos indivíduos organizados ou não é fundamental neste constante processo evolutivo.

“A Carta Magna de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde, pois textos constitucionais anteriores como a Constituição de 1824, apenas se referiam à garantia de “socorros públicos”, conforme artigo 179, XXXI” (MENDES, 2013, p. 622). Portanto, as demandas que tem por objetivo a efetivação do direito constitucional de prestação positiva à saúde por parte do Estado devem partir da análise de nosso texto constitucional e suas particularidades. Em seu artigo 196 a CRFB/88 prevê o direito à saúde como sendo direito de todos, dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, sendo regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, CF/88)

Percebe-se que a nossa constituição acolheu os princípios anteriormente cotejados, como os da igualdade, liberdade, e segurança coletiva social, ao assegurar a participação do Estado nesta dinâmica coletiva. O texto constitucional estabeleceu o modelo básico organizacional e procedimental para o direito básico à saúde: O Sistema Único de Saúde, o SUS. Nos termos da Constituição as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único, descentralizado, com direção em cada esfera governamental, voltada ao atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurada ainda a participação comunitária (art. 198). Dentre as atribuições do SUS, previstas em seu artigo 200, estão:

- 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 e a inovação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015);
 - 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.
- (BRASIL, CF/88)

Nota-se de tal modo que o constituinte definiu de forma ampla as atribuições do sistema, que estão mais pormenorizadas no plano infraconstitucional nas Leis Federais n. 8.142/90 e

8.080/90. Tradicionalmente a Lei n. 6.229/75 que estabelecia o Sistema Nacional de Saúde, pode ser vista como a precursora evolutiva do SUS, porém, ao estabelecer uma rede regionalizada e hierarquizada, seguindo critério de subsidiariedade, a lei atual rompeu com a prática até então existente. Pelo caráter regionalizado do SUS, a partição de competências entre os entes federativos se dá pelo que manda o artigo 23, II, da Constituição, que prevê que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade. Para os Municípios em especial a questão passa a ter contornos vitais, pois o financiamento é condição fundamental para a concretização efetiva do direito à saúde. No plano infraconstitucional a Lei Orgânica da Saúde (LOS), Lei nº 8.080/90, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Vigorando em todo o território nacional, para qualquer ação ou serviço de saúde realizado por pessoas ou empresas (CAVALCANTE, 2008).

2.3 O DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO

A questão da escassez de dinheiro na saúde municipal não é novidade, ao contrário hoje em dia a mídia e as demais fontes de informação propagam a precariedade da situação vivida pelos municípios, e por conseguinte, relatam sobre a ineficácia do Estado em prover a saúde dentro dos princípios estabelecidos pelo SUS que apregoam a universalidade, a integralidade, a regionalização e a hierarquização (CAVALCANTE, 2008).

A mídia expõe a atual ausência de recursos humanos, técnicos e financeiros que o SUS, em sua vertente municipal convive e, salienta ainda, que sendo o município onde o povo efetivamente é atendido, ou seja, a porta de entrada do SUS, o sofrimento da população para acessar os benefícios desta política pública (FERNANDES, 2011). Não é demais relembramos que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 6º, 196, 197 e 198 de forma clara e específica estabelece os princípios que devem reger a política pública da saúde no Brasil, ao passo que determina a regulação deste pacto que atinge a todos os entes federados (CAVALCANTE, 2008).

A regulação ocorreu através das leis nº 8.080, de 1990 e da Lei 8.142 de 1990, sendo que tais diplomas legais buscam de forma clara atribuir competências, obrigações e deveres, além de direitos não somente do cidadão como dos entes federados, estabelecendo ainda a forma como deve ocorrer a relação entre todos participantes da política pública em questão. Nesta pactuação representada pelo ordenamento jurídico citado, entendeu-se ainda por

conceder poder normativo regulamentador ao Ministério da Saúde, onde efetivamente ocorre a regulação através de resoluções, portarias e outros instrumentos reguladores (CAVALCANTE, 2008).

Evidente que no pacto federativo entres os entes federados, especialmente na questão saúde, entendeu-se que no país deveria existir um Sistema Único de Saúde (SUS), com uma hierarquização e regionalização, deixando, portanto, algumas regulações abertas, tal situação tem possibilitado que a União e o estado repassem parte considerável das obrigações ao município, basicamente pelo fato dos cidadãos residirem no município e, portanto, ter no mesmo a porta de entrada do SUS (FERNANDES, 2011).

2.4 A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM ADOTAR POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA EFICAZES À LUZ DOS DISPOSITIVOS LEGAIS

As Constituições brasileiras do passado não trataram o tema ora em estudo como a CRFB/88 o faz, já que apresentavam normas geralmente com o intuito de fixação de competências legislativas e administrativas. A Constituição de 1824 em seu artigo 179, XXXI, a título ilustrativo, de modo esparso falava em “socorros públicos”.

Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, consagrando tal direito como fundamental, demonstrando que nossa Carta Magna é um documento de seu tempo ao apresentar sintonia com as principais declarações internacionais de direitos humanos. Importa ressaltar o contexto internacional no qual o direito à saúde foi elevado à categoria constitucional, sendo fruto direto do drama humanitário experimentado no período de guerra, e no período histórico imediatamente subsequente. Nesse contexto declarações internacionais foram fundamentais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. Isso porque após a Segunda Guerra Mundial, houve grande abalo com as atrocidades perpetradas no conflito e a sociedade internacional passou a questionar as condições humanas e a necessidade de se garantir efetivamente a concretude dos direitos humanos (FERNANDES, 2011).

Porém, reportamos a origem histórica do crescimento dos direitos sociais na crise da tradição do Estado Liberal e na consagração do paradigma do Estado Social de Direito. Com o rompimento dos padrões formalistas de igualdade e de liberdade do paradigma anterior, que se traduziam em prestações negativas por parte do Estado que não deveria interferir na vida do cidadão, as sociedades organizadas e seus respectivos Estados nacionais vão à busca de mecanismos mais concretos de redução das

desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade. (FERNANDES, 2011, p. 461)

A Constituição do México de 1917 e de Weimar (Alemanha) de 1919 são os primeiros exemplos deste movimento. Em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, “fonte mais importante das modernas constituições” segundo Silva (2017), estabeleceu-se um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde. *In verbis*:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si 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, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

A partir desses documentos declaratórios de direitos humanos, os Estados nacionais abandonaram a percepção abstencionista para adotar uma postura intervencionista, gerando condições concretas de implementação de programas públicos, incluídos aí os programas de saúde.

No Brasil, a influência dessas declarações de direitos concretizou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto apresenta diversos dispositivos que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social (CAVALCANTE, 2008).

O art. 6º informa que a saúde é um direito social. No artigo 7º há dois incisos tratando da saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deva ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, entre outras, e o XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. De acordo com o art. 23, inc. II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde. Pelo artigo 24, inc. XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ressalte-se que os Municípios, por força do art. 30, inc. I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada. O art. 30, inc. VII confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (FERNANDES, 2011).

Com a Emenda Constitucional 29, de 13/9/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inc. VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e

serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional, modificando o inc. III do art. 35 previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não aplicação do mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Ressalvou-se, ainda, por força da EC 29/00, que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV) (CAVALCANTE, 2008).

3 O SUS

3.1 TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS INTERGOVERNAMENTAIS DE RECURSOS FINANCEIROS - LEI 8.142/90

Constituem o Sistema Único de Saúde (SUS) as ações e os serviços de saúde de instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e Fundações mantidas pelo Poder Público, artigo 4º da Lei 8.080/90.

Seus objetivos são:

a) identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; b) formulação de política de saúde destinada a promover, no campo econômico e social, o dever do Estado de garantir a saúde; c) assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas, artigo 5º da referida lei. (BRASIL, Lei 8.080/90)

Em seu artigo 6º, a LOS ainda define os campos de atuação do SUS:

a execução de ações de vigilância sanitária, epidemiológica, farmacêutica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; a organização de políticas e ações de saneamento básico; sangue e hemoderivados; recursos humanos na saúde; vigilância nutricional; proteção ao meio ambiente; de medicamentos e insumos de interesse; de fiscalização (alimentos, produtos, transporte, guarda); desenvolvimento científico e tecnológico. (BRASIL, Lei 8.080/90)

Os serviços de saúde serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em nível de complexidade crescente, art. 8º da Lei 8.080/90. No mesmo artigo ainda se lê que houve a previsão da participação da iniciativa privada mediante participação complementar, obedecendo a organização e disciplina do sistema em sua totalidade (FERNANDES, 2011). E sua direção, conforme o inciso I do art. 198 da Constituição Federal e artigo 9º da LOS é única, exercida no âmbito da União pelo Ministério da Saúde e no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. Os Municípios podem constituir consórcios para desenvolver serviços de saúde (CAVALCANTE, 2008).

Aqui importa citar Gilmar Mendes, quando discorre sobre o federalismo cooperativo. A CRFB/88 adotou o federalismo cooperativo, inspirada pelos objetivos de bem-estar social, devendo buscar a isonomia material, atuando conjuntamente no sentido de erradicar as grandes diferenças sociais e econômicas. Destaca-se a distribuição de receitas pelo produto arrecadado e a aumentada participação de Estados e Municípios na renda tributária. Houve a previsão da

criação de fundos públicos, e a elevação do planejamento à categoria constitucional favorecendo a execução de políticas públicas de longo prazo - artigo 23 da Carta Magna, parágrafo único:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (BRASIL, CF/88)

Balizado no federalismo cooperativo, o SUS está estruturado com caráter interestatal, manifestando-se na criação das instâncias permanentes de pactuação, como as Comissões Inter gestoras Tripartite (em âmbito nacional) e Bipartite (em âmbito estadual). Ainda houve a criação de mecanismos solidários de resolução de problemas comuns, como os Consórcios Municipais de Saúde. A Portaria GM/MS n. 399/2006, segue no sentido de operacionalização do sistema promovendo inovações nos processos e instrumentos de gestão e integrando todas as esferas do SUS. Ocorre a adesão dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União ao Termo de Compromisso de Gestão, instrumento que estabelece metas e compromissos.

“Entretanto, do ponto de vista do financiamento do SUS, um modelo mais efetivo será alcançado somente quando houver uma distribuição mais equânime das receitas tributárias entre os entes federados” (MENDES, 2013, p. 627-628).

Preliminarmente pode-se vislumbrar, que em sua grande maioria, os conflitos e tensões existentes entre os entes federativos, usuários do SUS e os representantes do Ministério Público, Poder Judiciário e os representantes da Defensoria Pública se concentram no financiamento do SUS e em última análise no desenvolvimento de mecanismos mais sofisticados e harmônicos de cooperação entre estes atores sociais.

Ainda seguindo o que diz a LOS, há a previsão da criação de comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil, art. 12, *caput*. Essas comissões articulam as seguintes políticas e programas: “alimentação e nutrição; saneamento e meio ambiente; vigilância sanitária e farmacoepidemiologia; recursos humanos; ciência e tecnologia; e saúde do trabalhador, artigo 13 da LOS” (CAVALCANTE, 2008, p. 30).

Sancionada pelo Presidente da República, Sr. Fernando Collor, e decretada pelo Congresso Nacional, foi publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 1990 a Lei nº 8.142. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

O SUS conta com a participação do Conselho de Saúde e da Conferência da Saúde, sem prejuízo ao Poder Legislativo.

O Conselho de Saúde em caráter permanente e deliberativo, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. É importante lembrar que a participação dos usuários no Conselho de saúde e na Conferência de saúde será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos artigo 1º, inciso I, § 4º da Lei nº 8.142/90. Isso quer dizer na prática que a participação dos usuários será de 50% do total dos participantes e os outros 50% serão divididos entre os outros atores legalmente previstos a participar. Evidencia-se deste modo a importância do controle popular no funcionamento e fiscalização do sistema. (FERNANDES, 2011, p. 52)

Reside neste ponto o centro da maioria dos conflitos existentes entre os entes federativos, usuários e o Poder Judiciário. A efetivação da aplicação dos recursos de financiamento do SUS que vem sendo desrespeitada no cotidiano da convivência entre os atores detentores dos recursos públicos e aqueles que prestam os serviços (CAVALCANTE, 2008). Municípios reclamam da não transferência de recursos públicos por parte dos Estados Federados, que por sua vez apontam a falta de aporte de recursos financeiros por parte da União, que em alguns casos e em programas específicos do Ministério da Saúde (MS) realizam transferências “Fundo a Fundo” para Municípios que aderirem aos programas propostos pela União, como por exemplo, o PMAQ - Programa de Melhoria do Acesso e Qualidade na Atenção Básica. Nota-se que se impõe uma convivência mais focada no cooperativismo federativo, como cunhado por Gilmar Mendes, acima citado, como forma mais eficiente de prestar serviços, economizar recursos, e conseguir alcançar os objetivos propostos pelo constituinte originário (FERNANDES, 2011).

Necessário mencionar a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 95, fruto da tramitação do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 55 no Congresso Nacional, o que ocorreu no fim do ano de 2016. Encaminhada pelo governo do Presidente Michel Temer, a PEC nº 55, limita os gastos públicos pelo período de vinte anos. Com o intuito de equilibrar as contas públicas, e as despesas crescentes no Orçamento Público, o referido projeto de emenda à Constituição foi alvo de muita polêmica e deliberação. Entretanto, no dia 15 de dezembro de 2016 o Congresso Nacional promulgou a EC nº 95, que havia sido aprovada pelos senadores da República havia dois dias, nos termos do § 3º do artigo 60 da CRFB/1988 (CONTI, 2014).

O texto da EC nº 95 alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para instituir um novo Regime Fiscal, acrescentando os artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, e 114. Houve a instituição de um novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos

Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, art. 106 do novo ADCT. Entretanto, no artigo 107 é que se estabelecem os limites individualizados para as despesas primárias do Poder Executivo (art. 107, I); do STF, STJ, CNJ, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário (art. 107, II). O Senado Federal, a Câmara dos Deputados, o Tribunal de Contas da União (art. 107, III), o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União (art. 107, IV), igualmente serão atingidos pelo novo regramento limitador (CAVALCANTE, 2008).

O dispositivo fulcral é o inciso I do § 1º do artigo 107. Segundo o referido dispositivo, cada um dos limites a que se refere o *caput* do artigo 107, equivalerá à despesa primária paga no exercício de 2016 corrigida de 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, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrando em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. (BRASIL, CF/88)

Na análise isenta da nova legislação, impende registrar que o artigo 108 dá a faculdade ao Presidente da República, a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal, de propor projeto de lei complementar para a alteração do método de correção dos limites delineados no acima transcrito inciso II do § 1º do artigo 107 do ADCT. Porém, cabe notar que a alteração de ponto tão crucial no Regime Fiscal, fruto de exercício político qualificado do Congresso Nacional nos moldes do § 3º do artigo 60 da CRFB/1988, poderá se dar através de simples projeto de lei complementar, assim que se completar uma década de vigor do novo Regime Fiscal implementado pela EC nº 95. Note-se que há visível diferença na tramitação de uma EC e de um projeto de lei, sendo este último mais fácil e rápido de ser aprovado pelo Congresso Nacional (CONTI, 2014).

Não se tratam apenas de alterações fiscais com consequências indiretas e de difícil percepção por parte da população brasileira. Como reconhecido na própria EC nº 95 em seu artigo 110, tais alterações de Regime Fiscal têm impacto em áreas prioritárias como a educação e a saúde. No particular, o artigo 110 do novo ADCT, diz que no exercício de 2017 as aplicações mínimas serão calculadas nos termos do inciso I do § 2º do artigo 198 e do *caput* do artigo 212 da CRFB/1988 (art. 110, I) e nos exercícios posteriores aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma do inciso II do § 1º do art. 107 do ADCT, já citado anteriormente. Isto equivale a dizer que os gastos sanitários

no caso da União não podem ser inferiores a 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro (art. 198, § 2º, I, da CRFB/1988); e os educacionais à 18% (União) e 25% (Estados, Distrito Federal e Municípios), segundo o artigo 212 da nossa Carta Magna (CAVALCANTE, 2008).

Não obstante, o novo ADCT (artigo 114) promove a suspensão por até vinte dias da tramitação das proposições elencadas no artigo 59, *caput*, da CRFB/1988 (excetuadas as medidas provisórias, inciso V, do art.59) quando as mesmas implicarem em aumento de despesas ou renúncia de receita, exigindo para tal o requerimento de apenas um quinto dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal. Isto cria barreiras fáceis de serem erigidas quando houver a mera proposta orçamentária que implique em aumento de despesas, notavelmente excetuadas as medidas provisórias, algo de extrema conveniência para o Executivo (CONTI, 2014).

Latu sensu, o que se depreende da EC nº 95 pode ser qualificado como um engessamento das despesas com a nobre intenção de preservar o Orçamento Público. Paradoxalmente, tal se configura na antítese das tão conhecidas vinculações orçamentárias. Ou seja, seria a EC nº 95 uma vinculação às avessas, ou vinculação de despesas e não de receitas, como originalmente previsto no texto constitucional. Portanto, assim como as vinculações de receitas orçamentárias já atacadas pela EC de Revisão 1, de 1994, que instituiu os artigos 71 a 73 do ADCT, sendo precursora da EC nº 27 que instituiu a Desvinculação de Receitas da União, a presente vinculação de despesas orçamentárias (EC nº95) deverá em futuro breve ser modificada por outra peça legislativa que cumpra tal intento (CAVALCANTE, 2008).

Nota-se que a dinâmica existente entre o Executivo (que quer maior discricionariedade) e o Legislativo que quer dar menor discricionariedade ao Executivo é estéril e não produz os resultados qualitativos que o país quer e necessita, se configurando numa disputa de poder na arena do Orçamento Público. (CONTI, 2014). Ainda segundo Conti (2014), as vinculações são apenas instrumentos que podem ser úteis para nos proteger de maus governantes, entretanto podem prejudicar os bons governantes tirando-lhes a discricionariedade para usar o dinheiro público da forma que pode se mostrar mais adequada ao interesse coletivo.

Criações legislativas nem sempre se transformam em melhoria dos gastos públicos, haja vista o exemplo citado por Conti:

Veja-se por exemplo, uma criação de contribuição com recursos vinculados à área da saúde, como ocorreu por certo período com a CPMF. Criar um tributo novo, com recursos destinados à saúde, importa em significativo aumento da destinação de recursos para a saúde, não é mesmo? Não necessariamente. Os recursos até então destinados à saúde não eram em boa parte ‘vinculados’, de modo que, em tese, nada

impede de, havendo recursos agora exclusivos para a área da saúde, os que anteriormente alocados deixem de sê-lo, voltem-se para despesa sem outras áreas, ficando a saúde agora financiada pelos recursos vinculados da referida contribuição. A ‘vinculação’ criada foi importante instrumento para assegurar arrecadação de dinheiro para a saúde, mas efetivamente pode não representar acréscimo de um único centavo ao setor. (CONTI, 2014)

Inversamente, a mesma lógica deve ser aplicada quando da análise de um congelamento de gastos de cunho protetor para o Orçamento Público. Importa citar Mendes (2013) quando discorre sobre as chamadas cláusulas pétreas implícitas, ou seja, dispositivos constitucionais que embora não estejam elencados no artigo 60, §4º da Carta da República, não devem ser modificados, sob pena de se descaracterizar a Constituição:

O que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo. Recorde-se sempre que o poder de reformar a Constituição não equivale ao poder de dar ao País uma Constituição diferente, na sua essência, daquela que deveria revigorar por meio da reforma. (MENDES, 2013, p.133)

Com a EC nº 95, na prática, houve um congelamento dos gastos públicos em saúde o que não está de acordo com a vontade do legislador original.

3.2 REGULAMENTAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO SUS – LEI 8.080/90

A regulação do SUS ocorreu através das leis nº 8.080, de 1990 e da Lei 8.142 de 1990, sendo que tais diplomas legais buscam de forma clara atribuir competências, obrigações e deveres, além de direitos não somente do cidadão como dos entes federados, estabelecendo ainda a forma como deve ocorrer a relação entre todos participantes da política pública em questão (CAVALCANTE, 2008).

Nesta pactuação representada pelo ordenamento jurídico citado, entendeu-se ainda por conceder poder normativo regulamentador ao Ministério da Saúde, onde efetivamente ocorre a regulação através de resoluções, portarias e outros instrumentos reguladores. O modelo vigente é baseado na auditoria e no controle principalmente em relação aos prestadores privados que são contratados pelo sistema previdenciário. Na Constituição Federal de 1988 houve o estabelecimento do dever do Estado em assegurar o acesso à saúde respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, mas na prática não é isso que acontece. Assim, observamos hospitais lotados, falta de medicamentos, falta de médicos, salários baixos, instalações inadequadas (BATTOCCHIO, 2017).

O SUS através da Constituição Federal de 1988 (CF/88) lançou seus “princípios finalísticos”, que se referem à natureza do sistema que se pretende conformar, assim como os chamados “princípios estratégicos”, que estabelecem às diretrizes políticas, organizativas e operacionais, que apontam “como” deve vir a ser construído o “sistema” que se quer conformar, institucionalizar. Tais princípios são a Descentralização, a Regionalização, a Hierarquização e a Participação social (CAVALCANTE, 2008).

Nesse diapasão temos que lançar vistas ao artigo 196 da CF/88, que estabelece princípios finalísticos e diretrizes estratégicas do SUS, que dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, CF/88)

Evidente, portanto, que nos termos da norma acima posta, o Estado tem por obrigação atender ao ideal de universalização do acesso a população, assim como a integralidade das ações na esfera as Saúde desta mesma população. Para obter, contudo, a implementação de tal norma programática, ainda há se superar barreiras e resistências ainda existentes, sendo que para o atendimento do presente estudo, focaremos na questão econômica, mais precisamente no enfoque orçamentário e na execução dos gastos (CAVALCANTE, 2008).

O gasto e execução estão normalmente vinculados a disponibilização dos recursos financeiros capazes de fazer frente as despesas com infraestrutura do sistema, ou seja, Unidades Básica de Saúde (UBS), sendo que as mesmas devem estar equipadas e com insumos, além de pessoal capacitado e qualificado. Na mesma vertente se aponta para a integração das ações promocionais, preventivas e curativas em favor da população no mais complexo objetivo de se tutelar a vida com os mais modernos meios existentes na medicina moderna. Tal preceito atende inclusive ao norte previsto no princípio da equidade, onde às necessidades de se “tratar desigualmente os desiguais” possibilitando desta forma igualdade de oportunidades de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma dada sociedade, conforme Fleury (2009).

Não é demais voltar a salientar que a saúde vem inscrita no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988 como sendo um direito social que, nos termos do art. 196 da mesma Constituição, “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas econômicas e sociais” (art. 196, CF 1988).

Desta forma, o Colendo Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que:

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.** (grifo nosso) (BRASIL, STF, AI 550.530-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26 jun. 2012, Segunda Turma)

Declarando que a saúde, através do SUS é obrigação do Estado (*lato sensu*), assim como garantia fundamental do cidadão o STF se manifestou:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. 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 insequente. 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 insequente, 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. (BRASIL, STF, RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12 set. 2000, Segunda Turma) No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26 jun. 2012, Segunda Turma; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13 abr. 2011, Primeira Turma; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17 mar. 2010, Plenário. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3 ago. 2010, Segunda Turma. (PIERRO, 2017)

Tal referência nos remete ao SUS, recordando que o Sistema Único de Saúde – SUS foi organizado a partir da Lei Orgânica da Saúde – LOS, isto é a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabeleceu em seu art. 2º ser a saúde “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício”.

3.3 RELAÇÃO DO SUS COM O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

A Programação Anual de Saúde – PAS está embutida dentro da concepção do planejamento orçamentário por resultado ou desempenho, sendo que facilita ao gestor a manutenção das metas e aferição das mesmas, sendo importante ainda que esteja atrelada ao PPA do município. Conforme preconizado na legislação do SUS, cabe à sociedade, por meio dos Conselhos e Conferências de Saúde, co-participar na definição das diretrizes para o planejamento. O planejamento em saúde deve ser, ainda, integrado. Esta estratégia é extremamente importante quando se pensa no modelo de federalismo existente em nosso país. Há que se articularem os vários municípios que compõem uma região para que se obtenha uma escala adequada, sem prejudicar o acesso dos cidadãos (PIERRO, 2017).

Tal obrigação tornou-se impositiva com o advento da Lei Complementar 141 de 13 de janeiro de 2012 (LC 141/12) onde se reconheceu que no SUS, o planejamento é fundamental nas ações e serviços de saúde. Percebe-se, por meio das normas do SUS, que o planejamento constitui uma preocupação recorrente. A ideia não é nova, sendo que tais exigências já estavam dispostas na Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, quanto ao planejamento, porém agora com a LC 141/12 inovou-se com a imposição de sanções para quem não planejar e efetivar o plano de saúde (SARMENTO, 2010).

4 PRINCIPAIS PROBLEMAS / JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROBLEMAS E A JUDICIALIZAÇÃO

Toda a normativa legal deve ser observada, contudo, deverá ser igualmente interpretada objetivando a efetivação do benefício social em caso de necessidade de amparo. A judicialização da saúde dos indivíduos, que se avulta na nossa realidade atual, mesmo quando versam sobre casos singulares não foge do que se convencionou postular como de interesse público. Isto porque a urgência que se depreende de casos sanitários vitais para os envolvidos transpõe a célula individual e atinge a coletividade em seus valores maiores configurados em seus textos constitucionais, como o do Brasil, no qual o supremo interesse do Estado deve ser o de “garantir a vida”. Não o fazer seria retroceder aos valores há muito superados pelo Iluminismo, ferindo de morte uma sociedade democrática e pluralista.

Nossa Carta Magna contempla em seu artigo 198, inciso II o atendimento integral, priorizando ações preventivas, sem o prejuízo dos outros serviços de assistência, ditando que não se pode subdividir os trabalhos ou dar prioridades, devendo todos ser atendidos, cumprindo o objetivo sanitário e garantindo o princípio da isonomia.

Tal constitui forte preservação social e individual, que valida legalmente e hermeneuticamente a aplicação do direito constitucional à saúde até mesmo em ações individuais, hodiernamente rotineiras em nosso país, sem desconsiderar o princípio da isonomia, forte nas palavras de Bonavides ao definir Estado Democrático de Direito:

Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de cor; raça, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BONAVIDES, 2008, p. 112-113)

Tendo em mente que o Estado deve prover meios para a efetivação da saúde num cenário no qual as demandas superam em muito a capacidade resolutiva, se faz necessário apreciar as características individuais dos casos que se assomam no Judiciário considerando o princípio da proporcionalidade como régua balizadora, pois se trata de princípio geral de direito, como afirma o eminente Ministro Mendes (2013), ou aplicando a integridade do direito. (FERNANDES, 2011, p. 193-197)

Independentemente do método a ser utilizado, não devemos perder de vista os obstáculos e tortuosos caminhos que a efetivação do direito à saúde encontra, inicialmente na esfera administrativa (com os conflitos entre usuários e a administração sanitária), e posteriormente na esfera judicial, que apresenta um arcabouço processual (devido processo legal) e interpretativo (princípio da proporcionalidade, reserva do possível e mínimo existencial) tendentes à insensibilidade quanto a urgência das demandas, que quando sentenciadas ainda assim não se efetivam, mesmo com a previsão de multa diária determinada pela Justiça.

A teoria da integralidade do direito, mais afinada com o que atualmente se conceitua como giro hermenêutico pragmático, na qual afirma que a distinção entre regras e princípios se dá através de uma lógica argumentativa na qual a separação se dará de acordo com a argumentação e a apresentação das razões pelos envolvidos na discussão. Nesta perspectiva, somente pela análise das razões trazidas pelos participantes da discussão é que podemos compreender se a norma invocada funciona como um princípio ou como uma regra jurídica. Portanto, conflitos envolvendo princípios (frequentemente o que acontece na judicialização da saúde) seriam solucionados através de uma cuidadosa análise da leitura que a sociedade (e não exclusivamente o intérprete) faz de sua história jurídica. Em tal leitura, devemos construir um esquema coerente de princípios e de regras que estão inscritos na nossa prática social, o que Dworkin chama de “integridade” a concepção do direito que tenta agir assim. (FERNANDES, 2011, p. 195)

Portanto, para o autor, no diálogo processual, ao serem ouvidos todos os participantes diretos e os indiretos, ainda devem ser levadas em consideração as discussões anteriores sobre aqueles direitos envolvidos. Consequentemente, haveria uma concorrência entre os princípios para se averiguar qual deveria ser aplicado ao caso e não uma colisão de princípios como em Alexy (1997). Ainda, no sentido de elucidar melhor como se dá a aplicação do direito com base na teoria da integralidade de Dworkin (1999), devemos citar a metáfora do “romance em cadeia” na qual cada juiz deve assumir o papel de um autor de um capítulo de uma obra coletiva, na qual para ser coerente, deve se inteirar do que foi escrito anteriormente e procurar construir uma história que preserve a linha de raciocínio já estabelecida pelos romancistas anteriores. Da mesma forma aconteceria com o direito, na qual cada decisão judicial preenche um momento histórico institucional, tentando revelar a melhor leitura que a sociedade faz de suas próprias práticas sociais. Logo, o magistrado (ou conjunto de magistrados, no caso de Tribunais) não é figura criadora do direito, mas um participante argumentativo com o resto da sociedade, o que não se dá de forma matemática como com Alexy, que chega apenas a decisões discursivamente

aceitáveis, o que contrasta com a proposta de Dworkin ao vislumbrar a possibilidade de uma única resposta correta para um caso concreto. (FERNANDES, 2011, p. 197)

Apesar de ainda se utilizar de perspectiva Alexyana nas suas práxis de resolução de conflitos de princípios, o Ministro do STF Gilmar Mendes acaba por propor um diálogo coletivo à moda Dworkiana para a resolução de aparentes conflitos de princípios quando da judicialização de casos envolvendo a saúde de indivíduos. Ao reconhecer que a judicialização do direito à saúde deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais o eminente Ministro propõe uma instrução que envolva diretamente os interessados na resolução da lide e igualmente os indiretamente interessados, promovendo um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional e à preservação da isonomia e do atendimento dos titulares de direitos em iguais condições. (MENDES, 2013, p. 631)

Cita ainda que a ausência de articulação conjunta dos diversos interessados na obtenção da tutela na área da saúde se constitui num dos principais obstáculos ao aumento das demandas coletivas neste setor. Ocorre um planejamento de ações judiciais de curto prazo através de meios que parecem mais ágeis e fáceis desprezando o fato que o nível de informações nas ações coletivas é maior e mais complexo o que favorece a participação de atores mais especializada na matéria, possibilitando ao Poder Judiciário maior chance de agregar dados essenciais à solução da lide (ou aplicação integral do direito como diria Dworkin (1999).

Ainda faz referência à uma maior possibilidade de apreciação por parte do Judiciário dos impactos financeiros que as principais ações envolvendo causas de saúde podem acarretar no orçamento público, o que seria facilitado em ações coletivas em detrimento das ações individuais (maioria no atual cenário brasileiro).

Percebe-se que mesmo aplicando em seus julgados o princípio da proporcionalidade como referencial metodológico para a consecução de uma resposta discursivamente aceitável, o Ministro Mendes de nossa Suprema Corte, vislumbra para os casos envolvendo o direito à saúde, maior efetividade em se promover um diálogo no qual todos os destinatários da decisão possam tomar parte na condição de coautores construtivos da mesma, método mais afeito à aplicação da teoria da integralidade do direito de Dworkin.

Tal constatação vai de encontro à uma apreciação crítica à luz da teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas. O constitucionalista alemão utiliza como contra-argumento à Alexy em sua obra *Facticidade y Validez*, Habermas (*apud* FERNANDES, 2011, p. 198-199) que a decisão que se alcança por meio da “proporcionalidade” não está aberta a uma construção que deveria se dar por meio do diálogo, o que para o autor alemão, é peça

fundamental para que se possa atestar a legitimidade de uma decisão; e não a mera construção de um argumento que não é posto para o grifo de uma sociedade aberta, que no paradigma do Estado Democrático de Direito clama por condições sempre crescentes de participação e de inserção no processo de tomada de decisão estatal.

Afastando por ora a polêmica, noutra senda, o Direito Administrativo adotou o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade (note-se a equivalência de termos criticada nas linhas anteriores), mantendo o mesmo significado com sentido amplo, mas que repousa sobre a justiça equilibrada e razoável. Para Renato Battocchio:

Mais do que um princípio constitucional, o princípio da proporcionalidade, é uma forma de interpretação constitucional, um princípio apto a afastar a utilização de medidas arbitrárias, exorbitantes, restringindo a discricionariedade administrativa, a tutela jurisdicional, a atuação do poder de polícia, ou ainda, na esfera normativa do Estado, a atividade legislativa. Exige, por outro lado, uma conduta racional, ponderada e equilibrada. Mais do que razoabilidade, o princípio da proporcionalidade prioriza a realização dos valores e dos princípios constitucionais (BATOCCHIO, 2017, p. 92)

Hermeneuticamente devemos ser guiados pelo princípio da proporcionalidade ao conjugar os artigos 6º, 196 e seguintes de nossa Carta Magna, que exprimem os valores relativos ao direito constitucional à saúde. Tal proporcionalidade deve prevalecer até mesmo quando posta em tensão com o interesse público, pois, garante ao indivíduo, situação de igualdade social, quando o problema é emergencial, promovendo a efetivação administrativa em nome da vida, por meio do uso do bom senso.

Debruçando-se sobre o mesmo tema, Robert Alexy (1997), defende a liberdade que deve ser natural ao legislador democrático na seleção das áreas a serem privilegiadas na Lei Orçamentária, porém ressalta que o Poder Legislativo deve ser coerente em suas posições. Para tal propõe a utilização instrumental da proporcionalidade como critério avaliativo. Neste tópico, importante a decisão do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF-MC nº 45/DF. Em decisão monocrática o ministro entendeu inicialmente pela possibilidade de controle judicial das políticas públicas como medida necessária para a garantia de efetividade dos direitos sociais, em razão da omissão dos demais Poderes Constituídos. Na ementa:

ARGUIÇÃO 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 DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (BRASIL, STF, ADPF-MC n 45/DF)

Pela ementa supratranscrita percebe-se que o administrador das políticas públicas, no caso dos serviços de saúde em nosso ordenamento jurídico, não age com plena discricionariedade tendo em mente a existência de possibilidade de configuração de abusividade governamental. Nesta senda, o Judiciário ao impor a satisfação do direito à saúde em casos concretos, mesmo que seja em número significativo de hipóteses, está exercendo somente o controle judicial dos atos e omissões administrativas, dada a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF. É digno de nota ainda a hipótese da realização da chamada “diferença de classe”, que permite que o usuário do SUS pague uma diferença de valores e tenha uma prestação de serviços num padrão de qualidade diferenciado quando comparado ao padrão oferecido usualmente pelo SUS em sua rede pública de saúde. Assim decidiu o STF no RE 51.6671/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, *D Jede* 6-4-2010. (MENDES, 2013, p. 634-636)

Percebe-se que mesmo em situações complementares, como a descrita à título informativo logo acima, o Poder Judiciário está agindo dentro das balizas constitucionais de controle judicial dos atos e omissões administrativas, mesmo que tal controle implique em despesas orçamentárias não previstas na forma da lei. Aventa-se, no ponto, que o que ocorre no debate social da intervenção do Judiciário na saúde não está ligado a possível interferência de um Poder Constituído na esfera de ação de outro Poder Constituído, como destaca o Mendes (2013), e sim umbilicalmente ligado à questão mais pragmática: as consequências orçamentárias que as decisões de mérito do Poder Judiciário têm na administração dos entes federativos. Estudo realizado no Estado de São Paulo constatou que 77% dos remédios solicitados em um determinado período não integravam os programas de assistência farmacêutica do SUS. (BARATA&CHIEFFI *apud* MENDES, 2013, p. 631). Por certo que os medicamentos pretendidos e não fornecidos pelo SUS eram de alto custo econômico. Entretanto, o levantamento ainda tornou claro questão ainda mais perturbadora: em 74% dos casos analisados os dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares leva à conclusão de que as pessoas que procuraram o acesso a esses medicamentos via ações judiciais possuíam elevadas condições

socioeconômicas, o resulta em verdadeira assimetria sistemática. Tal quadro, se confirmado em estudos mais amplos e por períodos maiores, indica uma grande contradição ao projeto constitucional, quando da implementação de um sistema de assistência à saúde universal.

Para corroborar o quadro de tensão financeira que as decisões de mérito do Judiciário impõem aos entes federativos responsáveis pela administração do SUS, importa levar em conta estudo desenvolvido pela Universidade de Princeton, pelo professor João Biehl (2011), que indicou que alguns medicamentos no Brasil custam duas vezes mais caro do que na Suécia, chegando a ser treze vezes mais elevados que o índice mundial de preços. (BIEHL *apud* MENDES, 2013, p.631). Tais custos a serem cobertos pelos entes federativos, num quadro de não cooperação entre as diversas esferas estatais (União, Estados e Distrito Federal e Municípios) e ainda sem a previsão orçamentária são geradores de conflitos e tensões que se desenvolvem num plano individual através de milhares de ações no Judiciário, em detrimento de ações coletivas que poderiam desenvolver diálogo mais amplo e completo com efeitos *erga omnes* mais satisfatórios para o sistema como um todo.

Contudo, acertadamente, o Poder Judiciário reconhece que: a) tendo em vista a relação difícil entre as diferentes esferas governamentais as ações em saúde se respaldam numa tríplice responsabilidade, ou solidariedade cooperativa entre a União, os Estados e os Municípios-conforme as decisões RE 195.192-3/RS e RE- AGR. 255.627-1 (este último versando sobre tratamentos de alto custo para o Município); e b) tal relação conflituosa não se projeta na relação existente entre o usuário e o Estado (gênero).

Portanto, o princípio da reserva do possível tem sido utilizado instrumentalmente como forma de aplicação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, no entanto, no âmbito de milhares de ações individuais como forma de concretizar direito subjetivo.

4.2 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO

É indiscutível que o direito à saúde se relaciona indelevelmente com o direito à vida. Embora a CRFB/1988 preveja textualmente o direito à vida, artigo 5º, *caput*, sem fazer menção à saúde especificamente, é impossível conceber a vida sem saúde. Trata-se de pilar fundante da sociedade brasileira. Entretanto, muito se discute sobre a prestação positiva por parte do Estado ao referido direito à saúde. Alguns alegam questões de colisão de direitos fundamentais como fatores impeditivos para a prestação irrestrita, devendo ser sopesado instrumentalmente o princípio da proporcionalidade nas decisões judiciais quando da análise de casos concretos envolvendo o tema. Por vezes é colocado como embaraço à busca da efetivação do direito à

saúde, o fato de uma possível intervenção indevida no orçamento dos entes federativos por parte do Poder Judiciário quando este determina a realização de gastos não previstos nos orçamentos dos Municípios, Estados e da União. Estaria o Judiciário a prever despesas sem a devida previsão legal. Outro argumento trazido à baila por aqueles que defendem os entes federativos nestas questões, é a impossibilidade de dispensar o mesmo tratamento a todos que se encontram em igual situação do requerente, o que inviabilizaria o SUS. Fala-se em reserva do possível nesses casos.

Independentemente dos argumentos analisados nas inúmeras ações que tramitam no Judiciário brasileiro, fato é que a narrativa em construção está inserida num diálogo maior que a sociedade deve travar com os atores envolvidos na temática da saúde. E tal diálogo foi inaugurado pela CRFB/1988 com a autoridade típica que emana do documento.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico trouxe um referencial histórico com relação aos direitos fundamentais, com seus significados e implicações nos direitos sociais, como conceituação necessária para o desenvolvimento da compreensão do direito à saúde dentro de um contexto evolutivo e histórico. Colacionou a conceituação e garantia do direito à saúde desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, passando pelo que se deu em nosso país, com relação ao tema, durante os diversos momentos históricos nos quais nossas Constituições foram criadas. Analisou ainda a legislação infraconstitucional, assim como a doutrina e jurisprudência, o que garantem o direito à saúde como sendo direito fundamental a ser exercido pela população em todo o território nacional.

Buscou explorar a conceituação dos princípios jurídicos envolvidos com o direito à saúde, cotejando princípios como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, e princípios instrumentais como o da proporcionalidade e da reserva do possível, dentro de uma dialética que se desenvolve cotidianamente em nossos dias, com os argumentos e contra-argumentos utilizados na busca diária da solução dos vários problemas apresentados pela população brasileira na persecução de seu direito à saúde. Infere-se que no fulcro do debate está a falsa contraposição de uma lógica utilitarista e de princípios maiores como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. Falsa porque mesmo do ponto de vista meramente utilitarista a promoção e recuperação da saúde de vastas porções da população brasileira otimizaria a vida produtiva e econômica do país, o que traria impactos positivos à economia, derrubando a argumentação de que o Estado não deve dispendir vultosas quantias de recursos públicos na área pois isto colocaria em risco todo o sistema. Tal transforma o discurso de gastos em saúde para investimentos em saúde, pois os recursos investidos retornam na forma de geração de renda e empregos, com reflexos positivos para a coletividade.

O presente trabalho monográfico ainda esmiuçou a maneira como o Estado –figura genérica- resolve as principais demandas apresentadas pela população na busca de seu direito à saúde. Analisou como se dá a intervenção do Poder Judiciário nesta problemática social, e os meios processuais disponíveis aos jurisdicionados para efetivar suas demandas.

A questão da possibilidade da participação ativa do Poder Judiciário na solução das demandas a ele apresentadas foi tocada, sendo paradigmática a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF-MC 45/DF, o que pacificou a questão.

Neste momento do trabalho a pergunta inicialmente proposta foi satisfeita ao demonstrar que os principais meios processuais utilizados pela população brasileira na persecução da

efetividade de seu direito fundamental à saúde se traduzem nas Ações Cíveis Públicas e nos Mandados de Segurança (impetrados na maioria dos casos individualmente). As Ações Cíveis Públicas estão disciplinadas nos artigos 127 (direito individual indisponível) e 129 da CRFB/1988 e na Lei nº 7.347/1985. Normalmente desenvolvem-se no contexto da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde). Já o Mandado de Segurança está previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da CRFB/1988, e pela Lei nº 12.016/2009.

Com o desenvolvimento do trabalho monográfico restou perceptível que ambas as modalidades de ações se desenvolvem num contexto individual em detrimento das ações coletivas. As vantagens destas últimas residem no fato de poderem envolver um maior e mais representativo conjunto de atores sociais relevantes para as discussões sanitárias no âmbito judicial. Isto se traduz em decisões judiciais mais informadas, com efeitos *erga omnes* mais sólidos, permitindo a toda sociedade avançar com maior segurança no tema.

Vislumbra-se a necessidade de maior quantidade de estudos dos impactos econômicos das decisões judiciais nos Orçamentos Públicos dos entes federativos envolvidos na problemática da saúde no Brasil. E isto não se traduz somente em levantamento dos montantes dispendidos em medicamentos e ações terapêuticas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas igualmente no que os favorecidos pelas decisões judiciais puderam e podem contribuir economicamente à sociedade brasileira com seu retorno ao mercado de trabalho. Tal argumento passa ao largo nas discussões mais relevantes sobre a temática levantada no presente trabalho monográfico.

Entretanto, o que se coloca como de fundamental importância é o reconhecimento de que atualmente a saúde se traduz em direito fundamental indisponível, sendo amparada em princípios maiores do direito como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e o do direito à vida, que se incorporaram ao nosso patrimônio existencial, e que não podem ser atacados por argumentos de ordem utilitarista que reduzem o ser humano a cifras na letra fria de um orçamento.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **Doxa Publicaciones periódicas**, n. 5, p. 145-146, 1988.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Cetro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Cetro de Estudios Constitucionales, 1997.

BATTOCCHIO, Renato. **A ineficácia do direito fundamental à saúde**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9624>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 142, abr.-jun. 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império de Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 17 de outubro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 107, de 4 de abril de 2010.** Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Decreto n 3.961, de 10 de outubro de 2001.** Delega competência ao Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para a prática do ato que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3966.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Decreto n 62.150, de 19 de janeiro de 1968.** Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000.** Altera os artigos. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc31.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Lei n 1.533, de 31 de dezembro de 1951.** Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1533.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Lei n 4.348, de 26 de junho de 1964.** Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4348.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Lei n 5.021, de 09 de junho de 1966.** Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a

servidor público civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5021.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Lei n 6.229, de 17 de julho de 1975**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6229.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Lei n 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Lei n 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Lei n 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Lei n 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Portaria n. 399, de 22 de fevereiro de 2006**. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 - Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45**. Advogado-Geral da União, Presidente da República, Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, Gustavo Arthur Coelho Lobode Carvalho. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 82.424**. Relator Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 13 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial em Agravo Regimental n 255.627-1**. Município de Fortaleza, Hamlet Alves Araújo, Eduardo Henrique Sergio Cordeiro. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091091&base=basePresidencia>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n 195.192-3/RS**. Estado do Rio Grande do Sul, Rodrigo Skrsypcsak. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de fevereiro de

2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n 175**. TRF 5ª Região, Estado do Ceará. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 9. ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CONTI, José Maurício. Vinculações orçamentárias não são a panaceia dos problemas. In: **Consultor Jurídico**, 8 abr. 2014. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2014-abr-08/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-nao-sao-panaceia-problemas>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DALLARI, S. G. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n 2008.064014-5**. Relator Des. Cesar Abreu. Chapecó, 12 de março de 2009. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra/html.action?qID=AAAGxaAAIAAA07RAAB&qTodas=2008.0640145&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n 2005.011067706-7**. Relator Des. Flávio Rostirola. Brasília, 9 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/117739465/djdf-09-06-2016-pg-284>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo: Global, 1986.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FLEURY, S.; SPOSATI, A.; FALCÃO, M. C. **Os direitos (dos desassistidos) sociais**. São Paulo: Cortez, 2009.

HIPPOCRATES. **The medical works of Hippocrates**: a new translation from the original greek made especially for English readers by the collaboration of John Chadwick and W. N. Mann. Springfield, III. Thomas, p. 90-111, 1950.

KREBS, Walter. In: VON MUNCH/KUNIG. **Grundgesetz-Kommentar**. München: C.H. Beck: [s.d.]. Disponível em: <http://www.beck-shop.de/fachbuch/leseprobe/von-Muench-Grundgesetz-Kommentar-GG-9783406581625_Bd.2_0305201208360809_lp.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

KOCH, R. **Die Aetiologie und die Bekämpfung der Tuberkulose**. Leipzig: Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1912.

L'ABBATE. Educação em Saúde: uma nova abordagem. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, out.-dez. 1994.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho de. **O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46>. Acesso em: 13 set. 2018.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível**: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Disponível em: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OMS - Organização Mundial da Saúde. **Constituição da OMS**. 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: 10 set. 2018.

PARACELUSUS. On miner's sickness and other miner's diseases. In: PARACELUSUS. Four teratyses of Theuphrastus von Hohenheim called PARACELUSUS. **Johns Hopkins Press**, Baltimore, p. 43-126, 1941.

PASTEUR, L. **Etudes sur la bière**. Paris : Gauthier-Villars, 1876.

PIERRO, Bruno de. Demandas crescentes: parcerias entre instituições de pesquisa e a esfera pública procuram entender a judicialização da saúde e propor estratégias para lidar com o fenômeno. In: **Revista Pesquisa FAPESP**, ed. 252, fev. 2017. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2017/02/10/demandas-crescentes>>. Acesso em: 21 out. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCOTTI, Camila Koch; DIAS, Bruno Smolarek. **Aplicabilidade da reserva do possível**: como limite fático jurídico. Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos59.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

SÍCOLI; NASCIMENTO. Promoção em saúde: Concepções, princípios e operacionalização. Interface. **Comunicação, Saúde e Educação**, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia (Especialista em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

SOUTO. Comentários **Lei Orgânica da Saúde**. 3. ed. São Paulo: Unicamp, 2004.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A saúde totalitária**. Jornal Folha de São Paulo, 23 jan. 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; TIMM, Lucino Benetti (Org). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 513.556-5/0**. Relator Renato Nalini, 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+Mandado+de+Seguran%C3%A7a+Fornecimento+de+medicamento>>. Acesso em: 21 out. 2018.

SANTOS JÚNIOR, Paulo Iram Torão dos. **Direito à saúde: uma análise constitucional e a efetivação judicial diante da reserva do possível**. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia (Especialização em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1977.