

CURSO DE DIREITO

Caroline De Bona Pens

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A UTOPIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Santa Cruz do Sul
2015

Caroline De Bona Pens

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A UTOPIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso,
modalidade monografia, apresentado ao
Curso de Direito da Universidade de Santa
Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Prof.Ms. Cássio Alberto Arend
Orientador

Santa Cruz do Sul
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Caroline De Bona Pens adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof.Ms. Cássio Alberto Arend
Orientador

*À Deus, por me mostrar sempre o caminho do bem,
À minha família, pelo apoio e compreensão.*

[...] sede prudentes como a serpente e sem falsidade como as pombas.

(KANT, I.; A paz perpétua)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, o agradecimento deve se destinar a outra dimensão, pois foi Deus que me auxiliou e me manteve esperançosa.

Agradeço a minha mãe, Marizete pelo amor. Ao meu pai, Jardel, pelo conhecimento transmitido e o exemplo oriundo de uma vida humilde, de muito estudo e de conquistas. Ao meu irmão, Fabian, pela companhia. Ao meu namorado, Ricardo, por não medir esforços no tocante ao apoio nos meus estudos e por acreditar e me fazer acreditar na qualidade das minhas ideias. E aos demais familiares pelas palavras de conforto e o abraço generoso.

Agradeço às minhas amigas e colegas, aquelas minhas queridas amigas que acompanham minha trajetória há anos as quais devo muita cumplicidade e carinho, assim como as que conquistei na universidade que me proporcionaram um ombro amigo e conversas jurídicas, sejam elas a base de cafezinho ou de “azulzinha”.

À todos os meus supervisores de estágio e os demais colegas da Polícia Civil DEAM/DPCA, da Defensoria Pública e da Justiça Federal, pois me proporcionaram grandes oportunidades, possibilitando o meu crescimento profissional e pessoal e a interação entre pessoas.

Ao professor Renato Nunes pela destreza e carinho nos atendimentos realizados.

Agradeço também ao meu professor orientador, Cássio Alberto Arend, pela humildade, tranquilidade, desempenho e incentivo na conclusão do trabalho.

Por fim, ao professor indicado para esta banca, por aceitar a indicação e se disponibilizar e atentar para o presente trabalho, de maneira a somar os seus conhecimentos e ensinamentos ao estudo elaborado.

RESUMO

O presente trabalho monográfico, sob o método hermenêutico e pesquisa de campo, tem como primordial analisar o enorme número de demandas judiciais ingressadas perante o poder judiciário com o intuito de resguardar o direito à saúde do cidadão a fim de compelir o Estado a lhe fornecer os produtos e serviços pleiteados. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, é que os cidadãos brasileiros passaram a ser detentores de direitos no tocante à saúde, sobrevindo leis orgânicas a fim de organizar as políticas de saúde, como a lei 8080/90, 8142/90 e 7508/11, entre outras, momento em que foi criado o Sistema Único de Saúde. Considerando que o assunto tem relevância por estar sendo cada vez mais abordado nos tribunais brasileiros gerando um elevado número de processos judiciais, com as mesmas demandas, pretende-se analisar e expor os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, assim como a pesquisa de campo realizada a fim de aproximar o trabalho da realidade jurídica. Evidencia a postura dos juízes, desembargadores e ministros quanto ao tema, que é inequívoco em expressar o artigo 196 da Constituição Federal, estabelecendo o dever do Estado em amparar o cidadão que necessita de assistência à saúde. Resta claro, o custo elevado do Estado no tocante a falta de organização orçamentária e de políticas públicas eficazes, acabando por tornar mais burocrática a busca do cidadão pelo seu direito à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana, podendo tornar seu quadro irreversível ou de difícil reparação. Analisa-se ainda quais os argumentos estatais quanto ao pleito e reforça, de forma pragmática, através dos dados colhidos de processos que tramitam nas justiças federal e estadual, o resultado dessas demandas da saúde que, em suma, tem o entendimento claro do direito constitucional do cidadão e do dever obrigacional do Estado.

Palavras-chave: judicialização; saúde; direitos fundamentais; princípios; sistema único de saúde.

ABSTRACT

This monograph, under the hermeneutical method and field research, has as primordial to analyze the huge number of lawsuits entered in the judiciary in order to protect the right of citizens' health for the purpose of compelling the State to provide products and pleaded services. From the promulgation of the 1988 Constitution, the Brazilian citizens have become to be rights holders in relation to health, supervening organic laws to organize health policy, as the law 8080/90, 8142/90 and 7508/11, among others, at which the National Health System was created. Considering the relevance of the topic for being increasingly discussed in the Brazilian courts generating a large number of lawsuits, with the same demands, we intend to analyze and expose the doctrinal and jurisprudential positions, as well as the field research conducted in order to bring the work of the legal reality. This study evidences the position of the judges, associate judges and ministers on the subject, which is unequivocal in expressing the article 196 of the Federal Constitution, establishing the duty of the State to protect the citizens in need of health care. The high cost of the State regarding the lack of budget organization and effective public policies remains clear, ending up becoming the search of citizens for their right to health, life and human dignity more bureaucratic, what can make this framework irreversible or difficult to repair. This study also analyzes the State arguments about the plea and reinforces, pragmatically, through the collected process data that transact in the federal and state justices the result of these health demands, in sum, it has a clear understanding of the constitutional right of the citizens and the obligatory duty of the State.

Key-words: Judicialisation; health, fundamental rights; principles; National Health System

LISTA DE ABREVIATURAS

CIT	Comissão Intergestora Tripartite
CIB	Comissão Intergestora Bipartite
CIR	Comissão Intergestora Regional
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LOS	Leis Orgânicas da Saúde
PIB	Produto Interno Bruto
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREVISTO NA.....	12
	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
2.1	Classificação dos direitos fundamentais	17
2.2	Direitos fundamentais de forma pragmática.....	21
3	NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	26
3.1	Princípios e diretrizes que regem o Sistema Único de Saúde	28
3.1.1	Universalidade e Equidade.....	29
3.1.2	Integralidade.....	29
3.1.3	Descentralização	30
3.1.4	Regionalização e hierarquização do sistema	30
3.1.5	Participação e controle social.....	30
3.2	Aspectos da lei 8080/90	31
3.3	Comentários sobre a lei 8142/90	33
3.4	Relatos acerca da lei 7508/2011	34
4	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	35
4.1	Dos argumentos contestacionais utilizados pelos entes estatais.....	40
4.1.2	Da reserva do possível	41
4.1.3	Da ilegitimidade passiva do Estado.....	42
4.1.4	Da orientação genérica exarada pelo Departamento Médico Judicial.....	43
4.2	Da falta de solução da demanda, das políticas públicas e dos gastos.....	44
	insólitos.....	44
5	CONCLUSÃO	53
	REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito inovador, o qual surgiu com a Constituição Federal de 1988, inserido nos direitos fundamentais previstos na Constituição vigente no âmbito dos direitos sociais, onde há a previsão assecuratória do direito à saúde.

Essas previsões constitucionais se deram a partir da evolução histórica da mutação do homem e do meio em que se vive, em razão dos direitos humanos sob o aspecto dos direitos fundamentais.

A partir dessa evolução surgiram direitos se adequando a cada época e a cada necessidade, iniciando com os direitos de primeira geração, sobrevivendo os direitos de segunda geração, que são os direitos sociais os quais são objeto deste trabalho por enquadrar o direito à saúde, e os de terceira geração, sendo ainda que hoje já se fala e se estuda em uma quarta e quinta geração.

Neste sentido, em seu primeiro capítulo trabalho versa sobre os direitos fundamentais, desde sua existência quando não eram constitucionalizados, mas já eram respeitados. Ainda, foi realizada a análise desses direitos ao serem previstos constitucionalmente na atual Carta Magna, bem como a classificação dos direitos fundamentais. Sendo realizada a análise, através de julgados de como estão sendo aplicados os direitos fundamentais nas demandas de saúde, tendo em vista a inércia do poder Estatal vislumbrando a necessidade da intervenção do Poder Judiciário.

Já o segundo capítulo, passa a formalizar a relação existente entre a norma constitucional e infraconstitucional do direito à saúde e as dificuldades do ente estatal em promover o acesso à saúde pública através de políticas públicas. Para tanto, passa a estudar os princípios do Sistema Único de Saúde, bem como a lei 8080/90, a lei 8142/90 e tece alguns comentários sobre a lei 7508/11, que permeiam a organização do SUS.

Por fim, o seu terceiro capítulo traduz a sua aplicação de forma pragmática, através de casos concretos, analisando a judicialização da saúde e a interferência do poder judiciário no fornecimento prestacional sanitário, havendo, deste modo a necessidade de intervenção jurídica por parte do Poder Judiciário para assegurar um direito social garantido constitucionalmente à população e até que ponto o Judiciário pode intervir na ação negativa do Estado.

Como visto, este trabalho de curso tem como fator primordial a causa de intervenção Judiciária ante as demandas da saúde, a partir de diversos segmentos, apontando as principais características dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e seus efeitos, por meio de estudos da atualidade brasileira no que concerne o direito à saúde e a sua efetividade.

2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O contexto da saúde pública no Brasil, assim como em demandas de diversas áreas, varia de acordo com o seu período histórico, social, econômico e político do país, com a tendência a sempre evoluir com o passar dos anos e com o amadurecimento das ideias. Dessa forma, por muitos anos a saúde pública não era vista como primazia do direito à vida e a dignidade da pessoa humana em respeito ao rol dos direitos fundamentais, tendo tratamento prioritário e de significativa importância apenas em momentos em que se caracterizavam epidemias ou endemias, de modo que pudesse afetar a economia do país (SIMIONI, 2014).

Esse âmbito histórico, explica Simioni (2014), se modifica conforme as fases políticas do país, e foi por volta dos anos 80 que a saúde pública foi além da ausência de doenças para abarcar a integralidade da saúde. Momento este, em que houve o reconhecimento do direito humano e fundamental à saúde como um direito indispensável para a efetivação da dignidade da pessoa humana, passando então a ser vista como um direito de todos e dever do Estado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como da instituição da lei 8080/90 em que preceitua a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Segundo Simioni (2014) essa reforma sanitária ocorreu devido a grande influência do projeto Sanitarista na época, o qual serviu de base para os integrantes da área da saúde, sendo defendida, analisada e debatida por participantes em audiências públicas. O objetivo deste projeto era justamente ter um novo sistema de saúde visto da perspectiva de que a saúde era um direito de cada cidadão, sem distinção, cabendo ao Estado a sua proteção, promoção, recuperação e reabilitação, bem como garantir um acesso universal e igualitário as ações e serviços de saúde em todos os níveis.

Essa mudança sobreveio em virtude de vivermos em uma sociedade democrática, sob a qual o povo escolhe os seus representantes através do voto, delegando poderes a estes, no entanto tem-se que este poder não é absoluto, e suas limitações se deparam com a previsão constitucional de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado (MORAES, 2011).

Essa sociedade democrática existe em razão de haver sido instituído o Estado

Democrático de Direito, através da Constituição Federal de 1988, assegurando, portanto, a isonomia e uma vida digna à população, tendo a visão do Estado como um ente capaz de proteger e propiciar os direitos sociais nela estabelecidos, a exemplo da saúde (PILAU SOBRINHO, 2010).

Dessa forma, é notável a importância e a ligação existente entre a democracia e os direitos fundamentais, assim explicitado por Streck (2002), citado por Pilau Sobrinho (2010, p. 312):

mais ainda, torna-se relevante acrescentar que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há, assim, uma co-pertença entre ambos. O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais previstos nas Constituições.

De tal forma, Ferrajoli (2010), aduz que a democracia é uma construção, jamais conclusa, mas sempre aperfeiçoada das suas garantias. Ainda, relaciona o benefício dessa construção com o seu instrumento essencial do direito, tendo em vista que o direito “[...] é um mundo de sinais e de significados; é a linguagem necessária para tematizar os problemas políticos e sociais” (FERRAJOLI, 2010, p. 49).

Cumprido ressaltar, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, contribuiu para o ingresso dos direitos sociais nas constituições modernas de forma a incentivar a criação de meios de promoção e proteção dos direitos sociais, sendo que “somente após a promulgação desta declaração se pode ter, historicamente, a certeza de que a humanidade partilha de alguns valores em comum, acolhidos pelo universo subjetivo dos homens” (PILAU SOBRINHO, 2010, p. 309).

Visto desta ótica, para Bobbio (1992), para haver democracia é necessário ser reconhecido e protegido os direitos do homem, pois sem esta não há pacificidade mínima de conflitos. Sendo assim, os direitos fundamentais, sob uma perspectiva clássica, consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado.

Dessa maneira, Bobbio (1992, p. 24) assevera que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Compreende-se, portanto, deste viés que os direitos do homem devem ser protegidos, daí é que se concluiu que trata-se de um problema mais voltado aos

olhares políticos do que como um problema filosófico.

No entanto, Bobbio (1992) consagra não ser possível atribuir uma fundamentação absoluta por se tratar de direitos historicamente relativos. Neste sentido, a busca de um fundamento absoluto se revelaria uma antinomia entre os direitos fundamentais requeridos por uma categoria de pessoas e de uma outra categoria. Neste viés Bobbio, (1992, p. 21) assevera que:

todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, também os chamados direitos sociais, que consistem em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. (Grifado no original).

Destarte, tem-se que a realização integral de um direito fundamental impede a realização integral de outros, ocorrendo que “quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos” (BOBBIO, 1992, p. 21).

Importante referir, que os direitos fundamentais são anteriores à ideia de constitucionalismo sendo que, a partir da constitucionalização houve apenas a consagração ante a necessidade de estabelecer um rol mínimo de direitos humanos de forma escrita, derivado da soberana vontade popular.

Esses direitos fundamentais surgem então positivados com o Estado moderno constitucional e o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem é que preceituam a grande essência e razão de existirem justamente por residirem nestes pressupostos. Assim, a Constituição reflete a positivação dos direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados (SARLET, 2012).

Para Moraes (2007), os direitos humanos fundamentais são vistos em sua forma universal, ou seja, são aplicados e interpretados através da hermenêutica de forma constitucional, infraconstitucional, tratados e convenções internacionais. Assim, podemos classificar o direito à saúde como um direito fundamental individual e coletivo, e social, previstos na Carta Magna. Para Moraes (2007, p. 48):

o principio fundamental da dignidade da pessoa humana prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. E estabelece um verdadeiro dever fundamental de

tratamento igualitário dos próprios semelhantes. E esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a constituição federal exige que lhe respeitem a própria.

Desta análise, se reconhece a saúde como um direito humano de conquista social vista internacionalmente como um direito humano fundamental indispensável para o exercício dos outros direitos humanos. No qual se entende o direito à saúde como prática social inerente à pessoa, capaz de garantir os elementos fundamentais para sua concretização (PINHEIRO et al., 2005).

Portanto, tem-se que o objetivo do direito, bem como das instituições políticas é a tutela da vida, seja na satisfação do mínimo existencial, seja na proibição de matar. Assim, a garantia do direito à saúde é essencial ao desenvolvimento do país, tendo em vista que a garantia desse direito social, bem como dos demais, é o pressuposto da sobrevivência de cada cidadão, e mais do que isso é o desenvolvimento econômico da sociedade como um todo. Assim, Ferrajoli (2010, p. 37), nos ensina que:

os direitos fundamentais consagrados como vitais, sejam os direitos de liberdade ou os direitos sociais, são, em suma, um fator e um motor do desenvolvimento, não apenas civil mas também econômico. A sua garantia não é somente um fim em si mesma, mas também um meio para o desenvolvimento econômico.

Na Constituição Federal de 1988, o Brasil colecionou o destaque da saúde ao inovar nos seus direitos de cidadania adotando políticas sociais, jamais anteriormente vistos, pois ao se falar em direitos fundamentais, primeiramente existia a ideia de liberdades, encontrada nos direitos de primeira geração.

Neste sentido, a saúde deve ser analisada e visualizada de forma aberta, tendo em vistas suas transformações científicas, bem como as transformações humanas, que acopladas necessitam de uma verdadeira integralidade da saúde (PINHEIRO et al., 2005).

Destarte, a Constituição vigente, traz o direito à saúde como um direito fundamental social em seu artigo 6º, complementado pelos artigos 196 a 200, encontrados na Seção II, do Capítulo II da seguridade social, do Título VIII em que dispõe da ordem social.

Cumprido ressaltar as previsões contidas nos referidos números emblemáticos, sendo que o artigo 196 traz a consolidação de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, cabendo a este garantir a redução do risco da doença, mediante

políticas públicas, bem como o acesso universal e igualitário e às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O artigo 197 define a relevância pública das ações e serviços da saúde.

Já o artigo 198 relaciona as ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único de acordo com algumas diretrizes, tais como: descentralização, com direção em cada esfera do governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e sem prejuízo das atividades assistenciais; e participação da comunidade. Define também que o financiamento do sistema de saúde brasileiro será feito com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes.

Por oportuno, o artigo 199 e 200 trazem em seu texto que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, no entanto estas poderão participar do SUS de forma complementar, segundo diretrizes do mesmo e mediante contrato de direito público ou convênio, com preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. E apresenta as competências do Sistema Único de Saúde, detalhando as suas atribuições como controle e fiscalização de procedimentos e produtos de interesse para a saúde e execução de ações de vigilância sanitária.

Ainda, o constituinte ao prever no parágrafo 4º, do artigo 60, da Constituição Federal, que não há possibilidade de haver deliberação de objeto a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, está se estabelecendo uma garantia suprema quanto a matéria. Portanto, é esta “derradeira cláusula, pertinente a direitos e garantias individuais, o abrigo constitucional inviolável onde os hermeneutas da Carta Magna poderão também dar asilo ao constitucionalismo social” (ETGES; SPENGLER, 2010, p. 325).

Sarlet (2012), ao falar sobre cláusulas pétreas, as denomina de limites materiais, sendo que estes limitam a reforma da constituição com o intuito de assegurar a permanência de determinada previsão Constitucional, pois constituem elementos constitucionais essenciais. Assim, Sarlet (2012, p. 120), explicita o pensamento acerca da definição das referidas cláusulas pétreas:

a existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na

destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.

Imperioso ressaltar o papel das cláusulas pétreas no ordenamento jurídico, tendo em vista o bem tutelado protegido no que tange as garantias individuais. Quanto ao tema ainda há controvérsias doutrinárias a respeito de os direitos sociais se enquadrarem nos direitos individuais. Sarlet (2012), entende que os direitos e garantias individuais que se refere o artigo 60, §4, inciso IV, da Carta Magna incluem os direitos sociais, da nacionalidade e cidadania.

Para tanto, a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça já se encontram no Preâmbulo da Constituição Federal ao constituir um objetivo permanente de Estado. Ainda, esta consagra a ideia de Estado democrático e social de Direito, demonstrado em grande parte dos princípios fundamentais destacando os artigos 1º, inciso I a III, e 3º, inciso I, III e IV, vislumbrando assim a intrínseca vinculação dos direitos fundamentais sociais com a percepção de Estado da atual Carta Magna. Assim, Sarlet (2012, p. 134), defende que:

não resta, portanto, qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. (Grifado no original).

Nesse interím, o que se quer é demonstrar que os direitos sociais são de tamanha importância, que muito embora não expressos na Constituição houve o cuidado de proteger tais direitos estendendo o texto do corpo da lei através da hermenêutica.

2.1 Classificação dos direitos fundamentais

No que concerne a classificação dos direitos fundamentais, estes podem ser positivos, que são aqueles que possuem a faculdade de exigir e obter certas prestações assistenciais do Estado, e negativos sendo aqueles que limitam concretamente o poder estatal, exigindo-lhe uma atitude de abstenção, ou de não intervenção.

Segundo Sarlet (2012), ao qualificar um direito fundamental, este é simultaneamente formal e material. E, portanto a fundamentalidade formal repousa no direito constitucional positivo o qual está definido a partir da constituição de forma expressa ou implícita. Podendo ainda, ser definida como posições jurídicas da pessoa, em sua dimensão coletiva ou individual, consagradas expressamente pelo legislador no rol de direitos fundamentais. Já a fundamentalidade material está acoplada a análise do conteúdo dos direitos, pois a própria Constituição Federal admite a existência de outros direitos fundamentais não previstos nesta, porém mesmo estando fora deste rol, em razão do seu conteúdo e importância, podem ser comparados aos direitos formalmente fundamentais.

Ainda, esta fundamentalidade encontra respaldo no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, onde cita que “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte”.

Neste contexto, a diferenciação entre direitos formais e materiais fundamentais, nos diz que o direito constitucional brasileiro recepciona ordem de valores e princípios os quais não constam necessariamente na dependência do constituinte, e sim encontra respaldo na ideia dominante de senso jurídico coletivo e de Constituição.

De outra banda, os direitos fundamentais se classificam em direitos de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão, sucessivas do direito da liberdade, da igualdade e da fraternidade, as quais, inclusive, foram o lema da Revolução Francesa.

Ao explicar esse fenômeno, Bobbio (1992) aduz que os direitos de primeira geração correspondem aos direitos de liberdade, ou um não agir do Estado e os de segunda geração correspondem aos direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Destarte, o que se quer é uma ação sempre pensando no cidadão, seja para impedir uma ação negativa ou para que se efetue uma ação positiva, sendo que:

embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios (BOBBIO, 1992, p. 06).

Os direitos de terceira geração, portanto, não poderiam ser pensados, no momento em que os direitos de segunda geração foram criados. É por essa razão

que essas exigências surgem, pois “novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los” (BOBBIO, 1992, p. 07).

Tais classificações são necessárias em virtude da mutação e das necessidades do homem que com o tempo se modificam, por isso a existência de diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, “o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos” (TAVARES, 2012, p. 500).

Para Moraes (2011), os de primeira geração são os direitos civis e políticos e realçam o princípio a vida, a liberdade, a igualdade. Os de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais que acentuam o princípio da igualdade (engloba o direito à saúde). E por fim os de terceira geração que são os direitos caracterizados pelo princípio da fraternidade ou solidariedade.

De forma a complementar, Sarlet (2012), nos diz que os direitos de primeira geração são de cunho negativo, tendo em vista a não intervenção do Estado. Por sua vez, os direitos de segunda geração são de cunho positivo, pois asseguram direitos a prestações sociais por parte do ente Estatal de forma ativa, como a saúde.

Sarlet (2012, p. 262), refere também que:

a segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, mais do que os direitos a prestações, nada obstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase da evolução dos direitos fundamentais. (Grifado no original).

Já os de terceira geração tem consequência universal par sua efetivação em razão dos direitos de solidariedade ou fraternidade.

A título de conhecimento, segundo Paulo Bonavides, citado por Sarlet (2012) há doutrinas que trazem a discussão de direitos fundamentais de quarta e de quinta geração. Sendo de quarta geração os direitos à democracia direta e à informação. E o de quinta geração seria uma classificação do direito à paz, a qual já integra a terceira geração, no entanto em uma dimensão nova e autônoma.

No parecer de Canotilho (2002), citado por Pilau Sobrinho (2010, p. 311) o direito à saúde é um direito público subjetivo constitucionalmente consagrado como um direito fundamental:

por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdades, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos.

Deste viés, podemos classificar o direito à saúde, o qual é o objeto deste trabalho, como um direito fundamental de segunda geração, tendo em vista que são direitos que acabam por compelir o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, tais como direito à saúde, ao trabalho, à habitação, educação e até mesmo ao lazer. De forma a garantir o equilíbrio entre os desiguais ou compensar a desigualdade do hipossuficiente (MORAES, 2011).

Portanto, tais direitos sociais pertencentes a esta segunda classe de geração “[...] os quais diversamente dos direitos de liberdade, que são direitos à não lesão, aos quais correspondem limites ou proibições a cargo da esfera pública, são direitos a prestações outras que correspondem, frente à esfera pública, a obrigação de fazer” (FERRAJOLI, 2010, p.35).

Certamente os direitos sociais à saúde tem um custo, e por isso custa a democracia constitucional, mas as instituições políticas não são sociedades com fins lucrativos e a sua garantia não é somente um fim em si mesmo, mas também um meio para o desenvolvimento econômico.

ademais, esta tese do custo dos direitos e a idéia de um conflito entre garantia dos direitos sociais e desenvolvimento econômico é banal, devendo ser desmentida e derrubada. Se é verdade que a satisfação de tais direitos custa, é também verdade que custa ainda mais a sua frágil satisfação (FERRAJOLI, 2010, p.36).

O direito à saúde está assegurado na Constituição Federal (art. 5º, caput) como garantia inviolável dos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Desta acepção podemos estabelecer o dever do Estado em garantir tanto a vitalidade como a dignidade a sua subsistência. E essa proteção à vida se dá ainda na sua forma uterina, fazendo distinção entre a vida da genitora, do genitor e do embrião ou do feto. Dessa égide, que a dignidade da pessoa humana é classificada nos direitos humanos fundamentais onde há o zelo contra os excessos e arbítrio do poder estatal

(MORAES, 2006).

Ao estabelecer os direitos fundamentais, o legislador explicitou que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, no artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal vigente, razão pela qual devem ser respeitadas pelas autoridades estatais, o que não exclui o poder legislativo (2015, www.planalto.gov.br).

Essa aplicação imediata estabelecida ante os direitos e garantias fundamentais foram acolhidas pela Carta Magna como autênticos direitos fundamentais e, portanto “as demandas que buscam efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades” (MENDES, 2011, p. 72).

Ainda nos apoiando neste pensamento, Moraes (2011) diz que a previsão desses direitos, de forma pura e simples não bastaria se não houvesse maneiras de tornar possíveis e eficientes de forma pragmática. Para tanto cita como exemplo alguns remédios constitucionais, previstos justamente para compelir atitudes quando não respeitados ou fornecidos de forma eficiente os direitos previstos constitucionalmente.

2.2 Direitos fundamentais de forma pragmática

De todo o exposto, é possível analisar que não basta tão somente o Estado garantir os direitos fundamentais, mas também há a necessidade de políticas públicas para efetivar esses direitos fundamentais previstos constitucionalmente (PILAU SOBRINHO, 2010).

É possível verificar ainda, conforme Pilau Sobrinho (2010), que os direitos fundamentais, para poderem cumprir a sua função de forma pragmática depende da forma de estado adotada, qual seja, a democracia. Seja esta, através da democracia representativa, seja através do diálogo social e o exercício da cidadania.

A transformação da sociedade, no mundo contemporâneo, trouxe muitas mudanças no decorrer dos dias do homem. A partir dessas mudanças, incorporaram-se os benefícios da vida urbana de interesses transindividuais como a qualidade de vida. Neste sentido, esta transcende as pretensões de consumo e leva em consideração valores substanciais que permitem construir o seu conteúdo, como por exemplo, “a igualdade, como corolário da desmontagem das estruturas de

exclusão social impostas a camadas inteiras das sociedades, o que implicaria a garantia de padrões mínimos de alimentação, saúde, higiene [...]” (MORAIS, 1996, p. 185).

O que se quer a partir da previsão dos direitos fundamentais no que concerne a saúde é o direito a promoção da vida das pessoas, um direito de cidadania capaz de proteger a pretensão dos cidadãos de não apenas curar a doença, em estado inicial ou já avançado, mas ter uma vida saudável, com benefícios que fazem parte da vida urbana, de modo inclusive a prevenir e evitar o desenvolvimento de certas doenças (MORAIS, 1996).

Bobbio (1992, p. 18) sustenta que,

o fundamento de direitos – dos quais se sabe apenas que são condições para a realização de valores últimos – é o apelo a esses valores últimos. Mas os valores últimos, por sua vez, não se justificam; o que se faz é assumi-los.

E, portanto, esses valores últimos são antinômicos, tendo em vista que não podem ser realizados de forma ampla e geral e nem ao mesmo tempo.

Para que esses valores últimos possam ser realizados, se faz necessário uma concessão de ambas as partes, visando renúncias recíprocas, onde entra em jogo as preferências pessoais, as opções políticas e inclusive as orientações ideológicas (BOBBIO, 1992).

A partir desta perspectiva, pode-se analisar, inclusive, que nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relativas ao direito à saúde e a função prestacional do Estado, tem-se, de forma explícita, a primordial garantia dos direitos fundamentais, eis entendimento da Ministra Marilene Bonzanini (2015, www.tjrs.jus.br):

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL/AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: CARMELOSE SÓDICA E NITROFURANTOINA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. –[...] **Trata-se de interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os arts. 196 e 198 da Constituição Federal, não sendo oponível ao cidadão qualquer regulamentação que tolha seus direitos fundamentais à saúde e à dignidade. [...].** AGRAVO DESPROVIDO. (Agravos Nº 70064685340, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 14/05/2015). (Grifado no original, grifo próprio).

Ainda neste sentido, informa a Apelação Cível 70064222441/RS:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SAÚDE PÚBLICA. [...] **Tocante à eficácia da norma constitucional do referido artigo, sem dúvida auto-aplicável, de eficácia plena, sendo desnecessária regulamentação por versar sobre direito fundamental, logo, de aplicação imediata e intensidade máxima [...]. [...] Em outras palavras, a fundamentalidade do direito à saúde faz com que sua garantia seja a expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos [...].** EM DECISÃO MONOCRÁTICA, RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70064222441, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 14/05/2015). (Grifado no original, grifo próprio).

Ao colecionar o entendimento jurídico da Corte Gaúcha em relação à prestação sanitária, fica evidente a preocupação do Egrégio quanto ao resguardo da vida de cada cidadão que tem o seu direito tolhido pelo ente Estatal, tendo como fundamento base a visão assecuratória dos direitos fundamentais e a preservação da dignidade da pessoa humana, conforme Ministro Eduardo Delgado (2015, www.tjrs.jus.br):

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. LISTAS ESPECÍFICAS. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO NA VERBA HONORÁRIA EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. [...] Trata-se de responsabilidade solidária, podendo o cidadão demandar contra qualquer deles, conjunta ou separadamente. Art. 23, inciso II, e art. 196, ambos da Constituição da República. Jurisprudência do e. STJ e deste Órgão fracionário. **III - O direito à saúde é direito social (art. 6º da CF/1988) e dever do Estado (art. 196 da CF/1988 e 241 da CE/1989) e está intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana; tem estatura de direito fundamental, seja no sentido formal, seja no sentido material, nos termos do parágrafo primeiro do consagrado art. 5º da Constituição da República [...]** Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Apelação da parte autora provida. Negado seguimento aos recursos dos entes públicos. No mais, sentença mantida em reexame necessário. (Apelação Cível Nº 70062458849, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 08/06/2015) (Grifado no original, grifo próprio).

Tais direitos, em suma, são imediatamente reconhecidos e deste aspecto a Douta Desembargadora Bonzanini, relatora do Agravo que julgou a decisão monocrática 70064685340 nos ensina que a Constituição Federal garante o direito à saúde ao cidadão sob o ângulo do direito fundamental. Ainda, ela aduz que a Carta

Magna regula as políticas sociais e econômicas para este fim, com o intuito de garantir a total proteção à saúde e à vida dos cidadãos, que são os bens de maior importância em qualquer situação.

Na mesma análise, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que muito embora a matéria do artigo 196 da Constituição Federal tenha conteúdo pragmático, não pode o ente estatal se escusar do dever de propiciar os meios necessários ao uso do direito a saúde dos cidadãos, conforme voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso (2014, www.stf.jus.br):

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 801676 AgR / PE - PERNAMBUCO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 19/08/2014, Órgão Julgador: Primeira Turma). (Grifado no original).

Neste interím, está claro que incumbe ao Estado propiciar meios para proteger a saúde de sua população, sendo que não cabe a este restringir o direito fundamental à saúde, por injustificadas razões burocráticas, e assim dificultando a vida do cidadão que não vê alternativa se não socorrer-se pela via judicial. Até porque, a tutela dos direitos constitucionais não pode se sujeitar a mera conveniência e oportunidade da execução dos gastos públicos.

Assim, segue entendimento na decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no RE 271.286, que traz um entendimento significativo quanto o direito à saúde, pois este, além de se qualificar como um direito fundamental que assiste a todas as pessoas “representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”.

Ao estudar o tema, possível perceber as decisões uníssonas do poder

judiciário ante a defesa do direito à saúde e a função prestacional do Estado aos cidadãos como um direito fundamental.

Assim, um dos fundamentos do Poder Judiciário no deferimento das ações de saúde solicitadas é a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, se tornando um comando jurídico no país, sob o qual esse princípio acaba por receber valores ético-jurídico em razão da democracia, ainda mais por ser responsável por manter a unidade constitucional (SILVA; PEREIRA, 2007).

Não se pode olvidar, que ante a calamidade sanitária no país, o Judiciário tem tido um papel importante na vida de cada cidadão, ao firmar em suas decisões o direito estabelecido na Constituição Federal visando a imediata aplicação dos direitos fundamentais.

E nesta seara dos direitos sociais, a saúde tem-se fragilizado, inclusive pela burocracia e morosidade dos processos em andamento, mesmo havendo decisões deferindo a antecipação de tutela e compelindo o Estado a cumprir com a sua obrigação ante aquele cidadão que não possui condições de arcar com os custos necessários para sua sobrevivência.

Conclui-se, portanto, que a problematização da saúde é muito mais política do que judicial, não sendo óbice ao Estado e muito menos justificando a sua escusa quanto a uma política pública eficaz e capaz de gerir as necessidades dos cidadãos.

3 NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Ao analisarmos os direitos humanos fundamentais e sua relevância no direito sanitário passaremos a análise das leis infraconstitucionais reguladoras do sistema único de saúde.

Pode-se dizer que o SUS passou a ser pensado e estabelecido a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual incorporou mudanças no papel do Estado quanto ao sistema público de saúde, acentuando princípios e diretrizes válidos para todo território nacional, de forma a organizar e articular serviços e ações no âmbito municipal, estadual e federal (AGUIAR, 2011).

Decorrente disto, a saúde exige que o Estado disponha de todos os recursos, dos mais singelos aos mais complexos, para recuperar e tratar a saúde do indivíduo. Essas previsões estão elencadas também no artigo 7º do ECA (Lei 8069/90), onde protegem a vida e a saúde da criança e adolescente, assim como no artigo 15 do Estatuto do Idoso (Lei 10.471/2003), artigo 241 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Neste sentido tem-se que os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país, por este motivo a organização é única e de forma igualitária em todo território nacional, sendo que Aguiar (2011, p. 44) nos informa que o SUS “[...] incorpora, em sua estrutura institucional e decisória, espaços e instrumentos para democratização e compartilhamento da gestão do sistema de saúde”.

Terris (1992, p.33) define saúde como “a arte e a ciência de prevenir a doença e a incapacidade, prolongar a vida e promover a saúde física e mental mediante os esforços organizados da comunidade”. O autor, ao definir a saúde nestes termos, também preceitua que a prática de uma nova saúde pública compõe-se de prevenção das doenças não infecciosas, prevenção das doenças infecciosas, promoção da saúde, melhoria da atenção médica e da reabilitação.

Deste pressuposto, podemos compreender que embora esteja previsto e assegurado na Constituição Federal o direito à saúde, essa previsão se dá de forma ampla e genérica, necessitando de regulamentação por lei específica de modo a estabelecer todos os procedimentos a serem tomados.

Assim, após a promulgação da Constituição Federal, muitas previsões nela contidas, principalmente da saúde, necessitavam de regulamentação, a ser proposta nos seguintes 180 dias.

Ocorre que, somente em agosto de 1990 o Congresso aprovou a primeira proposta da Lei Orgânica da Saúde, qual seja, a lei 8080/90, a qual sofreu muitos vetos pelo executivo. E foi então em dezembro de 1990 que foi aprovada a lei 8142/90 que recuperou alguns vetos da lei 8080/90, sendo caracterizadas como Leis Orgânicas da Saúde (AGUIAR, 2011).

A partir disso, a operacionalização do SUS é guiada pelas Normas Operacionais Básicas, bem como pela Norma Operacional da Assistência à Saúde, as quais foram editadas pelo Ministério da Saúde, com base em acordo entre gestores do SUS, bem como resoluções dos conselhos de saúde em todos os âmbitos Estatais (AGUIAR, 2011).

As referidas leis têm como condão aprimorar o sistema de saúde de forma a possibilitar um atendimento universal e com qualidade, assim é que o SUS está sempre em desenvolvimento, mesmo posteriormente às LOS, havendo uma série de regulamentações através de outras leis, emendas, decretos, normas e portarias, além de leis orgânicas estaduais e municipais, que orientam o funcionamento da saúde pública, o que o faz permanecer em construção (AGUIAR, 2011).

Os Conselhos de Saúde surgiram em razão da reforma sanitária mas não devem se limitar a uma contribuição específica que possa ter ao SUS, e sim de uma forma mais ampla, fruto de um processo contemporâneo de reforma do Estado Democrático de Direito. Assim, conforme Pilau Sobrinho (2010, p.315),

os conselhos permitem que o Estado faça uma redefinição do próprio conceito de “público”, favorecendo a publicização estatal como mecanismo real de interesse público; por sua vez, a sociedade concretiza uma noção de “cidadania”, publicizando a ação societária num exercício cidadão voltado à diversidade e à solidariedade (grifado no original).

A participação popular em saúde é um dos pilares do SUS, portanto um dos principais motivos de criação e institucionalização dos Conselhos de Saúde se refere ao controle social através dessa participação popular das ações referente à saúde pública. Sendo um instrumento que busca, por meio da participação popular, a formulação de diretrizes para a atuação do poder público, assim como o papel de fiscalização dos serviços públicos prestados pelo Estado (PILAU SOBRINHO, 2010).

Um exemplo dessa atuação da população é justamente o crescente número de demandas judiciais perante o Poder Judiciário objetivando a obrigação do Estado quanto ao fornecimento de medicamentos e custeio de tratamentos médicos.

Destarte, tendo em vista que a saúde pública é uma realidade em constante mutação e evolução é que a participação popular se faz importante para a transformação da realidade sanitária no país (PILAU SOBRINHO, 2010).

3.1 Princípios e diretrizes que regem o Sistema Único de Saúde

Além das leis elencadas acima, cumpre ressaltar algumas normas de importância para o sistema único de saúde. E assim iniciamos pela lei 9.782/99 que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (AGUIAR, 2011).

No ano de 2000, a Emenda Constitucional nº 29, altera os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Carta Magna acrescentando artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde (AGUIAR, 2011).

Ainda, as portarias nº. 545/93 e 2203/96 que preveem a norma operacional básica do SUS, e as portarias nº. 95/01 e 373/02 que preveem a norma operacional da assistência à saúde, bem como a de nº 22/06 que prevê o pacto pela saúde.

O Sistema Único de Saúde tem como base os princípios doutrinários e organizativos. Como o próprio nome já identifica, os primeiros expressam mais as ideias filosóficas na construção do SUS. Já o segundo orienta o funcionamento do sistema, de modo a agregar seus princípios doutrinários (AGUIAR, 2011).

Há três princípios doutrinários do SUS a universalidade, a equidade e a integralidade da atenção. E os princípios organizativos são a descentralização, a regionalização e hierarquização do sistema, e a participação e o controle social, todos esses princípios estão previstos no artigo 7º e incisos da lei 8080/90. (AGUIAR, 2011).

Destarte, passamos a entender cada um desses princípios como ações integralizadas do SUS, que apontam a democratização nas ações e serviços de saúde, de modo a possibilitar o princípio da isonomia concedendo um direito a todos os cidadãos.

3.1.1 Universalidade e Equidade

A universalidade e a equidade se assemelham, sendo que a universalidade garante, constitucionalmente, o acesso de toda população aos serviços de saúde sem distinção ou preconceitos de qualquer espécie.

No que se refere a equidade ela está relacionada ao atendimento social e ao equilíbrio da gestão do Estado com a população de forma igualitária (2015, www.portalsaude.saude.gov.br).

Para Aguiar (2011, p. 50), este princípio assegura:

que a disponibilidade de serviços de saúde considere as diferenças entre os grupos populacionais e indivíduos, de modo a priorizar aqueles que apresentam maior necessidade em função de situação de risco e das condições de vida e saúde. Nesse sentido, significa um princípio de justiça social buscando corrigir iniquidades sociais e em saúde.

Significa diminuir as desigualdades, e dessa forma tratar os desiguais de forma desigual, em decorrência da sua desigualdade em razão de existirem necessidades diferentes. Então, equidade é a garantia a todas as pessoas, em igualdade de condições, ao acesso às ações e serviços dos diferentes níveis de complexidade do sistema. Assim, todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades até o limite do que o sistema pode oferecer para todos (2015, www.portaleducação.com.br).

3.1.2 Integralidade

A integralidade está prevista na lei 8080/90, em seu artigo 7º, inciso II, onde consta que “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (2015, www.planalto.gov.br).

Portanto, tal princípio, para que cumpra com sua função, exige que haja articulação entre a prevenção, a promoção e a recuperação na prestação de serviço a cada indivíduo.

3.1.3 Descentralização

Este princípio se refere a atuação dos três entes federados (união, estados e municípios) como organizativos do SUS, sendo uma redistribuição das responsabilidades quanto as ações e serviços de saúde.

Assim, a lei 8080/90 traz a ideia de descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde (2015, www.planalto.gov.br).

Com isso o objetivo é transferir diretamente responsabilidades e recursos que se encontram na gestão de uma única direção, sendo no município e no estado representados respectivamente pelo secretário municipal e estadual e na união pelo ministro da saúde (AGUIAR, 2011).

3.1.4 Regionalização e hierarquização do sistema

Tais princípios se referem a forma de organização do sistema de saúde com base territorial e populacional proposta pela Constituição Federal e pela LOS, visando uma correta distribuição de serviços para a promoção da equidade de acesso, otimização dos recursos e racionalidade de gastos (AGUIAR, 2011).

A hierarquização se direciona para a organização do SUS, em haver estabelecimentos de diferentes níveis de complexidade e serviços, de maneira a garantir assistência integral e resolutiva à população. Como é o caso das Unidades de Pronto Atendimento que se trata de estabelecimentos de saúde de complexidade intermediária situados entre a atenção básica à saúde e as unidades hospitalares e funcionam 24 horas por dia, sete dias por semana e podem resolver grande parte das urgências e emergências.

3.1.5 Participação e controle social

O princípio da participação concede a população, através de suas entidades representativas, a inserção no processo de formulação de políticas públicas de saúde, de controle e sua execução em todos os níveis federais. Essa participação faz com que o conhecimento do processo sanitário e seus serviços estimulem a

comunidade para o efetivo exercício do controle social e na gestão do sistema de saúde.

Para o advento destes princípios foi promulgada a lei 8142/90 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, trazendo a possibilidade de participação da população nos conselhos e nas conferências de saúde, de maneira a influenciar na gestão pública em relação a elaboração, ao controle e à fiscalização das políticas públicas.

3.2 Aspectos da lei 8080/90

A lei 8080/90 é composta por 55 artigos e disciplina a descentralização político administrativa do SUS, por meio dos princípios da universalidade do acesso aos serviços, da integralidade da assistência e controle social, da equidade, bem como da execução de assistência terapêutica integral, como a assistência farmacêutica, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (2015, www.planalto.com.br).

Ela compreende a saúde como um direito fundamental do ser humano, que deve ser garantido pelo Estado e indo além do acesso à assistência médica e aos serviços de saúde, englobando o conjunto de políticas públicas que visam às melhorias das condições de vida da população. Isso porque o perfil de saúde de uma coletividade depende de condições vinculadas à própria estrutura da sociedade e a manutenção do estado da saúde requer a ação articulada de um conjunto de políticas sociais mais amplas, relativas ao emprego, salário, previdência, educação, alimentação, ambiente, lazer, etc (AGUIAR, 2011).

A referida lei dispõe sobre a saúde pública em todo território nacional, e elencando ela com os direitos humanos fundamentais expostos no capítulo acima sobreveio previsão legal em seu artigo 2º de que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (2015, www.planalto.gov.br).

Ainda, em seu artigo 4º é possível verificar a participação no SUS de todos os entes federados prestados por órgãos e instituições públicas de administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público(2015, www.planalto.gov.br).

É possível ainda destacar outros pontos previstos na lei, conforme destaca Aguiar (2011, p. 47):

atividades dirigidas às pessoas, individual ou coletivamente, voltadas para a promoção da saúde e prevenção, diagnósticos, tratamento e reabilitação de agravos e doenças; serviços prestados no âmbito ambulatorial, hospitalar e nas unidades de apoio diagnóstico e terapêutico geridos pelos governos (quer seja pelo governo federal, quer seja pelos governos estaduais ou municipais), bem como em outros espaços, especialmente no domiciliar; ações de distintas complexidades e custos, que variam desde aplicação de vacinas e consultas médicas nas clínicas básicas (clínica médica, pediatria e ginecologia-obstetrícia) até cirurgias cardiovasculares e transplantes; instituições públicas voltadas para o controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, sangue e hemoderivados e equipamentos para a saúde.

Cabe referir também o artigo 5º da lei, pois trata dos objetivos do SUS, os quais são os mesmo estabelecidos na Constituição Federal: a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; o dever do Estado de garantir a saúde, que consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (2015, www.planalto.gov.br).

Outro ponto que cabe referir é a gestão financeira do SUS, prevista no artigo 33 da lei 8080/90, que traz a garantia dos recursos financeiros do SUS de serem depositados em conta especial, ou fundos de saúde, em cada esfera de sua atuação, bem como que serão movimentados sob a fiscalização dos conselhos de saúde (2015, www.planalto.gov.br).

Ainda, seu artigo 35 estabelece como será realizado o repasse desses recursos, que será com base no número de habitantes (com 50%) dos recursos e o restante dos 50% levar-se-á em conta o perfil demográfico e epidemiológico, as características quantitativas e qualitativas da rede de serviços, o desempenho técnico e financeiro do período anterior, os níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais e a previsão do plano quinquenal de investimentos da rede e ressarcimento de atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo (2015, www.planalto.com.br).

Há de se mencionar, que os recursos para financiamento do SUS se normatizaram com a Emenda Constitucional nº 29, que estabelece que os municípios devam destinar 15% de suas receitas e os estados 12% para financiamento dos serviços da saúde, enquanto as despesas da União serão baseadas nos recursos utilizados em 2000, acrescidos de variação nominal, anual do PIB. Sendo que cabe ao gestor em cada esfera de governo a gestão desses recursos orçamentários da saúde, submetendo-se ao controle e fiscalização do Conselho de Saúde e com prestação de contas ao poder legislativo (AGUIAR, 2011).

3.3 Comentários sobre a lei 8142/90

A lei 8142/90, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, dando início a um espaço público de controle social com a participação da população por meio de conferências e dos conselhos de saúde em todas as esferas de governo. E sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, explicitado em seu artigo 33 que tais recursos serão depositados em conta especial, designado a cada esfera de atuação, sendo que deverão ser movimentados sob o controle e fiscalização dos conselhos de saúde (AGUIAR, 2011).

A fim de regulamentar a participação social do SUS, a referida lei trouxe a previsão de conferências de saúde, que são fóruns muito importantes para o processo de democratização da política de saúde brasileira. Sendo que elas devem ocorrer a cada quatro anos, com a representação da população diversa, como os usuários, trabalhadores, os gestores e prestadores de serviços, a fim de avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes (AGUIAR, 2011).

Desta esfera, observa-se que os conselhos de saúde e as conferências de saúde constituem espaços institucionais importantes para o exercício do controle social, possibilitando à população participar das decisões, a propor ações e programas para a resolução dos problemas de saúde, assim como fiscalizar a aplicação dos recursos financeiros e avaliar a qualidade da assistência ofertada pelos serviços do SUS (AGUIAR, 2011).

3.4 Relatos acerca da lei 7508/2011

A lei 7508/11 regulamenta a lei 8080/90 para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

Em seu artigo 3º está contida a previsão de que o SUS é constituído pela conjugação das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, sendo que estes são executados pelos entes federativos, de forma direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada (2015, www.planalto.gov.br).

Institui as regiões de saúde, que cabe ao Estado com articulação dos municípios, que deverão conter urgência, emergência, atendimento ambulatorial especializada e hospitalar, atendimento primário, vigilância em saúde e atenção psicossocial.

A lei define em seu artigo 8º a hierarquização do SUS, estabelecendo assim que “o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço” (2015, www.planalto.gov.br).

Ainda, em seu artigo 15, institui o planejamento da saúde que será ascendente e integrado, do nível local até o federal, ouvidos os respectivos Conselhos de Saúde, compatibilizando-se as necessidades das políticas de saúde com a disponibilidade de recursos financeiros (2015, www.planalto.gov.br).

Por conseguinte, estabelece a RENASES e RENAME sendo que a primeira compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde, e a segunda compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS (2015, www.planalto.gov.br).

Por fim, define as atribuições das Comissões Intergestores, CIT no âmbito da União, vinculada ao Ministério da Saúde, CIB no âmbito do Estado, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde e CIR no âmbito regional, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde, ambas para efeitos administrativos e operacionais, assim como do contrato organizativo da ação pública da saúde.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Da perspectiva analisada nos capítulos acima, pode-se concluir que muito embora existam as previsões constitucionais e as organizações infra-constitucionais, estas não dão conta da demanda da saúde de forma pragmática, sendo necessária a intervenção judiciária.

Deste aspecto inicia-se a judicialização da saúde, e é por este motivo que a doutrina constitucional brasileira tem se dedicado na interpretação do âmbito de proteção do artigo 196 da Carta Magna. Contudo, sobre este tema, há opiniões opostas que proliferam-se no âmbito judiciário e acadêmico, e buscam definir como e em que medida o direito constitucional à saúde exprime um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial (MENDES, 2011).

Preludialmente, através dos julgados do nosso Tribunal Gaúcho é possível perceber o entendimento uníssono e pacífico dos desembargadores quanto à responsabilidade e a solidariedade dos entes públicos na garantia do direito à saúde, manifestando em seus argumentos a importância da garantia do direito à saúde ao cidadão sendo imposta a obrigação aos entes públicos, através da Constituição Federal, sob a ótica de direito fundamental, a qual determina a regulação das políticas sociais e econômicas para tal fim, no intuito de garantir que nunca falte proteção à saúde e à vida dos cidadãos, bens de maior importância em qualquer situação (2015, www.tjrs.jus.br).

Desta forma, o entendimento é de que se trata, de forma geral, de interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os artigos 196 e 198 da Constituição Federal, não sendo oponível ao cidadão qualquer regulamentação que tolha seus direitos fundamentais à saúde e à dignidade, podendo ser pleiteado a qualquer um dos entes federados.

Neste sentido, os reiterados precedentes do Superior Tribunal de Justiça são de que responsabilidade dos entes federados, quanto ao funcionamento do SUS, são solidárias, o que vem exemplificado por meio do AgRg no AREsp659156/RS:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO
REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL.

POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO MINISTRO RELATOR. ART. 557, CAPUT, DO CPC. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. PACIENTE ATENDIDA NO ÂMBITO DO SUS. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDICAÇÃO. ESTÁGIO AVANÇADO DA DOENÇA. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O caput do art. 557 do Código de Processo Civil possibilita ao Ministro Relator o julgamento monocrático de recursos especiais manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

2 - O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. Precedentes.

3 - No caso, a Corte local consignou o fato de que a recorrida está sendo tratada em hospital vinculado ao SUS e, ainda, o estágio avançado da doença e a imprescindibilidade da medicação prescrita, de forma que a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

4 - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 659156/RS, Primeira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 28/04/2015) (Grifado no original, grifo próprio).

Na mesma senda, o Supremo Tribunal Federal, de forma inequívoca declara o dever do Estado em propiciar o gozo do direito à saúde aos cidadãos, ao julgar o RE 831385/RS:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. TRATAMENTO NÃO PREVISTO PELO SUS. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde

que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. Para dissentir da conclusão do Tribunal de origem quanto à comprovação da necessidade de tratamento não previsto pelo SUS faz-se necessário o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, providência inviável neste momento processual (Súmula 279/STF). Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 831385/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 26/05/2015) (Grifado no original, grifo próprio).

No entanto, mesmo havendo pacificidade do direito à saúde a todos os cidadãos conclui-se que a crise da saúde parte de uma crise social mais ampla e profunda e gera contradições diversas, sendo que de um lado tem-se o indivíduo necessitado e de outro a inexistência financeira do Estado em conceder todos os pleitos da saúde, conforme Paim (1992), citado por Paim e Almeida filho (1992 p. 70):

Os atuais desafios da saúde coletiva não se limitam à formação profissional, à produção de conhecimentos, à renovação conceitual e epistemológica dentro do campo institucional ainda reconhecido como saúde pública. Tais desafios atravessam toda a organização social, desde a produção, distribuição e consumo de bens e serviços até as formas de organização do Estado e dos seus aparelhos nas relações com a sociedade e a cultura.

Não se pode olvidar que os direitos sociais, assim como os direitos e as liberdades individuais, implicam tanto na prestação de direitos em sentido estrito, sendo, portanto, um direito positivo, quanto direitos de defesa, sendo um direito negativo. Isto é, tanto em uma, quanto a outra é necessário o dispêndio de recursos públicos para garantir sua aplicabilidade (MENDES, 2011).

Portanto, a falta de suportes financeiros para satisfazer as necessidades sociais de todos, implica em escolhas ¹alocativas, as quais seguem critérios de justiça distributiva, o que implica no quanto disponibilizar e a quem atender, configurando-se como típicas opções políticas, as quais, no entendimento de Mendes (2011) pressupõem escolhas trágicas pautadas por critérios de macrojustiça.

Significa dizer, que a escolha da destinação de recursos para certa política e não para outra, leva em consideração fatores, como o número de cidadãos atingidos

¹ Visa desviar o emprego de uma parcela dos recursos da economia para oferta e ou provisão de bens e serviços tidos públicos.

pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, entre outras (MENDES, 2011).

Assim, Mendes (2011) menciona que a partir dessa análise o poder judiciário, o qual tem a missão de realizar a justiça no caso concreto, em muitas vezes não tem condições de ao analisar determinada pretensão da prestação do direito a saúde solicitada as consequências de recursos públicos destinados em benefício de uma parte, sem que haja um prejuízo para o todo.

Entretanto, aqueles que defendem a atuação do poder judiciário na concretização dos direitos sociais, como o direito à saúde, alegam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o mínimo existencial de cada qual dos direitos (existência do princípio da dignidade da pessoa humana), não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial (MENDES, 2011).

Deste modo, a judicialização da saúde ganhou imensa importância tanto teórica como de forma pragmática entre a sociedade civil, principalmente entre os operadores do direito, gestores públicos e profissionais da área da saúde.

Tem-se dois lados que partem deste pressuposto, de um lado a representação do judiciário a fim de dar exercício efetivo na cidadania e de outro lado as decisões que acabam por compelir os executores das políticas públicas na garantia prestacional do direito à saúde, sendo que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve (MENDES, 2011).

Assim, um significativo número de ajuizamentos judiciais de demandas relacionadas ao direito à saúde e suas múltiplas controvérsias judiciais acabaram por motivar a convocação pela presidência do Supremo Tribunal Federal, de audiência pública sobre a matéria, na época por Gilmar Mendes. Sendo que após ouvir os depoimentos prestados por representantes dos diversos setores envolvidos, restou clara a necessidade de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil (MENDES, 2011).

Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão da necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade

de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas (MENDES, 2011).

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é necessário diferenciar os tratamentos experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo SUS, pois este filiou-se à corrente da Medicina com base em evidências (MENDES, 2011).

Com isso, adotaram-se os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses (MENDES, 2011).

No entanto o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa. Portanto, se por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro, a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acaba por prejudicar o acesso de pacientes do SUS de tratamento há muito prestado pela iniciativa privada (MENDES, 2011).

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas (MENDES, 2011).

Necessário enfatizar o mínimo existencial, “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”, constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, protegido contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 25).

Portanto, a garantia do mínimo existencial independe de previsão constitucional para o seu reconhecimento, tendo em vista que decorre da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. Havendo previsão constitucional de direitos sociais, esta não retira do mínimo existencial sua condição de garantia fundamental autônoma (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

4.1 Dos argumentos contestacionais utilizados pelos entes estatais

Destarte, de um lado tem-se um indivíduo clamando pela assistência sanitária com fundamento constitucional, e de outro tem-se o Estado arguindo o princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e outros mecanismos de forma a se desonerar da obrigação imposta.

No entanto, tais argumentos não se sustentam no entendimento judiciário, muito embora haja divergências doutrinárias quanto a efetivação da proteção da norma constitucional do direito a saúde decorrente dos princípios do mínimo existencial e reserva do possível, neste sentido o STF se posicionou no informativo 502, 14 a 18.04 de 2008, ao definir a responsabilidade objetiva do Estado, em pagar todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular, com o profissional requerido pelo autor, tendo em vista ter ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública.

Além disso, entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada por parte do Estado de Pernambuco, de maneira a aduzir-se que “entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último” (2015, www.stf.jus.br).

Outrossim, o fato de que para que ocorra a efetivação dos direitos de caráter social há a dependência de recursos econômicos, o que levaria a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do poder judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível (MENDES, 2011)

No entanto, tais argumentos também não prosperam, e Mendes (2011) nos mostra que em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado tem uma variação de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o estado tem de dispor de determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de direito social como a saúde, deve dispor de valores

variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Sendo que gastar mais recursos com uns do que com outros estabelece critérios distributivos para esses recursos da saúde.

4.1.2 Da reserva do possível

A reserva do possível configura a reserva das capacidades financeiras do Estado em efetivar os direitos sociais a prestações materiais, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras pelos cofres públicos, dependendo, portanto, da real disponibilidade de recursos financeiros do ente estatal (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

Nesta seara, o Egrégio Tribunal Gaúcho se manifesta contrariamente ao princípio da reserva do possível suscitada pelo ente Estatal tendo em vista que as limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de argumento para negar o direito à saúde e à vida do cidadão:

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - LETROZOL - PARA TRATAMENTO DE NEOPLASIA DE MAMA (CID-10 C50). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO, DO MUNICÍPIO E DA UNIÃO PELO ENCAMINHAMENTO DO PACIENTE AO CACON. TRATAMENTO ONCOLÓGICO. 1. Possível o julgamento monocrático do apelo do Município, já que o entendimento exposto na sentença adéqua-se àquele dos Tribunais Superiores e desta Corte Estadual. 2. Incumbe ao Município, aos Estados e à União, solidariamente, fornecer tratamento médico aos cidadãos, o que inclui os medicamentos necessários para tratar suas enfermidades. 3. **Inocorre ofensa aos princípios da reserva do possível, pois não há comprovação de que o fornecimento do fármaco deste gênero possa provocar o colapso do sistema. Eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado.** 4. Ainda que o tratamento deva ser fornecido pela União, através de um dos CACONs, é dever dos entes públicos providenciar o devido encaminhamento da parte autora ao CACON ou UNACON, para que receba as drogas indicadas, garantindo-lhe as condições de saúde e sobrevivência dignas, com amparo nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal, porquanto demonstrada a necessidade dos medicamentos para o câncer que acomete a parte autora, bem como sua carência financeira para adquiri-los. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo nº 70066092727, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 09/09/2015) (Grifado no original, grifo próprio).

Destarte, quanto mais escassa a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que leva a necessidade da busca de aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática

do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas, tanto no plano de atuação do legislador, quanto na esfera administrativa, Leal (2006), citado por Sarlet; Figueiredo, (2010).

4.1.3 Da ilegitimidade passiva do Estado

Vislumbrando a jurisprudência pátria, no âmbito dos Tribunais de Justiça, Tribunal Regional Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é visto que não há que se falar em ilegitimidade passiva dos entes públicos ou impossibilidade de condenação solidária. Sendo que compete àquele contra quem for ajuizada a demanda a sua concessão, esteja ou não o medicamento incluído na lista do SUS. Sendo necessária a comprovação e a necessidade do fornecimento do medicamento pleiteado, bem como a carência financeira da parte ante a aquisição dos medicamentos, produtos ou serviços de saúde, devendo ser julgado procedente o pedido (2015, www2.tjrf4.jus.br), conforme entendimento retro:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ONCOLÓGICO. LEGITIMIDADE DAS PARTES. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO DEMONSTRADA. HIPOSSUFICIÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS.

1. A troca de medicamento ou tratamento inicialmente pleiteado, no curso processual, não caracteriza a alteração do pedido e, por isso, não impede o prosseguimento do feito e a prolação de sentença de procedência, uma vez que a essência da tutela buscada na inicial é o tratamento necessário para garantir a vida e a saúde do paciente. Afastada a alegação de nulidade da sentença em razão de suposta decisão extra petita.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios nas ações onde se postula fornecimento público de medicamentos ou tratamento médico, sendo que a solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais.

3. O fato de ser atribuição dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia e similares o fornecimento de tratamento oncológico não altera a responsabilidade solidária dos entes federativos no estabelecimento de sistema eficaz para operacionalização da prestação do direito constitucional à saúde. Assim, os estabelecimentos credenciados junto à Rede de Atenção Oncológica não detêm legitimidade para figurar no polo passivo das ações onde postulado a disponibilização de tratamento pelo Poder Público.

4. Em casos onde a prestação buscada não está entre as políticas do Sistema Único de Saúde, não basta, para o reconhecimento do direito invocado pela parte autora, prescrição médica. Imprescindível, em primeira linha, a elaboração de parecer técnico emitido por médico vinculado ao Núcleo de Atendimento Técnico, do Comitê Executivo da Saúde do Estado,

ou, na sua ausência ou impossibilidade, por perito especialista na moléstia que acomete o paciente, a ser nomeado pelo juízo.

5. No caso em tela, demonstrada a imprescindibilidade do tratamento postulado, consistente na conjugação da necessidade e adequação do fármaco com a ausência de alternativa terapêutica, no que mantida a procedência da demanda.

6. Ausente, na política de dispensação de medicamentos, inserida dentro do contexto das ações e serviços referidos na Constituição, qualquer comando condicionando a prestação pública à renda do interessado ou a de sua família, no que desnecessária a produção de prova atestando a hipossuficiência do paciente.

7. Hipótese em que mantido o valor fixado pelo magistrado de origem a título de honorários advocatícios, porquanto dentro dos patamares que a Turma entende por adequado em casos similares.

8. A solidariedade na obrigação principal não se estende implicitamente à obrigação acessória, tanto mais que essa concorrência passiva na relação jurídica obrigacional (solidariedade passiva) decorre de lei. Não há que se falar, portanto, em solidariedade no pagamento de honorários advocatícios ou reembolso de honorários periciais, os quais devem ser estimados de forma individualizada - e, neste caso, em partes iguais - por vencido. Reformada a sentença no ponto (Apelação/Reexame Necessário no processo 5010984-37.2014.404.7204, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, julgado em 09/09/2015) (Grifado no original, grifo próprio).

4.1.4 Da orientação genérica exarada pelo Departamento Médico Judicial

Outro argumento utilizado pelo ente Estatal, conforme o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul são os pareceres do Departamento Médico Judiciário, o qual faz uma análise do medicamento ou do insumo pleiteado. No entanto, o entendimento é pacificado, de que um parecer genérico não pode prevalecer sobre o atestado elaborado pelo médico assistente do paciente, o qual analisa caso a caso, estando o médico assistente na presença do paciente, observando a evolução do seu quadro doentio:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. REJEIÇÃO. - Sendo o juiz o destinatário da prova, a ele incumbe a formação de seu convencimento, cabendo-lhe a condução do feito nos termos dos artigos 130 e 131, do CPC. Se, à vista das provas documentais carreadas ao feito lhe pareceu dispensável a realização de demais provas, não há cogitar de cerceamento de defesa. MÉRITO. ESTADO. SAÚDE. MEDICAMENTO NÃO DISPONIBILIZADO PELO SUS: ARTICO (SULFATO DE GLICOSAMINA + SULFATO DE CONDROITINA). DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. PROVAS DA NECESSIDADE E DA INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA AQUISIÇÃO. - Sentença ilíquida condenatória em face da Fazenda Pública sujeita ao reexame necessário, conforme Súmula 490 do STJ. - O direito à saúde e a solidariedade dos entes públicos na sua garantia é matéria já pacificada tanto neste Tribunal de Justiça quanto nas Cortes Superiores. Trata-se de

interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os arts. 196 e 198 da Constituição Federal, não sendo oponível ao cidadão qualquer regulamentação que tolha seus direitos fundamentais à saúde e à dignidade. EXISTÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. ORIENTAÇÃO GENÉRICA DO DMJ. ARTICO. - **A declaração do médico da parte autora não pode sucumbir diante de afirmação em abstrato de ineficácia do tratamento, levando-se em conta o fato de o medicamento estar devidamente registrado na ANVISA. - A orientação exarada pelo DMJ é genérica, sem a análise da situação individual do paciente, razão pela qual não pode prevalecer sobre o atestado elaborado pelo médico assistente da parte autora.** PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação Cível nº 70066383118, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 08/09/2015) (Grifado no original, grifo próprio)

4.2 Da falta de solução da demanda, das políticas públicas e dos gastos insólitos

Destarte, faz-se necessária a melhor adequação das políticas públicas de saúde, de modo a desonerar o ente estatal de gastos de verbas públicas desnecessárias e desafogar o judiciário da extensa quantidade de processos desta alínea.

E para que haja o funcionamento na área da saúde de forma pragmática, necessário se faz atentar a urgência da demanda e ao risco do paciente, portanto ao solicitar determinada prestação de saúde (insumo, medicamento, internação hospitalar, entre outros), tal requerimento deveria dar início a um processo administrativo célere, de modo a ser avaliado por especialistas locais, no momento do próprio requerimento, com prazo exíguo, para que ocorra a possível ação prestacional.

Visto isso, é que foi realizada uma pesquisa, a fim de esboçar a realidade fática, de maneira exemplificativa para entender como esse contexto da judicialização da saúde vem ocorrendo. Para tanto foram analisados dados de processos da Justiça Estadual, bem como da Justiça Federal da comarca e da subseção de Santa Cruz do Sul.

No decorrer do trabalho, as pesquisas dos processos da Justiça Estadual ocorreram na sede da Defensoria Pública local, realizado em um dia, no turno da manhã, a fim de selecionar uma amostragem dos processos que o órgão prestou atendimento aos assistidos nos meses de julho e agosto do ano de 2015. Seguindo a pesquisa com a busca de dados no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio

Grande do Sul.

Para tanto, no mês de julho, houve um total de 51 atendimentos e no mês de agosto houve 48 atendimentos aos assistidos, que já tem processos judiciais, com intuito de requerer ao judiciário o bloqueio de valores para aquisição ou restituição dos medicamentos, uma vez que eles não foram dispensados pelo ente estatal, mesmo havendo a tutela antecipada concedida e a sentença procedente.

As pesquisas da Justiça Federal ocorreram de igual forma, sendo que em um dia, no turno da tarde, na sede da Justiça Federal na subseção de Santa Cruz do Sul foram selecionados o número de processos de amostragem, sendo utilizados 05 processos, de um total de 21 processos na área da saúde, sendo posteriormente analisados os dados no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Foram observados os seguintes dados: orientação sexual, tipo de prestação solicitada, pedido de tutela antecipada e seu deferimento ou indeferimento, pedido de bloqueio de valores a fim de aquisição ou restituição e seu deferimento ou indeferimento e a procedência ou improcedência da ação. Os quais estão ilustrados nos quadros abaixo:

Nº do processo	Propositura da ação	Sexo	Prestação solicitada	Tutela antecipada	Bloqueio para Aquisição/ Restituição de valores (deferido/ Indeferido)	Sentença
026/1.15.0002142-7	01/04/2015	Fem.	Medicamento	Deferida	Bloqueio aquisição deferido	Procedente
026/1.15.0001430-7	12/03/2015	Fem.	Medicamento	Deferida	Bloqueio aquisição deferido	Não havia até o momento
026/1.14.0006394-2	12/08/2014	Masc.	Medicamento	Deferida	Bloqueio restituição deferido	Não havia até o momento
026/1.12.0002171-5	04/04/2015	Fem.	Medicamento	Deferida	Bloqueio aquisição deferido	Procedente
026/1.13.0002832-0	12/04/2013	Fem.	Medicamento	Deferida	Bloqueio aquisição	Procedente

Os dados do quadro acima se referem aos processos da Justiça estadual de Santa Cruz do Sul, extraídos dos atendimentos prestados aos assistidos da Defensoria Pública local. Fazem referência ao mês de julho do corrente ano, em um total de 51 atendimentos.

Nº do processo	Data da Propositura da ação	Sexo	Prestação solicitada	Tutela antecipada	Bloqueio para Aquisição/ Restituição de valores (deferido/ Indeferido)	Sentença
026/1.14.0004603-7	27/05/2014	Fem.	Medicamento	Deferida	Bloqueio restituição deferido	Não havia até o momento
026/1.09.0009891-7	23/11/2009	Masc.	Medicamento	Deferida	Bloqueio Aquisição deferido	Procedente
026/1.14.0010532-7	11/12/2014	Masc.	Medicamento	Deferida	Bloqueio Aquisição deferido	Procedente
026/1.13.0002832-0	12/04/2013	Fem.	Medicamento	Deferida	Bloqueio Aquisição deferido	Procedente
026/1.09.0000467-0	16/01/2009	Fem.	Medicamento	Deferida	Bloqueio Aquisição deferido	Procedente

Os dados do quadro acima se referem aos processos da Justiça estadual de Santa Cruz do Sul, extraídos dos atendimentos prestados aos assistidos da Defensoria Pública local. Fazem referência ao mês de agosto do corrente ano, em um total de 48 atendimentos.

É possível perceber que em todos os processos da justiça estadual foram deferidas a antecipação de tutela, assim como em muitos já há sentença procedente condenatória. No entanto, nem mesmos essas decisões do judiciário foram possíveis na solução da demanda, causando danos à vida do cidadão, que permanece mês a mês sem o fornecimento da sua prestação de saúde necessária a sobrevivência, devendo incorrer ao pedido de bloqueio de valores ou de execução de sentença.

Nº do processo	Propositura da ação	Sexo	Prestação solicitada	Tutela antecipada	Bloqueio para Aquisição/ Restituição de valores (deferido/ Indeferido)	Sentença
50002550320154047111	20/01/2015	Fem.	Medicamento	Deferida	Não houve	Procedente
50003312720154047111	26/01/2015	Masc.	Medicamento	Deferida	Não houve	Procedente
50033065620144047111	28/06/2012	Masc.	Produto (aparelho para vias aéreas)	Deferida	Não houve	Parcialmente procedente
50031584520144047111	10/04/2014	Fem.	Medicamento	Deferida	Bloqueio aquisição deferido	Extinto sem resolução do mérito, perda do objeto da ação
50085125120144047111	25/11/2014	Fem.	Medicamento	Não houve	Não houve	Não havia

Os dados do quadro supramencionado se referem aos processos da Justiça Federal, extraídos dos processos em tramitação no sistema digitalizado, de um total de 21 processos na área da saúde.

Visto isso, é possível fazer a seguinte análise, demonstrando os requisitos, como a precária condição financeira e a negativa de prestação de saúde pelo ente Estatal, assim como a urgência da demanda, o que em se tratando de saúde é inequívoco a urgência, ocorre o deferimento da tutela antecipada.

Nos processos da Justiça Estadual, foi possível perceber que ao ingressar judicialmente, estando configurados os requisitos da tutela antecipada (*fumus boni iuris e periculum in mora*), esta é deferida, obrigando o Estado a fornecer imediatamente o serviço solicitado. Sendo que a própria prova juntada com o

pedido inicial já serve de base para que seja concedida antecipadamente a prestação solicitada. Já na Justiça Federal, inicialmente é realizada prova pericial a fim de que o médico perito avalie o paciente e diga se realmente o remédio será necessário e eficaz para a doença que acomete o autor. Só então com a resposta do médico, o qual após a perícia deve juntar o laudo aos autos no prazo exíguo de 48 horas, de que a doença corresponde com o fármaco pleiteado é deferida a antecipação de tutela compelindo a União a fornecer ao cidadão, comprovando nos autos a medida sob pena de multa diária.

Ademais, até os devidos trâmites, o paciente fica restrito de qualquer atendimento ou fornecimento do serviço de saúde, tendo em vista o tempo que decorre em ingressar com a medida judicial, até serem realizadas às análises pelo Juiz e pelo Estado-réu, e até o devido cumprimento, que muitas vezes nem mesmo com sentença procedente o Estado é capaz de regularizar a situação do cidadão que teve o seu direito reconhecido.

Outrossim, cabe mencionar aqui que para cada necessidade do autor é necessário intentar um nova medida judicial, ou seja se no dia de hoje são necessários dois medicamentos e se ingressa com ação judicial pleiteando-os, no dia seguinte se necessários outros dois medicamentos não se admite incluir no processo judicial já existente, sendo necessário ingressar com nova ação judicial, conforme os dados da justiça estadual.

Neste sentido o judiciário não se mostra eficaz, e quem perde é o cidadão necessitado, que fica de mãos atadas ao ter uma sentença procedente condenando o estado a fornecer a prestação solicitada na qual não é resolúvel ao caso concreto. Portanto tem-se aí uma problemática.

Como se vê, a problematização da saúde pública é muito mais de cunho político, podendo e devendo ser resolvido com políticas públicas e administração eficaz, ao invés de depender da interferência do Poder Judiciário em conceder um direito estabelecido constitucionalmente. Pois o que é visto, nas reiteradas jurisprudência, é que nada se tem a discutir quanto o direito à saúde, e sim em coagir o Estado a fornecer a prestação de saúde solicitada, negada administrativamente por ele.

Desta forma as notícias de má administração pública e gastos extraordinários de medicamentos e produtos que são jogados fora no Brasil, produtos estes que se distribuídos de forma organizada atenderia tranquilamente a toda população, são

inúmeros:

cerca de 6 milhões de medicamentos avaliados em R\$ 13 milhões serão incinerados em Minas por terem perdido a validade. O Governo de Minas jogou fora R\$ 13 milhões em medicamentos vencidos que não foram distribuídos em 2014. As caixas já estavam no depósito da empresa contratada pelo Estado para distribuí-los na rede pública mas, por algum motivo, não chegaram às prateleiras dos hospitais e perderam a validade. Faltam 123 tipos de medicamentos nos postos de saúde do Estado (MENEZES, 2015, www.noticias.r7.com).

mais de duas toneladas de medicamentos e equipamentos hospitalares, que poderiam estar salvando vidas, foram encontrados jogados em depósitos e prédios de órgãos públicos de Várzea Grande, na região metropolitana de Cuiabá. Os remédios estavam com o prazo de validade vencido. O atual secretário de saúde afirma que os medicamentos e equipamentos foram abandonados pela gestão anterior, que deixou o governo no ano passado (JORNAL HOJE, 2015, www.g1.globo.com).

Ainda, é crescente a quantidade de equipamentos inutilizados pelo SUS, os quais poderiam diagnosticar doenças através de exames, assim como máquinas que possibilitariam a sobrevivência dos pacientes:

[...] o Sistema Único de Saúde (SUS) tem hoje cerca de 37 mil equipamentos fora de uso em todo o país, mostra levantamento inédito feito pelo jornal O Estado de São Paulo, com base em dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) do Datasus. São aparelhos para os mais diversos fins, desde equipamentos para diagnóstico por imagem, como ultrassom e tomógrafo, até máquinas que asseguram a sobrevivência dos pacientes, como cadeiras de hemodiálise e incubadoras para recém-nascidos. O Rio Grande do Sul é o terceiro Estado com o maior percentual de aparelhos fora de uso em relação ao total de máquinas existentes nas unidades de saúde gaúchas. São 3.551 equipamentos inutilizados, 7,2% do total. Em primeiro e segundo lugar são Rondônia e Distrito Federal (ESTADÃO, 2015, www.noticias.uol.com.br).

As notícias relatam a problemática de todo país, mas ao se aproximar da nossa realidade, tem-se que o Rio Grande do Sul é o estado onde incide o maior número de ações judiciais na área da saúde em tramitação:

com 113 mil processos, o Rio Grande do Sul é campeão nacional em ações judiciais na saúde. Mais da metade dos processos envolvendo remédios ou tratamento médico, no país, tramita em território gaúcho (TREZZI; OTERO, 2015, www.zh.clicrbs.com.br).

Deste modo, a judicialização da saúde leva a uma grande oneração do Estado, pois, além de gastos processuais decorrentes das ações judiciais, que em grande parte tramita pela assistência judiciária gratuita, bem como pelo trabalho desenvolvido pelos Defensores Públicos, Defensores Dativos e serventuários da

justiça, há também, muitas vezes a aplicação de multas (diárias ou por hora) do descumprimento da decisão proferida, bem como o sequestro de valores na conta do ente estatal, de produto com valor de mercado, de modo a possibilitar o serviço solicitado, ante a urgência do atendimento das demandas.

A reportagem realizada pelo site saúde business (2015), constata o aumento de despesas geradas ante o não fornecimento administrativo solicitado, o que acarreta em ônus para o Estado:

as despesas do Ministério da Saúde geradas por ações judiciais vêm crescendo em ritmo cada vez maior. Nos últimos três anos, o valor pago na chamada "judicialização da saúde" saltou de R\$ 367 milhões em 2012 para R\$ 844 milhões em 2014; um aumento de 129%. O acumulado desse período é de R\$ 1,76 bilhão (FOLLI, 2015, www.saudebusiness.com).

Sabe-se que o Estado democrático de direito foi instituído com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o intuito, através da democracia, de assegurar igualdade a população a fim de que todos tenham uma vida digna, tendo como suporte o Estado financiador dos direitos sociais.

Assim, a participação da comunidade nas ações da saúde propostas pelo estado é o que dá forma a sua eficácia e aplicabilidade, pois "um dos pressupostos para a realização dos direitos fundamentais é o exercício da cidadania" (PILAU SOBRINHO, 2010, p.214).

Como já mencionado no capítulo anterior, essa participação da comunidade tem se realizado crescentemente através do ingresso de demandas judiciais no Poder Judiciário. Nota-se que há uma averiguação da prestação de saúde com a necessidade do autor/cidadão, em decorrência da negativa do Estado, afim de compelir este ao fornecimento.

Portanto, para concretizar esse modelo de vida social que vem cristalizado na Constituição Federal não pode ser ignorado pelo Estado como um todo, compreendendo o poder Legislativo e em especial o Judiciário, incluindo também, como já mencionado a sociedade que é detentora da soberania e do dever de fiscalização dos atos estatais.

Dessa forma, pode-se dizer que a Constituição Federal vigente, conforme nos explica Cléve (2003), citado por Spengler; Etges (2010, p. 329):

[...] tem uma dimensão política, tem outra dimensão que é despolitizadora, quer dizer, isto que está definido politicamente a partir de agora é direito e,

como questões nucleares, estão e haverão de estar fora do debate político, porque são princípios fundamentais, porque são objetivos fundamentais, porque são cláusulas pétreas, porque são direitos fundamentais. O papel da política, nesta circunstância, é decidir “o como”, porque “o que” já está definido pela Constituição.

A partir disso é que vão atuar os poderes do Estado. No entanto inicia uma confusão entre eles, em virtude de o Judiciário em muitas vezes ter tomado decisões em face da deficiência do Estado em implementar suas políticas públicas, que visem a concretização dos direitos de segunda geração.

Sendo assim, esse tema ainda é muito polêmico, conforme Etges; Spengler (2010, p. 330):

[...] principalmente pela quebra de paradigma – possibilidade do juiz substituir o administrador público na condição de políticas públicas - encontra óbices não somente jurídicos – como o princípio da separação e harmonia dos poderes e o princípio da legalidade – mas sobretudo fáticos, como é o caso da escassez de recursos financeiros do Estado.

Há quem defenda a judiciabilidade dos direitos sociais, contidos no artigo 5º, §1º, da CF, pois como já visto, todas as normas de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, por isso o judiciário não poderia se desviar da tarefa de concretizá-los, mesmo ocorrendo a interrupção na seara do mérito administrativo.

Por outro lado, há também quem defenda a judiciabilidade das políticas públicas, mudança ocorrida também com a Constituição de 1988, de que as políticas públicas devem se harmonizar às diretrizes constitucionais como pressupostos de validade (ETGES; SPENGLER, 2010).

Não se pode negar o valor jurídico das normas que tutelam os direitos sociais e o seu caráter vinculativo aos órgãos do Estado. Portanto os argumentos da separação de poderes, da reserva legislativa e as demais objeções opostas à judiciabilidade dos direitos sociais devem ceder sempre que em conflito com o valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou em hipóteses de bens constitucionais colidentes, sejam eles fundamentais ou não, resultarem da prevalência do direito prestacional social (SARLET, 1998, citado por ETGES; SPENGLER, 2010).

Visto isso, resta claro que os direitos fundamentais são utópicos. Ora, se eles têm aplicabilidade imediata, deve o Estado em todas as suas esferas organizar-se política e economicamente, a fim de que esses direitos tenham sua efetividade, conforme a Constituição Federal. No entanto, não é isso que vemos, e assim a

judicialização da saúde cresce em grande escala, necessitando cada vez mais da interferência do Judiciário.

5 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado no presente trabalho monográfico, verifica-se a falta de organização estatal quanto ao fornecimento de assistência à saúde aos cidadãos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o direito à saúde veio previsto no rol dos direitos fundamentais, sendo classificado como direitos de segunda geração. No entanto, muito embora haja previsão Constitucional do bem jurídico maior e mais relevante que se trata do direito à saúde e conseqüentemente do direito à vida, de forma funcional, tais direitos não dão conta da demanda requerida pelos cidadãos.

Posteriormente a promulgação da Carta Magna, sobreveio as Leis Orgânicas da Saúde, como as leis 8080/90, 8142/90 e 7508/11, que criaram o Sistema Único de Saúde e suas atribuições e administração, sendo que sua própria tipificação já traz a ideia de igualdade, universalidade e integralidade, o qual foi criado a fim de regulamentar esse direito tão relevante a todos que é o direito à saúde.

No entanto, muito embora a lei tenha estabelecido critérios de organizações e princípios básicos, é visto que de forma pragmática esse sistema encontra muitos problemas. Momento em que entra a atuação do Poder Judiciário e as petições solicitando prestações de saúde, as quais são fundamentais à vida de cada cidadão.

Perceptível à ênfase dada no tocante à previsão constitucional do tema escolhido, e não é para tanto, a matéria trata de direitos fundamentais, protegidos constitucionalmente.

Destarte, como referido no primeiro capítulo do presente trabalho não há como falar em direito à saúde e não mencionar o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, pois há ligação entre eles. Trata-se de preceito constitucional, pois hoje encontra-se positivado, no entanto os direitos fundamentais são universais e são anteriores à ideia de constitucionalismo, pois a Constituição reflete a positivação dos direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados.

Ademais, o segundo capítulo nos trás as referências básicas das leis orgânicas de saúde e os termos principiológicos do Sistema Único de Saúde, os quais perfeitamente, diante de sua sistemática, atendem as necessidades dos cidadãos ante o fornecimento de prestação sanitária.

Contudo, no último capítulo invocamos pesquisas e reportagens que demonstram a quantidade de ações judiciais pleiteando serviços sanitários não

fornecidos pelos entes estatais, principalmente no Estado do Rio Grande do Sul, o qual é campeão em ações judiciais pleiteando assistência à saúde, o que significou que mais da metade dos processos envolvendo remédios ou tratamento médico, no país, tramita em território gaúcho.

Motivo pelo qual é que foi realizada uma pesquisa, onde foram analisados dados a fim de esboçar a realidade fática do contexto da judicialização da saúde e como ela vem ocorrendo.

Para tanto foram analisados dados de processos da Justiça Estadual, bem como da Justiça Federal da comarca e da subseção de Santa Cruz do Sul, como: orientação sexual, o tipo de prestação solicitada, pedido de tutela antecipada e seu deferimento ou indeferimento, pedido de bloqueio de valores a fim de aquisição ou restituição e seu deferimento ou indeferimento e a procedência ou improcedência da ação.

Conforme estudado, tais demandas, em suma, requerem uma prestação de saúde, para aqueles cidadãos que comprovadamente não têm condições de arcar com tais despesas, bem como tem seu pedido indeferido no âmbito administrativo ou então nem reconhecido.

Aqui não se discute a fundamentação constitucional, pois já há entendimento uníssono, inequívoco e pacífico, do direito líquido e certo do cidadão a receber do Estado a prestação de saúde adequada para a manutenção do seu direito à vida e a dignidade humana. O que se discute é a imposição do judiciário feita a qualquer um dos entes estatais, pois não há ilegitimidade passiva entre eles sendo todos coobrigados a conceder aos cidadãos a medida solicitada.

É visto que há postergação do direito à saúde e ônus para ambas as partes, pois tanto o cidadão que não tem de pronto o seu direito sanitário atendido, sendo necessário passar por descontentamento administrativo, por demora judiciária e cumprimento da medida, de maneira a prejudicar o seu tratamento causando visível dano de difícil, prejudicando e causando outros efeitos colaterais, ou incerta reparação, como a morte do agente. E para os entes estatais resta claro o gasto existente dúplice, com os gastos processuais decorrentes das ações judiciais, que em grande parte tramitam pela assistência judiciária gratuita, bem como pelo trabalho desenvolvido pelos Defensores Públicos, Defensores Dativos e serventuários da justiça, há também, muitas vezes a aplicação de multas (diárias ou por hora) do descumprimento da decisão proferida, bem como o sequestro de

valores na conta do ente estatal, de produto com valor de mercado, de modo a possibilitar o serviço solicitado, ante a urgência do atendimento das demandas.

Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais no âmbito da saúde são utópicos, pois conforme as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais eles têm aplicação imediata, e como visto isso não ocorre, gerando um ônus infinito em termos não apenas econômicos, mas morais, ao cidadão necessitado, ferindo atentadamente a sua dignidade humana, assim como para os entes estatais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). O sistema único de saúde e as leis orgânicas da saúde. *SUS, sistema único de saúde: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. São Paulo: Martinari, 2011. p. 41-68.

BARROSO, Roberto. *ARE 801676 AgR/PE – PERNAMBUCO. AG.REG.* Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em: 19/08/2014. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 maio 2015.

BOBBIO, Norberto. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: _____ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15-24.

BONZANINI, Marilene. *Agravo 70064685340/RS*. Julgado em 14/05/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 maio 2015.

_____. *Agravo 70066383118/RS*. Julgado em 08/09/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 out 2015.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. Direito à vida e a saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever Constitucional do Poder Público. *RE 271.286*. Ministro relator: Celso de Mello. 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 659156/RS*. Ministro relator: Sérgio Kukina. 28 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 de out. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 831385/RS*. Ministro Relator: Roberto Barroso. 26 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 03 de out. de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal. *Apelação/Reexame Necessário no processo 5010984-37.2014.404.7204*. Relator: Fernando Quadros da Silva. 09 set 2015. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br>>. Acesso em 03 out. de 2015.

DELGADO, Eduardo. *Apelação Cível 70062458849/RS*. Julgado em 08/06/2015. DJ 08/05/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

ETGES, F. M.; SPENGLER, F.M. A crise na prestação jurisdicional: os Direitos Sociais e a Judicialização da política no espaço local. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. 1. Ed. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 323-353.

FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 11-50.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: _____. *Direito à saúde. Estado de direito e jurisdição constitucional 2002 - 2010*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69-74.

MORAES, Alexandre de. Direitos e garantias fundamentais. In: _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 19-86.

_____. Direitos e garantias fundamentais. In: _____. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25-116.

_____. Direitos e garantias fundamentais. In: _____. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33-130.

MORAIS, José Luis Bolzan. Os aspectos normativos dos interesses transindividuais. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 157-206.

NOTÍCIAS. São Paulo. R7. Disponível em <<http://www.noticias.r7.com>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. São Paulo. *Globo.g1*. Disponível <<http://www.globo.com>>. Acesso em 03 set. 2015.

_____. São Paulo. *Estadão*. Uol. Disponível <<http://www.noticias.uol.com.br>>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____. São Paulo. *Saúde Business*. Disponível <<http://www.saudebusiness.com>>. Acesso em 03 set. 2015.

PILAU SOBRINHO L. L. Os caminhos da democracia sanitária pela atuação dos conselhos de saúde. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 307-322.

PINHEIRO R. et al. Demanda em saúde e direito à saúde: Liberdade ou necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constitucionais das práticas de integralidade. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. (Orgs.). *Construção social da demanda*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005. p. 11-32.

PLANALTO. Brasília. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Cível 70064222441/RS*. Rel. Ministra Laura Louzada Jaccottet. Segunda Câmara Cível, julgado em 14/05/2015. DJ 14/05/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 maio 2015.

_____, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 23 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 247-344.

_____, Ingo Wolfgang. Teoria da mudança constitucional – a reforma e a mutação constitucional. In: _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 247-344.

_____, Ingo Wolfgang. In: Sarlet, I.W.; Timm, L.B. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 13-50.

SILVA, A. C.; PEREIRA, A. D. A importância do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz para a solução das questões bioéticas. In: Goerzlaski, C.; Reis, J.R. 2. ed. *Direitos fundamentais conhecer para exercer*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 151-178.

SAÚDE. São Paulo. *Portal*. Disponível em: <<http://www.portalsaude.saude.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

SIMIONI, Ariani. *O estudo da geração do direito fundamental ocidental à saúde na Constituição Federal Brasileira de 1988 e na Constituição da República Portuguesa de 1976 à luz da proposição Habermasiana da ética discursiva*. Santa Cruz do sul, 2014. Disponível em: <http://www.esserenelmondo.com>. Acesso em: 28 maio 2015.

TAVARES, André Ramos. Dos direitos sociais e coletivos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 837-891.

ZERO HORA. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.zh.clicrbs.com.br>>. Acesso em: 03 set. 2015