AUTARQUIA ASSOCIADA À UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

CONTRIBUIÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL FACE A INOPERÂNCIA DO PODER PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES

Lara Lívia Cardoso Costa Bringel

Tese apresentada como parte dos requisitos para obtenção do Grau de Doutor em Ciências na Área de Tecnologia Nuclear - Aplicações

Orientador:
Prof. Dr. Carlos Alberto Zeituni

São Paulo
2017

INSTITUTO DE PESQUISAS ENERGÉTICAS E NUCLEARES
Autarquia associada à Universidade de São Paulo

CONTRIBUIÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL FACE A INOPERÂNCIA DO PODER PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES

Lara Lívia Cardoso Costa Bringel

Tese apresentada como parte dos requisitos para obtenção do Grau de Doutor em Ciências na Área de Tecnologia Nuclear - Aplicações

Orientador:
Prof. Dr. Carlos Alberto Zeituni

Versão Corrigida
Versão Original disponível no IPEN

São Paulo
2017

Dedico este trabalho à Deus, Maria e à minha família indistintamente. Sem eles eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

A toda minha família, em especial, meus pais Aluisio e Marié, meu marido José, meus filhos Antonela e Benício, minha tia Bárbara e a Patrícia. Me ajudaram de maneira singular para que eu concluísse mais esta etapa.

Aos demais familiares, que torceram pela concretização deste sonho.

A todos os meus amigos que contribuíram direta ou indiretamente, em especial, ao meu saudoso amigo Manoel Bonfim Furtado Correia (in memoria), Emanuelle Araújo Furtado Correia e Karine Alves Gonçalves Mota.

Aos professores e o corpo administrativo por todo conhecimento e experiências inesquecíveis; em especial ao Fernando J. F. Moreira e a professora Nanci do Nascimento (in memoria), ambos sempre motivadores fiéis do programa.

Ao meu orientador, Dr. Carlos Alberto Zeituni, indiscutivelmente disposto e comunicativo no que tange à elaboração desta tese.

CONTRIBUIÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL FACE A INOPERÂNCIA DO PODER PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES

LARA LÍVIA CARDOSO COSTA BRINGEL

RESUMO

O presente trabalho destina-se à apresentar uma contribuição contemporânea no que tange ao debate existente acerca da efetivação do direito à saúde no Brasil face a inoperância do Poder Público no exercício de suas funções. Metodologicamente a pesquisa foi classificada quanto aos fins em exploratória e qualitativa, e quanto aos meios em bibliográfica e documental. Com o intuito de aprimorar a problemática do tema de maneira inovadora, a princípio, foi feita uma abordagem sobre à evolução histórica dos Direitos Fundamentais e Humanos, sendo identificado que o direito à saúde é caracterizado como um direito fundamental social de segunda dimensão. Após, foram apresentadas considerações no contexto do Direito Comparado, referentes à conquista e edificação dos Direitos Fundamentais, merecendo respaldo às contribuições inglesa, americana e francesa. Em sequência, foi trabalhada a ligação existente entre o direito à saúde, a dignidade humana, o mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, teoria esta, criticada, por ter vinculação direta quanto aos limites orçamentários públicos dentro dos quais o direito à saúde é exigível. Em continuidade, foi analisada a estrutura normativa que prevê a criação e competência do SUS (Sistema Único de Saúde-SUS), haja vista que a sua ineficácia tem implicação direta no aumento das demandas judicias relativas à ineficácia do direito à saúde. Direcionado à apresentar um benefício inédito no que tange à efetivação da saúde pública pátria, foi desenvolvido um trabalho multidisciplinar, apresentando como relevante objetivo a possibilidade de incidência da Justiça Restaurativa no cenário atual da judicialização do direito à saúde. Tendo como premissa que o direito à saúde é uma garantia constitucional e fundamental, conexa à vida digna, buscou-se assimilar da melhor forma o fenômeno da judicialização do direito à saúde, tendo como ponto de partida seu conceito clássico, em ser um mecanismo onde através da propositura de ações judiciais, uma pessoa ou um grupo de pessoas tutelam ao Poder Judiciário prestações positivas voltadas ao oferecimento de bens e serviços relativos à saúde. A originalidade desta tese consistiu em quebrar paradigmas pré constituídos, no sentido de haver um prático reconhecimento de uma judicialização contemporânea do direito à saúde, com o reconhecimento por parte do Poder Judiciário, seu operador, em ser pluralista, admitindo em seu cotidiano, discussões que venham à contribuir à efetivação do direito à saúde, não sendo necessariamente por meio de uma demanda processual e de cunho judicial. Assim, eis aqui a relevância evolutiva de haver no Brasil uma política judicial moderna, aberta à participação multifacetada e reestruturaste no tocante à efetivação do direito à saúde.

Palavras chave: Direito à Saúde. Efetivação. Inoperância do Poder Público. Judicialização. Justiça Restaurativa.

CONTEMPORARY LEGAL CONTRIBUTION TO THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL FACES THE INOPERANCE OF THE PUBLIC POWER IN THE EXERCISE OF ITS FUNCTIONS

LARA LÍVIA CARDOSO COSTA BRINGEL

ABSTRACT

The present paper is intended to present a contemporary contribution to the debate about the effectiveness of the right to health in Brazil in the face the inoperance of the Public Power in the exercise of its functions. Methodologically, the research was classified for exploratory and qualitative purposes, as well as bibliographical and documentary means. In order to improve the issue in an innovative way, an approach was initially taken on the historical evolution of Fundamental and Human Rights. It was identified that the right to health is characterized as a basic collective right of the second dimension. Afterwards, considerations were presented in the context of Comparative Law, regarding the conquest and construction of the Basic Rights, deserving support to the English, American and French contributions. In the sequence, the link between the right to health, human dignity, the existential minimum and the theory of the reserve of the possible has been worked out. This theory is criticized for being directly related to the public budget limits within which the right to health Is due. In continuity, the normative structure that foresees the creation and competence of USH (Unified Health System-SUS) was analyzed, since its ineffectiveness has a direct implication in the increase of the judicial demands related to the inefficacy of the right to health. Aimed at presenting an unprecedented benefit in terms of the effectiveness of public health, a multidisciplinary work was developed, presenting as a relevant objective the possibility of Restorative Justice in the current scenario of the judicialization of the right to health. Based on the premise that the right to health is a basic and constitution guarantee, related to a dignified life, the aim was to assimilate the phenomenon of the judicialization of the right to health, starting from its classic concept, in being a mechanism where Through the filing of lawsuits, a person or a group of persons protect the Judiciary with positive benefits related to the offer of goods and services related to health. The originality of this thesis was to break pre-constituted paradigms, in the sense of having a practical recognition of a contemporary judicialization of the right to health, with the recognition by the Judiciary, its operator, of being pluralist, admitting in its daily life, Discussions that contribute to the realization of the right to health, not necessarily through a procedural and judicial demand. Thus, here is the evolutionary relevance of having in Brazil a modern judicial policy, open to multifaceted participation and restructuration with regard to the realization of the right to health.

Key words: Right to Health. Effectiveness. Judiciary. Inoperative of the Public Power. Restorative Justice.

CONTRIBUTION CONTEMPORAIN JURIDIQUE DE LA SANTÉ LE DROIT DE EFFICACE AU BRESIL FACE À INEFFICACITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE DANS L'EXERCICE DE LEURS FONCTIONS

LARA LÍVIA CARDOSO COSTA BRINGEL

RÉSUMÉ

Cette étude vise à présenter une contribution contemporaine par rapport au débat actuel au sujet de la réalisation du droit à la santé au Brésil face à l'inefficacité du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. La recherche méthodologique a été évaluée comme les extrémités en exploration et qualitatives, et sur les moyens de la littérature et des documents. Afin d'améliorer le thème problématique de manière innovante, tout d'abord, une discussion sur l'évolution historique des droits fondamentaux et l'homme a été fait, identifié comme étant le droit à la santé se caractérise comme un droit fondamental sociale à la deuxième dimension. Après, les considérations ont été présentées dans le cadre du droit comparé, relatif à la réalisation et le renforcement des droits fondamentaux, mérite les soutenir les contributions anglais, américaines et françaises. Dans l'ordre, a conçu le lien entre le droit à la santé, la dignité humaine, le minimum existentiel et la théorie de la réservation, une théorie, critiquée pour avoir lien direct que les limites budgétaires publiques dans lesquelles le droit à la santé il est à la charge. En continuant, il a analysé le cadre réglementaire qui prévoit la mise en place et la compétence du USH (Unified System Health-SUS), étant donné que son inefficacité est directement impliqué dans l'augmentation des judicias demandes concernant l'inefficacité du droit à la santé. Réalisé pour fournir un avantage unique en ce qui concerne la performance de la patrie de la santé publique, une approche multidisciplinaire a été mis au point, présentant un objectif pertinent la possibilité d'incidence de la justice réparatrice dans le scénario actuel de la justiciabilité du droit à la santé. Avec la prémisse que le droit à la santé est une garantie constitutionnelle et fondamentale, liée à une vie digne, nous avons cherché à assimiler le meilleur de la légalisation du phénomène du droit à la santé, en prenant comme point de départ le concept classique, être un mécanisme où par le dépôt de poursuites, une personne ou un groupe de personnes chargé de superviser les avantages judiciaires positives visant à offrir des biens et services liés à la santé. L'originalité de cette thèse était de entaillés paradigmes constitués, être une reconnaissance pratique d'une légalisation contemporaine du droit à la santé, avec la reconnaissance par le pouvoir judiciaire, son opérateur, être pluraliste, admettre dans leur vie quotidienne, les discussions viennent de contribuer à la efficacité du droit à la santé, pas nécessairement par une demande de procédure et de la nature judiciaire. Voici donc l'importance de l'évolution de l'avoir au Brésil une politique judiciaire moderne, ouverte à la participation et reestruturaste aux multiples facettes en ce qui concerne la réalisation du droit à la santé.

Mots clés: Droit à la santé. Efficacité. Juridictionnalisation. Inefficacité du gouvernement. La justice réparatrice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP - Ação Civil Pública.
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
Agr. - Agravo.
ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
Art. - Artigo.
CC - Código Civil.
CF - Constituição Federal.
CF/88 - Constituição Federal de 1988.
CFM - Conselho Federal de Medicina.
CNJ - Conselho Nacional de Justiça.
CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Des. - Desembargador(a).
DF - Direitos Fundamentais.
DH - Direitos Humanos.
DJ - Diário da Justiça.
DOU - Diário oficial da União.
EC - Emenda Constitucional.
HUOC - Hospital Universitário Oswaldo Cruz.
LC - Lei Complementar.
LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias.
LOA - Lei Orçamentária Anual.
MC - Medida Cautelar.
MG - Minas Gerais.
Min. - Ministro(a).
MP Ministério Público.
MS - Mandado de Segurança.
Nº - Número.
N. - Número.
OIT - Organização Internacional do Trabalho.
OMS - Organização Mundial da Saúde.
ONU - Organização das Nações Unidas.
PPP - Parcerias Público Privado.
PPA - Plano Plurianual.
PE - Pernambuco.
PR - Paraná.
Pet. - Petição.
RE - Recurso Extraordinário.
Rel. - Relator.
REsp - Recurso Especial.
SC - Santa Catarina.
STF - Supremo Tribunal Federal.
STJ - Superior Tribunal de Justiça.
TJ - Tribunal de Justiça.
TO - Tocantins.
Vol. - Volume.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DO HOMEM: O CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO 17
2.1 A contribuição do Direito Comparado para a conceituação e evolução dos Direitos Humanos 18
2.2 A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 31
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS 34
3.1 Funções dos Direitos Fundamentais 36
3.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais 40
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS 46
4.1 Direitos Fundamentais Sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 48
4.2 A dignidade da pessoa humana: reconhecimento indispensável para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais 52
5 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE 56
5.1 Conceito de saúde: do contexto histórico ao contemporâneo 56
5.2 O direito à saúde no sistema constitucional brasileiro 63
5.3 O serviço público de saúde e sua regulamentação constitucional 69
5.4 Ponderações iniciais quanto à judicialização do direito à saúde 75
5.5 A atuação do Poder Judiciário ante a previsão orçamentária, o mínimo existencial e o princípio da reserva do possível 78
5.5.1 Mínimo existencial: ponderações relevantes 87
5.5.2 A relação entre o direito à saúde e o mínimo existencial 88
5.5.3 A judicialização do direito à saúde e o mínimo existencial 90
5.6 O alcance do princípio da reserva do possível frente ao direito à saúde 92
5.6.1 O custo dos direitos e a reserva do possível 97
6 A EFETIVAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL X A OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES 98

6.1 O fenômeno da judicialização com suas aplicações e o direito à saúde como requisito garantidor de uma vida digna 102
6.2 Da judicialização clássica à contemporânea: a busca por uma saúde pública brasileira plena.....112
7 CONCLUSÕES 115
REFERÊNCIAS 119

1 INTRODUÇÃO

A presente tese busca oferecer uma contribuição singular para que a sociedade consiga ter seu direito à saúde garantido pelo Poder Público de forma justa e igual, principalmente pelo fato de à saúde ser um direito fundamental garantido pela Constituição Federal e que deve ter eficácia plena, ou seja, ser autoaplicável.

O Poder Judiciário vem sendo acionado por aqueles que se sentem lesados face a inoperância estatal no exercício de suas funções, e ao politizar uma garantia fundamental mínima de forma preventive ou repressive incomoda os Poderes Legislativo e Executivo pelo fato de demonstrarem que os mesmos poderiam estar atuando de forma eficaz.

O reconhecimento do direito à saúde como fundamental social foi normatizador com a Constituição Federal de 1988, e consequentemente, vem sendo objeto de grandes discussões nos cenário politico, jurídico e social.

Com o passar dos anos os direitos sociais passaram a ganhar mais força no que tange à sua Constitucionalização, todavia, fundamentalizar os direitos não faz com que os mesmo tenham aplicação, ficando o povo a mercê da boa vontade política em exercer sua atividade conforme previsto em lei.

Na medida em que há o aumento na demanda para amparar a saúde pública brasileira, a Administração tem o dever de oferecer os serviços específicos mais diversos de forma preventiva ou repressiva, resguardando o ser humano e sua dignidade, garantindo assim, um mínimo existencial.

O Brasil presencia uma realidade em termos de pesquisas científicas que contribuem para uma melhor qualidade de vida das pessoas, e para que isso seja contínuo, é necessário a efetividade da atuação pública por meio de suas ações, e que o orçamento seja utilizado de forma que os benefícios sociais sejam nítidos, e não, mera utopia política.

O cenário atual é catastrófico, onde pessoas morrem em filas e corredores de hospitais públicos em busca de um direito que é inerente à sua existência humana, assim, a pesquisa buscou oferecer uma possível contribuição social, científica, tecnológica e jurídica, demonstrando os viáveis caminhos jurídicos por meio da aplicação do fenômeno da judicialização, quando uma pessoa se deparar com a ineficiência da administração do Estado no oferecimento de uma garantia tão

fundamental, como é o caso da saúde, superando a clássica visão do que é o fenômeno da judicialização.

O motivo impulsionador para a realização desta pesquisa se deu exatamente pelo fato de eu, autora desta tese, residir em Araguaína, no estado do Tocantins, e por diversas vezes presenciar situações caóticas em que pessoas, diante da necessidade de receber um tratamento de câncer por meio de um acelerador linear de aplicação clínica para fins de radioterapia, praticamente precisaram se humilhar para solicitar o tratamento em questão, sendo que na maioria das vezes, não obtiveram êxito, e em alguns casos foram remanejados para outros estados da federação, o que não soluciona o problema social.

A atividade judiciária brasileira por um bom tempo trabalhou a problemática da saúde sem uma base técnica específica quanto ao tema, e em decorrência disto as decisões judiciais não tinham uma padronização harmonica ou não trabalhavam o problema de maneira aprofundada. Até mesmo porque a própria gestão pública apresentava obstáculos no sentido de o Poder Judiciário ficar melhor alicerçado quanto aos deveres do Poder Público. Diante desta realidade, o Poder Judiciário buscou trabalhar o direito à saúde de forma sistemática, com estratégias, planos e metas à seram alcançadas.

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) tem um papel relevante nesse sentindo, motivando um Poder Judiciário atuante, que acompanhe à sociedade bem como suas necessidades, no sentindo de trazer uma solução para o conflito de forma que resguarde e efetive à saúde pública, buscando inclusive, meios alternativos para tanto.

> Não somente o CNJ trouxe novas ideias e conhecimentos, mas também provocou uma "quebra de paradigmas", como um dos entrevistados salientou. As diversas estratégias promovidas pelo CNJ permitiram a desconstrução de diversos supostos pertencentes aos magistrados e construiu novos horizontes de atuação do Judiciário em matéria de saúde. ((ASENSI e PINHEIRO, 2015: p.51).

Para se ter o alcance do problema, não é um grande desafio encontrar decisões pelos Tribunais ao longo do país exigindo do Estado uma ação positiva em efetivar a proteção à saúde por meio de um tratamento, um remédio, uma vaga em hospital, dentre outras diversas situações. É possível visualizar que a ineficácia do direito à saúde não é uma questão meramente regional, e sim nacional, onde a não aplicação da verba pública de maneira planejada faz com que sua plenitude seja frustrada.

A título de exemplo, tem-se o investimento que o governo do Brasil realizou no ano de 2012, quando foram comprados 80 (oitenta) aceleradores lineares para fins de radioterapia, buscando ampliar e melhorar as condições do Sistema Único de Saúde (SUS) em oferecer o tratamento para os mais diversos tipos de câncer. Existiu a previsão por parte do Ministério da Saúde de que as máquinas estariam em operação no ano de 2014 (FOLHA DE SÃO PAULO, 2013).

Os aceleradores custaram para os cofres públicos R$ 505.000 (quinhentos e cinco) milhões de reais. O montante teria sido um grandioso investimento para o Brasil se estas máquinas estivessem em funcionamento, diminuindo as filas de espera desumanas em busca de um tratamento de câncer.

Ocorre que, dos 80 (oitenta) aceleradores lineares comprados pelo Brasil em 2012 por meio do Plano de Expansão da Radioterapia no SUS (Sistema Único de Saúde), oficialmente, apenas um está em operação na cidade de Campina Grande, na Paraíba (PORTAL SAÚDE, 2017).

Em Campina Grande, conforme a secretária municipal de saúde, Luiza Pinto, com o novo acelerador o município duplicou o número de atendimentos realizados no setor de radioterapia, diminuindo o tempo de espera pelo tratamento, sendo que sua operação começou em Dezembro de 2016 (POLÍTICA NA PARAÍBA, 2016).

Com o relato da situação introduzida, fica evidenciado que a saúde precisa ser tratada pelo poder público pátrio com o respaldo que merece, afinal, não tem-se vida sem condições de sobrevivência mínimas, e o problema da saúde não está apenas voltado para a questão da ineficácia dos tratamentos de câncer. Situações diversas serão trabalhadas ao longo das seções desta tese.

Tendo como ponto de partida que o poder público brasileiro tem a obrigação de oferecer ao povo o direito a saúde de forma plena e isso não acontece, a pesquisa se mostra relevante, porque diante do cenário atual, fica nítido que não existe no ordenamento legislativo pátrio um mecanismo específico que garanta o direito a saúde de forma automática e não há uma fiscalização segura quanto aos investimentos públicos e quanto às penalidades pedagógicas normativas no sentido de evitar futuras violações.

A relevância temática se torna mais evidente quando saindo da premissa que mesmo cumprindo o que determina as normas específicas que tratam da matéria, continua havendo a inoperância estatal, principalmente por não haver um sistema eficaz

com caráter de indenização direta e educacional, no sentido de evitar que futuras omissões ou violações aconteçam.

É fundamental a existência de uma relação comunicativa e consolidada entre o Direito, tecnologia, sociedade e o Estado, afinal, o Direito deve existir com objetivos específicos, determinados e com critérios positivo, tendo como principal escopo apresentar soluções para os problemas sociais, e não ao contrário; e o Estado representado por seus agentes deve caminhar em conjunto e em harmonia nesta relação.

Nesta diapasão, o tema proposto é extremamente relevante e apresentou uma contribuição original e útil à área do conhecimento investigada cientificamente.

A tese apresentou como ineditismo apresentar uma proposta alternativa e útil para os casos que tem como principal problema a não eficácia da saúde pública no Brasil, demonstrando que o Direito possui aplicações judiciais diversas para que seja possível oferecer à sociedade uma saúde digna.

Buscou-se encontrar uma solução efetiva para que a saúde no Brasil seja ofertada efetivamente, não havendo investimentos públicos em vão e que soluções normativas, administrativas, sociais e científicas sejam encontradas para eliminar a omissão ou abuso do poder público; devendo ficar evidenciado que, o objetivo nesta pesquisa não é um incentivo absoluto em judicializar o direito à saúde, e que muito menos este se transforme em rotina.

O trabalho demonstrou como inédito e relevante as diversas aplicações da judicialização, e não apenas quando precisa-se exigir um tratamento de saúde ou um remédio específico. A judicialização aqui se faz precisa exatamente por haver um descaso com a sociedade, independentemente de números que comprovem a demanda específica lesada. O direito à saúde é uma garantia coletiva, novas espécies de doenças surgem rotineiramente, e a ciência médica, tecnológica e jurídica devem caminhar em conjunto buscando atualizações conforme as necessidades de um povo buscando efetivá-los.

A pesquisa não tem similaridade com outros na literatura científica, porque não se limitou em apresentar os critérios normativos para a funcionalidade plena da saúde pública brasileira; e sim; contribuir e apresentar para os casos reais um parâmetro norteador no sentido de alcançar a eficácia de um direito que tem que ser operado sem a imposição de qualquer tipo de condição social ou econômica.

É evidente que executar a obra de um hospital por exemplo exige um procedimento público, formal e burocrático, demanda tempo para a realização de suas

fases, porém, a demora e seu não funcionamento não pode ser algo tolerável, não penalizado e não cobrado pelo povo.

Não deve ser possível judicializar um direito mostrando o desconforto e o prejuízo individual referente à saúde pública apenas após o prazo ofertado ao Estado para realizar as adaptações estruturais em um prédio por exemplo. Deve ser o suficiente para exigir do estado uma prestação positiva a comprovação por parte do paciente do descaso público face à lentidão por exemplo, de um tratamento, medicamentos, vaga em UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), funcionalidade de um hospital, higienização mínima do mesmo, dentre outros.

A pesquisa não se limitou em apresentar que a resposta do problema fosse propor uma ação no Poder Judiciário exigindo a eficácia do direito à saúde diante de um caso concreto.

O que levou-se em consideração em termos de originalidade foi exatamente ultrapassar esta fronteira de conflitos judiciais subjetivos entre pessoa ou um grupo de pessoas e a gestão pública, e propor adaptações normativas e administrativas, que exija inclusive do gestor que foi omisso ou abusivo uma responsabilidade direta e eficaz por não ter ofertado uma garantia que é considerada mínima para a existência humana.

Percebe-se que foi alcançado um resultado que contribuiu originalmente ao estado da arte da tese, evidenciando a importância de uma evolução construtiva em matéria social, jurídica, administrativa, científica e tecnológica em termos efetivação contemporânea do direito à saúde.

Para que essa conquista seja alcançada na prática, é preciso aplicar o instituto da responsabilidade civil tendo em seu bojo um caráter pedagogicamente útil, onde o causador do dano entenda seu fim, e que sirva de parâmetro para que novos atos não sejam praticados no sentido de violação do direito à saúde, logo, o direito à vida.

Assim, a escolha temática se justifica, bem como sua relevância face à tendência mundial de aplicação de meios alternativos para a solução de conflitos, oferecendo uma melhor qualidade vital à pessoa humana, atrelada a sua dignidade; como é o caso da Justiça Restaurativa.

A presente tese foi classificada quanto aos fins em exploratória e qualitativa e quanto aos meios em bibliográfica e documental.

Quanto à pesquisa bibliográfica e documental foram utilizadas bases de dados referenciais encontradas em artigos, livros, teses, congressos e palestras, decisões judiciais, bem como, pesquisas feitas na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade de São Paulo e na Biblioteca Brasileira de Direito.

A pesquisa bibliográfica e documental contou com documentos disponibilizados em sites oficiais, como normas, relatórios, atas, bases de dados

nacionais e internacionais, livros, artigos, revistas, teses, e todo e qualquer documento que se fizeram necessários, em razão da nova legislação, da realidade virtual e das reformas rotineiras que acontecem no presente meio (ALVARENGA, 2003 e MEZZAROBA, 2008).

Assim, na primeira seção será apresentada uma evolução histórica dos Direitos Fundamentais, bem como, uma analise das Constituições já existentes no Brasil, até se alcançar a atual CFB (Constituição Federal brasileira), de 1988, direcionando essa contextualização à eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Em seguida será exposta a contribuição do Direito Comparado em relação à conquista e evolução dos Direitos Fundamentais Sociais.

Na seção seguinte, será discorrido quando à evolução dos Direitos Fundamentais por meio de guerras e revoluções sociais, exigindo do Estado um fazer público no sentido de concretizar as garantias mínimas de um povo.

Em seção específica ao direito à saúde, o mesmo será conceituado, contextualizado e por meio de analises jurisprudenciais e algumas normas especiais que possuem maior conexão com a problemática da tese, como por exemplo a de n. 8080/90 que estabelece como deve ser a organização do Sistema Único de Saúde, e a lei de n. 8.142/90 que elenca os critérios de repasse de verbas para o SUS, buscar-se-à encontrar seus pontos fortes e fracos, e conectá-las com a operacionalização plena dos Direitos Fundamentais conforme prevê a Constituição Federal de 1988.

Serão conceituados os Direitos Fundamentais e suas espécies, a dignidade humana, em especial o direito social à saúde, o mínimo existencial e o princípio da reserva do possível; para em seguida, contextualizar a conexão existente com a politização do Poder Judiciário face a inoperância pública em suas atividades laborais.

Na derradeira seção serão compiladas e interpretadas decisões judiciais de diversos estados da Federação, abordando o direito em tela, e por fim, com fulcro na estruturação da judicialização da saúde em termos de efetivação dos Direitos Fundamentais, será levantada a discussão do problema, no sentido de que não deve acontecer a judicialização de um direito apenas com negativa estatal e pessoal em não oferecer um tratamento específico por exemplo; e que cada caso merece uma analise especial, sistemática, devendo ser identificada qual aplicação do fenômeno da judicialização dever ser utilizada, sempre com um caráter restaurativo, primando pela dignidade humana.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DO HOMEM: O CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Antes de adentrar na problemática específica desta tese, se faz mister apresentar um breve contexto histórico dos Direitos Fundamentais, para que se possa entender o porquê é dever do Estado por meio de sua gestão garantir o direito pleno à saúde.

Denominados inicialmente de "direitos naturais" ou "direitos inatos" ou "originários" por filósofos como Hobbes[1], Locke[2] e Kant[3] dentro de uma concepção jusnaturalista, a preocupação com o direito do homem sempre esteve presente. Primeiramente nas discussões filosóficas e posteriormente nas jurídicas.

A terminologia "Direitos Humanos" ou "direitos do homem" aparece com ênfase nos textos modernos por volta do século XVIII, atrelados, principalmente, aos ideais de "liberdade, igualdade e fraternidade" defendidos pelas Revoluções Francesa e Norte-americana e se afiguram como uma conquista dentro do novo pacto social, recuperando-se, como bem expõe Figueiredo (2007, p. 20), "a noção de justo da antiguidade clássica e da escolástica e, com isso, permitindo a abertura do sistema a uma dimensão ético-valorativa".

Com o passar do tempo e consequente com a evolução das sociedades, os denominados "Direitos Humanos" adquiriram um caráter universal, ultrapassando as fronteiras estatais e sendo impostos a toda e qualquer ordem jurídica, de forma absoluta e atemporal.

---

[1]Na obra *Leviatã* (publicada em 1651), especialmente no capítulo 14, Hobbes define o direito natural como a liberdade de praticar ou não determinada conduta, do que se deduz que o homem tem direito a todas as coisas.

[2]Na obra *Dois Tratados sobre o Governo* (publicada em 1689) Locke afirma que "todos são iguais e, a cada um, deverá ser permitido agir livremente desde que não prejudique nenhum outro", incorporando o direito natural a muitas de suas teorias e à sua filosofia.

[3] Na obra *Metafísica dos Costumes* (publicada em 1797) Kant defende que o homem tem direitos inatos e adquiridos, sendo o único direito inato transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, a liberdade como autonomia.

O reconhecimento jurídico desses direitos se deu por meio das Constituições sob a nomenclatura de "Direitos Fundamentais". Com isso, conforme o ensinamento de Bobbio (2004, p. 51) "o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado".

Diante do exposto fica evidente a necessidade de uma reconstrução histórica do que se denomina "Direitos Fundamentais do Homem", desde a sua concepção até o promulgado de forma implícita e explícita na CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) para posteriormente possibilitar a discussão própria do objeto desse estudo: o direito à saúde em face da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial.

2.1 A contribuição do Direito Comparado para a conceituação e evolução dos Direitos Humanos

Os Direitos Humanos, em uma visão pós Segunda Guerra deve ser visto em um contexto universal, garantidos à todos indistintamente. Esta visão pode ser vista distintamente, tendo com base os costumes e normas diversificadas ao longo dos ordenamentos jurídicos mundiais.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura adotou como definição de Direitos Humanos desde 1978, conforme aduz Queiroz (2006, p. 28): "A proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado ou regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".

Mesmo admitindo a dificuldade de conceituação, Finn (2007, p. 39) afirma que "os direitos humanos são, resumidamente, aqueles fundamentais para todas as pessoas e necessários para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. O seu núcleo formador está alicerçado pelo princípio da dignidade da pessoa humana".

Para Moraes (2005, p. 39) "Direitos Humanos é o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".

Nota-se que cada qual, ao seu modo peculiar de escrita, os autores citados evidenciam o respeito à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer situação, seja

no convívio social, seja frente ao poder político do Estado, como condição necessária para o desenvolvimento da personalidade física, moral e intelectual de todo ser humano.

Compreender a natureza evolutiva desse conceito para enfim analisá-lo sob o contexto da CF/88 perpassa pelo retrospecto histórico compreendido entre o estado de natureza do homem e a organização da sociedade civil, com passagem obrigatória pela história política da Inglaterra, dos Estados Unidos e da França. Uma vez que esses direitos são uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Em se tratando do estado de natureza do homem, são os racionalistas dos séculos XVII e XVIII que reformulam as teorias do direito natural, rompendo com a ideia estabelecida pelo Cristianismo de que a lei divina deveria prevalecer sobre o direito laico.

Para os racionalistas todos os homens são, por natureza, livres e têm certos direitos inatos de que não podem ser despojados quando entram em sociedade. Foi esta corrente de pensamento que acabou por inspirar o atual sistema internacional de proteção dos direitos do homem.

Para Hobbes (2008, p. 101) o direito de natureza é:

> A liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida. Consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.

Nessa perspectiva para garantir o seu direito, o homem poderia utilizar-se dos meios que julgasse necessário, até mesmo a violência, uma vez que Hobbes (2008, p. 101) define a liberdade como "a ausência de impedimentos externos, que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quiser, mas não pode proibir a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem". Contudo, viver desta forma é viver em permanente iminência de conflitos.

Sendo assim, controlar e assegurar a paz dos homens em estado de natureza somente é possível mediante um pacto social. É a partir dessa concepção que surge a necessidade de existência de um Estado Soberano, com poder ilimitado, que monopoliza o recurso à violência em nome da segurança da sociedade civil.

Todavia, esse Estado não poderia ser um homem, pois todos os homens estariam vinculados ao pacto, mas sim um ente artificial, político, criado pelos homens, cujos interesses seriam defendidos por um soberano, que poderia ser um rei, um grupo

de aristocratas ou uma assembleia democrática. Na concepção de Hobbes (2008, p. 132):

> Estado instituído é quando uma multidão de pessoas concordam e pactuam que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles – ou seja, de ser seu representante –, todos, sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outro e serem protegidos dos restantes homens.

Percebe-se pelas palavras do autor que a existência de um Estado Soberano pressupõe que o homem abdique, excetuando-se os direitos naturais intransferíveis à vida e a paz, de todos os seus direitos particulares. Ou seja, o Estado, passa a ter o poder para promulgar e aplicar as leis, definir e garantir a propriedade privada e exigir obediência incondicional dos governados, desde que respeite os dois direitos naturais, pois foi por eles que o soberano foi criado. É o Estado que detém a espada e a lei; os governados, a vida e a propriedade dos bens.

Analisando a questão, John Locke, cujo modelo do estado de natureza do homem é semelhante ao de Hobbes, uma vez que também entende, conforme explica Queiroz (2006, p. 29), "que os homens, em troca da garantia de respeito ao Direito, cedem sua prerrogativa pessoal na interpretação e execução da lei natural". Apregoa que tal renúncia atinge somente o direito de prover a justiça por meios próprios, haja vista que essa atribuição restou conferida ao Estado.

Cabe ressaltar, que existe diferença entre o modo como Locke formula o seu conceito de contrato social. Enquanto que para Hobbes o pacto social é um meio de submissão, pelo qual, os homens com o intuito de preservar suas vidas e manter a paz trocam a liberdade pela segurança do Estado Soberano, conforme aduz Mello (1989, p. 88):

> Em Locke, o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida à liberdade e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário.

Na perspectiva de Locke a liberdade ofertada em Estado de Natureza não significa uma convivência anárquica ou violenta entre os homens, uma vez que prejudicar os outros significa ir contra as leis naturais e, quem abdica da razão oferta aos outros o direito de castigá-lo.

Desta forma, a eliminação dos transgressores e a reparação dos danos causados seria a causa principal da guerra, por isso a necessidade do homem ceder o seu direito de fazer uso arbitrário das próprias razões em favor de um corpo político, assegurando o uso da razão. Justifica-se deste modo, a finalidade do Estado: julgar e castigar os transgressores a fim de assegurar os direitos naturais na sociedade civil.

Immanuel Kant também propôs a discussão sobre a passagem do estado de natureza para o estado de direito. Nas palavras de Finn (2007, p. 40):

> Em meio à formação do Estado Liberal, enquanto o poder absoluto sofria sua descentralização, Kant já se preocupava em estabelecer um tratado de paz entre os povos, mas, na sua teoria, seria necessário que o homem abandonasse o estado de natureza para investir uma condição civil.

Diante do exposto é possível concluir que os defensores dos direitos naturais acreditavam na existência de direitos irresistíveis, advindos diretamente da natureza do homem, isto é, da própria condição humana logo, inalienáveis. Também, por serem anteriores ao Estado não poderiam ser abolidos ou alterados por este.

Nesse sentido, Figueiredo (2007, p. 20) ensina:

> Dada a anterioridade em relação ao Estado, tais direitos eram apenas declarados, e não propriamente instituídos pela ordem jurídica estatal; eram direitos contra o Estado, que visavam a criar um âmbito de proteção do indivíduo frente à ingerência estatal na esfera privada.

Entretanto a demarcação do que seria realmente natural em um sistema que aceitava como justo tudo o que se fundava na natureza gerou inúmeras controvérsias ao longo da história, fazendo surgir inúmeras críticas à doutrina dos direitos naturais.

Para melhor compreensão tomar-se-á o exemplo dado por Bobbio (2004, p. 36) a respeito do tema:

> [...] ardeu por muito tempo entre os jusnaturalistas a disputa acerca de qual das três soluções possíveis quanto à sucessão dos bens (o retorno à comunidade, a transmissão familiar de pai para filho ou a livre disposição pelo proprietário) seria a mais natural [...]. Podiam disputar por muito tempo: com efeito, todas as três soluções são perfeitamente

> compatíveis com a natureza do homem, conforme se considere este último como membro da comunidade (da qual, em última instância, sua vida depende), como pai de família (voltado por instinto natural para continuação da espécie) ou como pessoa livre e autônoma (única responsável pelas próprias ações e pelos próprios bens).

Analisando o caso, percebe-se a dificuldade e a fragilidade da aplicação na vida prática dos preceitos relacionados aos direitos naturais do homem, haja vista que em um mesmo problema podem coexistir várias soluções, sem que nenhuma delas se caracterize como injusta.

Justifica-se desta forma que é na positivação das teorias filosóficas de direitos humanos, enquanto limitação do poder do Estado, é que se pode falar em direitos humanos, enquanto, como afirma Bobbio (2004, p.49) "um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos".

Contudo, a positivação dos direitos em análise não aconteceu de forma linear ou abrupta, pelo contrário, a evolução foi lenta e se confunde com a própria história de limitação do poder. Para compreender esse processo algumas análises históricas são necessárias, passando por exemplo, pela Inglaterra, Estados Unidos e França.

A Carta Magna inglesa, denominada como Carta das Liberdades ou Concórdia, representou um momento histórico relevante no Século XIII, contribuindo para a evolução na conquista dos Direitos Humanos.

Tanto os senhores feudais quanto os representantes eclesiásticos estavam descontentes com a tendência de instituição de um poder real soberano e começaram a opor resistência a essa situação, como explica Comparato (2003, p. 71):

> Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o século XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso das forças do rei francês, Felipe Augusto, contra o ducado da Normandia [...]. Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.

No que diz respeito ao papado, João Sem Terra foi excomungado por Inocêncio III após se recusar a aceitar a designação do cardeal Stephen Langton para o reino inglês, que dois anos depois lhe apresentou a Magna Carta para assinatura, depois de enfrentar sem êxito, a revolta armada dos barões.

Antes mesmo da assinatura do famoso documento inglês, João Sem Terra em face das diversas pressões e em dificuldades financeiras voltou a se submeter ao Papa, declarando em 1213 a Inglaterra feudo de Roma e obteve com isto a revogação de sua excomunhão.

O monarca aproveitou-se desta situação para solicitar, junto a Inocêncio III, a anulação da Magna Carta alegando que a assinatura se deu mediante coação e sem a devida autorização papal. Solicitação esta que foi prontamente atendida pelo pontífice.

Entretanto, a situação de nulidade não prevaleceu e a Magna Carta foi reafirmada em 1216, 1217 e, finalmente em 1225, tornou-se direito permanente. Com isso, observa Comparato (2003, p. 77) "a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história da política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. [...] Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna".

Cabe ressaltar, que ainda que esse não seja o modelo de democracia em que o governo é apenas representativo da soberania popular, o documento inglês traz a ideia da limitação dos poderes governamentais e do respeito formalizado das liberdades individuais.

Em relação às disposições da Magna Carta e a evolução histórica dos Direitos Humanos, destacam-se, na ótica de Comparato (2003) as cláusulas um, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 23, 30, 31, 39, 40, 41, 42, 45, 60 e 61.

As cláusulas elencadas reconhecem, em síntese: as liberdades eclesiásticas apontando para uma futura separação entre a Igreja e o Estado; a necessidade de consulta aos contribuintes, por meio de seus representantes, para alterações no sistema tributário; os primórdios da consolidação das leis que regulam as relações de trabalho, superando o estado de servidão; a previsão de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei; que o rei não é o senhor arbitrário da justiça, mas que possui um poder-dever de fazer justiça quando os súditos solicitarem, haja vista ser esta uma função de interesse público; os princípios norteadores do atual tribunal do júri e da proporcionalidade da pena à gravidade da transgressão; garantia do direito e respeito à propriedade privada; a liberdade do direito de locomoção e o embrião de uma administração pública autônoma.

Embora as disposições da Magna Carta não fossem tão objetivas como as codificações atuais e procurava muito mais satisfazer os interesses e privilégios do clero e dos barões frente ao poder até então ilimitado do rei do que, propriamente, garantir os

direitos a todos os cidadãos, não se pode negar a importância que esse documento teve para a história dos Direitos Humanos, pois ali, conforme palavras de Sampaio (2004, p. 154), "mais do que em qualquer outro documento até então editado, delineava-se uma série de direitos oponíveis ao rei, contra os excessos que pudesse cometer o que implicava agora não mais um dever moral, senão jurídico, de reconhecimento de certas prerrogativas dos cidadãos, ou de alguns".

Além de considerar os Direitos Humanos em seu texto, a Magna Carta influenciou a lei de Habeas Corpus de 1679, considerado por autores como Comparato (2003) e Queiroz (2006), como a primeira tentativa para impedir detenções ilegais.

Nesse sentido, Comparato (2003, p. 86) explica que "a importância histórica do habeas-corpus, [...], constituiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tonou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais".

Em síntese, a lei inglesa de 1679 primou por garantir, de forma legal, a libertação de pessoas presas ou detidas de forma arbitrária, fazendo surgir a concepção das garantias processuais no direito inglês, ou seja, a ideia de que não haveria direitos sem uma ação judicial que permitisse a defesa do acusado.

No avanço da história inglesa das liberdades merece destaque a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), editada em 1689, sob o reinado de Guilherme de Orange após um contexto de conturbadas sucessões monárquicas e grande intolerância religiosa. Onde um parlamento descontente, por livre iniciativa, declarou a vacância do trono inglês e mudança no sistema dinástico, coroando Orange e Maria de Stuart somente após aceitarem a declaração votada pelo parlamento que passou a constituir uma das Leis Fundamentais do reino inglês.

A importância histórica da Declaração de Direitos inglesa se funda na perspectiva do surgimento de limitações para o até então poder ilimitado do rei. Um grande exemplo é que o poder de criar e alterar tributos passa a ser competência do parlamento e não mais do rei.

Tamanha contextualização se faz indispensável para ser entendido que os Direitos Fundamentais e Humanos são frutos de lutas sociais face à centralização do poder nas mãos de uma única pessoa, ou de um grupo específico.

Como efeito reflexo da Segunda Guerra Mundial, surgiu no continente europeu a necessidade de existir relações harmoniosas, motivando assim, a realização do Congresso de Haia em maio de 1948, e como fruto deste, grandes decisões foram

tomadas, dentre elas, a instauração de uma proteção jurisdicional eficaz dos direitos humanos por meio de uma jurisdição internacional.

Com o reconhecimento de existir uma proteção jurisdicional dos direitos humanos, foi criado o Conselho Europeu, onde assim, houve a operacionalização do Sistema Europeu de Direitos Humanos, servindo como parâmetro para outros países criarem seus sistemas de proteção.

Este conselho teve como objetivo a realização de uma união mais estreita entre seus Estados membros, como o intuito de salvaguardar e de promover os ideais e os princípios que são seu patrimônio comum, bem como o favorecimento do progresso econômico e social desses membros (GASPAROTO e SALA, 2015: p. 18).

Em sequência, teve-se a Declaração de Direitos, institucionalizando mecanismos com o fim de proteger os Direitos Humanos.

Nas palavras de Comparato (2003, p. 90), a Declaração criou "aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana".

Direitos esses que foram melhor evidenciados quase um século mais tarde nos Estados Unidos, expostos a seguir.

Foi em 1776, em pleno contexto de luta pela independência americana, que surgiu a primeira Declaração de Direitos, que em suas primeiras linhas anunciou que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes e portadores de certos direitos inerentes, ou seja, direitos à vida, que é o maior dos direitos fundamentais, a propriedade, a segurança, entre outros.

Ainda neste mesmo ano, foi promulgada a Declaração de Independência americana sob um contexto de rompimento com os padrões vigentes na sociedade europeia e a construção de uma identidade cultural própria, caracterizada, como explica Comparato (2003, p. 96), "como uma sociedade tipicamente burguesa, isto é, como um grupo organizado de cidadãos livres, iguais perante a lei, e cuja diferenciação interna só podia existir em função da riqueza material".

Fundamentados na teoria de Locke, conforme abordado anteriormente neste estudo, os americanos priorizaram na sua nação a concepção de que os governos representam a vontade do povo, a fim de garantir seus direitos naturais, sendo legítimo ao povo alterar ou abolir a forma de governo todas as vezes que esta se tornar prejudicial para a vida da sociedade.

Inaugurou-se, desta forma, o conceito moderno de democracia, sendo a representação popular, a limitação dos poderes e o respeito aos direitos humanos os fundamentos da construção da identidade do novo Estado.

Nesse sentido, Comparato (2003, p. 102) sintetiza:

> Na concepção dos chamados Pais Fundadores dos Estados Unidos, a soberania popular acha-se, assim, intimamente unida ao reconhecimento de "direitos inalienáveis" de todos os homens, "entre os quais a vida, a liberdade e a **busca da felicidade. (Grifo Nosso).**

Cabe ressaltar que o conceito de felicidade abordado no documento americano é diverso do conceito sentimental que permeia a idade moderna. Estando o mesmo vinculado ao conceito grego, com origens em Aristóteles[4], de que para ser feliz é fundamental ter uma vida virtuosa. Contudo, executar ações virtuosas e alcançar a felicidade implica em um ambiente externo favorável para estas ações.

Para Comparato (2003, p. 113):

> Jefferson era suficientemente arguto para saber que ninguém possui um direito inato à felicidade; que a realização desta, na vida individual, não depende exclusivamente das virtudes dos cidadãos. Mas ele também percebeu, com apoio na lição dos clássicos, que a dignidade humana exige que se deem, a todos, as condições políticas indispensáveis à busca da felicidade.

Destaca-se assim a importância da Declaração de Independência americana na consolidação dos Direitos Humanos, uma vez ser este o primeiro documento político a destacar a existência de direitos inerentes a todas as pessoas, independente de raça, sexo, religião ou posição social, distinções comuns nos documentos europeus, por exemplo. Bem como, estipular as obrigações do Estado frente à mantença e sustentabilidade destes direitos.

---

[4] Em sua obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define a felicidade ou eudaimonia em grego, como o bem soberano para onde todas as coisas tendem. Ela é caracterizada como um bem supremo por ser um bem em si. Portanto, é em busca da felicidade que se justifica a boa ação humana. Todos os outros bens são meios para atingir o bem maior que é a felicidade.

Completando o retrospecto histórico das conquistas substanciais à época em relação aos Direitos Humanos, tem-se como ponto de referência o pensamento iluminista da França no século XVIII.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada pela Assembleia Nacional da França em 26 de agosto de 1789, sob o contexto de um grande movimento que eclodiu com ideais revolucionários, que objetivavam a renovação de toda a estrutura social e política da sociedade francesa.

Sob a luz da "liberdade, igualdade e fraternidade" os franceses, utilizando como meio a revolução, substituíram o poder monárquico absoluto por uma assembleia nacional, composta por deputados com a função de exercer o efetivo e exclusivo poder político em nome de todos os cidadãos.

Cria-se, desta forma, a representatividade global, com representantes eleitos pelo voto dos indivíduos que compunham a coletividade em substituição à representação de pequenos grupos sociais concretamente identificados e privilegiados.

É nesse contexto de transformações sociais e políticas que nasce a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, representando, como bem expõe Comparato (2003, p. 146):

> O atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, nesse sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política dos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.

Esse rompimento com a concepção de direitos para poucos em prol do estabelecimento de direitos para a coletividade marca historicamente, não somente a França, mas a própria história do homem. Supre-se, desta forma, a concepção, até então vigente, de que é o grupo social na qual um ser encontra-se inserido que determina o quanto ele é pessoa, ou seja, se um ser é mais ou menos humano em relação aos demais da sua espécie.

Considerada como o primeiro elemento constitucional do novo regime político, a Declaração francesa de 1789 privilegiou em seus artigos a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade privada, a legalidade da criação e cobrança de impostos e a

soberania popular. Desta forma, se concretizava a limitação dos poderes estatais e a prevenção da volta do despotismo.

Algumas diferenças entre os documentos até então existentes e a Declaração de 1789 merecem destaque. Os franceses se limitaram a declarar direitos de forma pura e simples, sem mencionar, tal como fizeram os ingleses e americanos, as garantias judiciais para a efetiva concretização dos direitos promulgados. Sobre isso, Comparato (2003, p. 136) recorda: "não é porque certos direitos subjetivos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser sentidos no meio social como exigências impostergáveis".

Outro aspecto importante a destacar diz respeito a utilização da palavra felicidade, definição de notório destaque na carta americana, que no documento francês aparece apenas no preâmbulo, conforme divulga a Embaixada da França no Brasil (2011):

> Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais espeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral.

Essa modificação de cunho ideológico e filosófico encontra justificativa na evolução da figura do Estado liberal e de direito, onde a pretensão estatal de fazer as pessoas felizes é abandonada para ceder espaço ao modelo de Estado em que o cidadão tenha liberdade para construir o seu próprio modelo de felicidade.

Em consequência deste pensamento, os dezessete artigos da Declaração de Direitos primavam por garantir ao homem os seus direitos naturais e imprescritíveis, conforme ressaltado em linhas anteriores.

Nesta perspectiva é que se encontra a importância da Declaração de 1789 em prol dos Direitos Humanos, uma vez que a mesma destaca logo no seu artigo primeiro que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos". E vem complementado pelo artigo segundo: "a finalidade de toda associação política é a

preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão".

Torna-se, a partir desse marco histórico, impossível promulgar qualquer outro documento sem observar primeiramente os princípios da Declaração francesa, ainda que na prática esses princípios ainda encontrem resistência para serem definitivamente efetivados.

Do final do século XVIII até o século XX, vários outros documentos estatais, em diferentes países, foram editados chamando atenção para os direitos imprescritíveis do homem, em um processo de consolidação dos Direitos Humanos tanto na esfera política internacional, quanto no processo de sistematização de normas jurídicas.

Entre esses documentos, um deles ganhou notável importância entre os países signatários da ONU (Organização das Nações Unidas), devido ao contexto histórico e político em que foi escrito: A Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para Comparato "As declarações de direitos norte-americanas, bem como a francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, as organizações religiosas" (COMPARATO, 2010, p. 65).

Até esse momento, haviam direitos tidos como meramente formais, existiam liberdades, mas em contrapartida, não existia nenhuma garantia para a sua efetividade. Na visão de Dallari, na obra intitulada Direitos Humanos e Cidadania (texto digital):

> "Há 2 milênios que se afirma que todos são iguais e isso está também em quase todas as Constituições do mundo. Porém, as próprias leis garantem a desigualdade. Não é da desigualdade física que se fala mas do valor do ser humano, da igualdade de oportunidades, independente da posse de bens materiais ou do acesso às benesses modernas ou da raça, cor ou sexo ou aparência. (...). Todos são iguais perante a lei, mas é pouco apenas afirmá-lo. É preciso assegurar, a todos, oportunidades de família, de escola, de alimentação, de saúde, de trabalho digno, de acesso aos bens e serviços, de participar da vida pública e gozar de respeito dos semelhantes." (DALLARI).

Sob essa ótica nascem os direitos sociais que "se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais

pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente" (COMPARATO, 2010, p. 77).

A Constituição Francesa de 1848, resgatando algumas normas das Constituições de 1791 e 1793, afirmou algumas garantias econômicas e sociais, porém, somente no século XX, ocorreu a plena proteção desses direitos, através da Constituição Mexicana de 1917, primeira a mencionar os direitos trabalhistas e os direitos políticos.

Até 1945 reinava o positivismo jurídico, ou seja, se entendia que o ordenamento era um complexo de regras objetivas descritivas e concretas aplicadas mediante subsunção. Somente quando não houvesse no ordenamento jurídico positivo uma norma própria para solucionar um conflito, se invocava a participação do princípio, mas este não tinha normatividade defendida, o princípio era coadjuvante da regra e aplicado apenas nos chamados "casos difíceis". Evitava-se levar a lei algum conteúdo valorativo, axiológico, abstrato, ético, moral. Para os positivistas a lei não precisava ser justa ou injusta para ser cumprida.

Com o surgimento das guerras mundiais, os direitos humanos perderam seus valores, e somente com o passar dos anos e com o final da guerra, em 1945, retomou-se a valorização a dignidade da pessoa humana.

As pessoas recém saídas da Segunda Guerra Mundial, passaram a não mais acreditar na lei positivada, aplicada de perspectiva tão rigorosa e literal. Com isso, as constituições do pós-guerra passam a ser impregnadas por princípios, aproximando o direito do seu ideal maior, que é o da justiça.

Em 1944, a OIT (Organização Internacional do Trabalho), por meio da promulgação da Declaração de Filadélfia passou a amparar e a legitimar temas como a dignidade da pessoa humana, políticas sociais, o direito à educação, à liberdade de expressão e de associação, entre outros.

A OMS (Organização Mundial da Saúde) em seu preâmbulo asseverou que "gozar do grau máximo de saúde constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social" e que "os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas" (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Cumpre destacar também que na Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral em Paris, está previsto em seu artigo 25º, que toda pessoa tem direito a um nível de vida

suficiente para assegurar a si e à sua família saúde e o bem-estar, assim como alimentação, vestuário, alojamento, assistência médica, e direito segurança caso sobrevenha o desemprego, a doença, a invalidez, a viuvez, a velhice ou casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

A Declaração ora trabalhada, foi reconhecida com um dos instrumentos de grande relevância para concretização e efetivação dos direitos sociais, utilizada como fonte de inspiração de diversas constituições, inclusive para a Constituição Federal brasileira de 1988, com o objetivo de resguardar tanto os direitos humanos quanto os direitos sociais.

Deste modo, os direitos fundamentais sociais são provenientes de grandes conquistas, advindas de movimentos populares iniciados desde à época da Revolução Industrial, tendo um reconhecimento internacional e amparados pela Constituição Federal de 1988.

Conforme prevê o artigo 6º do texto constitucional brasileiro, são direitos sociais "a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

As liberdades materiais são concretizadas, por exemplo, por meio dessas prestações sociais quais sejam, a saúde, assistência social, educação, que saem do plano de liberdades formais abstratas a partir do momento da sua efetivação.

Na visão de Bulos (2011, p. 789), as prestações positivas têm como finalidade "beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real".

As normas materiais, segundo Bonavides (2004 p. 80), possuem caráter constitucional sendo "o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto pessoais como sociais", enquanto as normas formais, de acordo com Lenza (2012, p. 74), "serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e solene do que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento".

Assim, tanto as normas materiais quanto formais procuram proporcionar melhores condições de vida aos cidadãos e devem sempre ter o condão de garantir os direitos sociais elencados na Constituição Federal.

2.2 A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, foi uma resposta da comunidade internacional ao mais absoluto desprezo pelas liberdades individuais e pelos direitos humanos da história humana recente: o nazismo.

Nas palavras de Guimarães (2007, p. 57): "a Grande Guerra desprezou e desrespeitou os direitos da pessoa humana, ultrajando a consciência da Humanidade, vindo a Declaração, desta forma, a buscar a manutenção da liberdade, da justiça e da paz no Mundo".

Nesse contexto, logo após o final da Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas no período do conflito, a ONU decidiu criar a Comissão de Direitos Humanos com a função principal de elaborar uma declaração estipulando os valores comuns a todos os seres humanos, onde quer que eles se encontrem.

Coube à mesma comissão, em momento posterior, transformar a declaração elaborada em um texto jurídico de aceitação internacional, bem como estabelecer meios para assegurar os direitos estabelecidos e as penalidades em caso de desrespeito.

A primeira e a segunda etapa foram concluídas em 1948 e 1966, respectivamente. Entretanto, a etapa final ainda carece ser finalizada, como explica Comparato (2003, p. 223):

> A terceira etapa, consistente na criação de mecanismos capazes de assegurar a universal observância desses direitos, ainda não foi completada. Por enquanto, o que se conseguiu foi instituir um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, objeto de um Protocolo facultativo, anexo ao Pacto sobre direitos civis e políticos.

Sobre o conteúdo da Declaração Universal evidencia-se, de imediato as garantias da igualdade, liberdade e fraternidade, enfatizando-se, o direito de todo homem ser reconhecido como pessoa, independente do lugar em que esteja. O que significa que, sem qualquer tipo de descriminação, todos têm direito à vida, as liberdades individuais, aos direitos políticos e à segurança pessoal.

Nesse sentido, Comparato (2003, p. 223) sintetiza:

> A Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em

> âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, [...]. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

Fica evidente, ante ao exposto, que a importância histórica dessa iniciativa da ONU se justifica no fato de que não se trata apenas da proclamação de princípios, tal como fizeram os documentos anteriores. Mas de delimitar e assegurar direitos de modo sistematizado com repercussão nas leis, normas e regulamentos tanto em um Estado, quanto nas convenções e acordos internacionais firmados entre diferentes Estados.

Isso significa dizer que, embora a Declaração seja apenas uma recomendação da ONU aos seus membros, uma vez que não tem natureza jurídica de tratado internacional, na medida em que incorpora a Constituição de cada Estado, consagra-se no que a doutrina majoritária denomina de Direitos Fundamentais.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A terminologia "direitos fundamentais" utilizada originalmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, se consolidou a partir da estruturação dos processos constitucionais nos Estados e se distinguem da terminologia "direitos humanos" justamente pela concepção de positivação, embora isso não seja pacífico e alguns doutrinadores utilizem os termos como sinônimos.

Sarlet entende que (2010, p. 29):

> Em que pese ambos os termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional.

Observa-se que os termos direitos humanos e direitos fundamentais, apesar da conotação diversa, dizem respeito à universalidade dos direitos da pessoa humana, sejam direitos positivados na ordem interna, por meio da legislação constitucional, ou na ordem externa, através de convenções internacionais.

É entendendo o constitucionalismo enquanto limitação de poderes estatais que se pode compreender o surgimento dos direitos fundamentais, como bem explica Moraes (2010, p. 30):

> O estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que com a positivação jurídico-constitucional os direitos fundamentais encontram maior grau de efetividade, uma vez que são criados mecanismos legais para impor o respeito aos mesmos.

Do mesmo modo, sendo a pessoa humana a base de toda legislação, se faz necessário que haja instrumentos eficientes para resguardar dos abusos do poder do Estado e de seus órgãos. O Estado deve à pessoa respeito e tratamento igualitário, sendo responsável pela criação de normas que a protejam contra o arbítrio estatal e contra o arbítrio de terceiros.

Estas normas devem ter aplicação universal, ou seja, a universalidade deve ser o traço dominante dos direitos fundamentais, empregando-se desta forma o princípio da igualdade, independentemente da classe, corporação ou instituição ao qual o indivíduo pertença, ou ainda independentemente do corpo social que o mesmo ocupa.

Na busca de critérios formais para conceituar os direitos fundamentais, Bonavides (2010, p. 561), recorrendo a Schmitt (1954), assinala dois, a saber:

> Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.
> Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à constituição.

Neste mesmo diapasão, Moraes (2005, p. 2) assinala que "os direitos fundamentais colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana", uma vez que sem esses direitos uma pessoa não consegue existir ou não tem legitimidade para interagir no meio social em que se encontra inserido.

Nesta ótica, pode-se afirmar que os direitos humanos são direitos que correspondem às necessidades essenciais da pessoa humana, que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com dignidade. Contudo, para que isso ocorra há a necessidade de positivação, seja na ordem jurídica interna ou externa, pois não há a possibilidade de falar-se em princípio da dignidade da pessoa humana sem assegurar a estes direitos garantias de ordem constitucional e internacional.

Ressalta-se ainda que estas garantias devem ser estendidas a toda a sociedade e não somente ao indivíduo, pois a lei deve representar a vontade coletiva, garantindo a segurança jurídica na sua aplicação.

Assim, para que haja segurança jurídica, exige-se um sistema de legalidade e um sistema de legitimidade, pelo qual o direito objetivo consagre os valores julgados imprescindíveis no nível social alcançado pelo homem e considerados por ele como conquista histórica irreversível, assim a segurança não é só um fato, é, sobretudo um valor individual que deve ser respeitado por meio da positivação da lei.

Em especial sobre os direitos fundamentais, consagrados enquanto direitos humanos, conforme abordado anteriormente neste estudo, Bobbio (2004, p. 89-90) esclarece:

> O fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em contínua ampliação não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa nova sociedade, não bastam os chamados direitos fundamentais, como direitos à vida, à liberdade e à propriedade [...] a relação entre o nascimento e crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente.

Com efeito, o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo, indo além dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade. O mesmo se amplia para atender as necessidades da sociedade que se encontra em constante evolução histórica e cultural, criando novas necessidades que precisam ser supridas e garantidas por meio da positivação de normas constitucionais e infraconstitucionais, como bem observa Sarlet (2001, p. 40): "o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar – ressalvada alguma exceção – bem além, como é o caso da nossa atual Constituição".

Tamanha é a importância dos direitos fundamentais para o Estado brasileiro que o Constituinte de 1988 designou o Título II da Carta Magna para os "Direitos e Garantias Fundamentais", como será explicitado de forma mais precisa em seção própria desse estudo.

Antes, porém, é fundamental apresentar, doutrinariamente, as funções dos direitos fundamentais.

3.1 Funções dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais, de acordo com Canotilho (2003) têm a função de defesa da liberdade, da prestação social, de prestação perante terceiros e de não discriminação.

A primeira função dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e a defesa da sua dignidade perante os poderes do Estado, conforme esclarece Canotilho (2003, p. 408):

> Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Os direitos de defesa ou de liberdade estão previstos em normas constitucionais, como também em normas infraconstitucionais, sendo direitos assegurados ao indivíduo limitando o poder estatal, como explica Brega Filho (2002, p. 22):

> Tais direitos definiam a fronteira entre o que era lícito e o que não o era para o Estado, reconhecendo liberdades para os cidadãos, pois o que ficasse fora do alcance do Estado, seria lícito. Eram chamados de direitos de defesa, marcando uma zona de não intervenção do estado (negativos). Esses direitos exigiam uma abstenção do estado e não uma conduta positiva.

A função de defesa ou de liberdade dirige-se a uma obrigação de abstenção do poder do Estado, obrigando o mesmo ao respeito dos interesses individuais e coletivos, permitindo apenas que a interferência seja dada de acordo com o prescrito na legislação.

Sendo a liberdade condição imprescindível à igualdade entre as pessoas, a tarefa do direito não pode estar restrita a eliminação de obstáculos postos frente à liberdade, mas a utilização de oportunidades para a busca da felicidade pelos seres humanos, como abordado em linhas anteriores desse estudo.

Em relação à liberdade, para que se diga que uma pessoa tem o direito de ser livre, segundo Dallari (1998, p. 29), “é indispensável que essa pessoa possa tomar suas próprias decisões sobre o que pensar e fazer e que seus sentimentos sejam respeitados pelas outras”. Sendo assim, as normas legais em seus dispositivos devem assegurar às

pessoas o direito de ir e vir, de se expressar, de pensar e ainda de tomar as suas próprias decisões sem a interferência de terceiros.

A segunda função dos direitos fundamentais diz respeito ao direito do particular obter algo do Estado, como, por exemplo, saúde, educação e segurança. Para Canotilho (2003, p. 408) a função de prestação social dos direitos fundamentais é associada a três núcleos problemáticos, a saber:

> (1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex.: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no "direito de exigir" uma casa); (2) ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduz ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das "normas constitucionais sociais" (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex.: prestações médicas e hospitalares existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjetivos ou pretensões subjetivas dos indivíduos) a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (ex.: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações econômica).

Verifica-se pelas palavras do autor, que a abrangência dos direitos de prestação social é ampla, envolvendo vários aspectos da vida cotidiana do indivíduo, objetivando principalmente o bem-estar e a justiça social.

Nesse sentido, Silva (2007, p. 758) assevera:

> Ter como objetivo o bem-estar e a justiça social quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída.

Compactua desse entendimento Sarlet (2010, p. 190) quando afirma: "os direitos a prestações abrangem os direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos a organização e ao procedimento), bem como os direitos a prestações *stricto sensu,* que identifica com os direitos sociais de natureza positiva".

Nesta perspectiva, para que o indivíduo tenha assegurado os direitos sociais, o Estado por meio de sua legislação deve ter os mecanismos necessários para assegurar a

criação e a efetivação destas prestações como forma de proporcionar ao indivíduo o chamado Estado do Bem Estar Social[5].

A terceira função dos direitos fundamentais impõe um dever ao Estado de proteger os titulares dos direitos fundamentais de terceiros. Neste contexto, Canotilho (2003, p. 409) esclarece que:

> O Estado tem o dever de proteger o direito a vida perante eventuais agressões de outros indivíduos (é a ideia traduzida pela doutrina alemã na fórmula *Schutzpflicht*). O mesmo acontece com numerosos direitos como o direito de proteção de dados informáticos, o direito de associação. Em todos estes casos, da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos, praticadas por terceiros.

Sob a mesma ótica, Dallari (1998, p. 25) observa que "todo ser humano tem o direito de não ser agredido ou ferido por outro. Esse é o direito a integridade física". Sendo assim, o Estado será obrigado a concretizar além das normas constitucionais também as normas reguladoras das relações civis, como forma de assegurar a observância dos direitos de proteção contra terceiros.

Desse modo, os direitos fundamentais devem ser protegidos, uma vez que estão à mercê da vida cotidiana, onde podem, nos mais variados instantes, sofrer violação. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos fundamentais à vida, à privacidade, à liberdade de locomoção e à propriedade. Cabendo ao Estado promover meios de proteção destes direitos contra a violação de terceiros.

A quarta função dos direitos fundamentais, a não discriminação, parte do princípio da igualdade, assegurando constitucionalmente um tratamento igual do Estado em relação a todos os cidadãos. Para Canotilho (2003, p. 410), a função de não discriminação abrange todos os direitos:

> Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex.: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex.: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex.: direito ao emprego e

---

[5] O Estado brasileiro é teoricamente caracterizado como Estado Social (W*alfare State*), ou seja, um Estado que busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social. Essa terminologia começou a ser utilizada no século XX, mais especificamente na década de sessenta, para países que tenham empregado alguma política de bem-estar social. Nas palavras de Andersen (1990, citado por TIMM, 2010, p.56).

formação profissional).

Pelo princípio da igualdade todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deste modo este princípio deve preservar principalmente a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A não discriminação se aplica em vários momentos da vida do indivíduo, e a legislação deve assegurar em seus dispositivos, mecanismos e garantias para que o princípio da isonomia seja aplicado, de modo a permitir que todos tenham igual direito ao respeito das outras pessoas, garantindo, desde o começo, as mesmas oportunidades.

Conforme já mencionado nesse estudo, os direitos fundamentais do homem e, consequentemente, suas funções, estão em constante evolução, atendendo aos anseios e necessidades da sociedade. Essa evolução é cronologicamente perceptível quando se analisa as dimensões dos direitos fundamentais.

3.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente sendo reconhecidos constitucionalmente. Importante ressaltar que uma geração não substitui a outra, mas se acrescenta a ela, e por tal razão parte da doutrina prefere a denominação “dimensões”.

Desta forma, não existe a ideia de sucessão de gerações, mas de um processo cumulativo e qualitativo, onde os direitos se fortalecem e se expandem à medida que a sociedade evolui e se transforma.

Doutrinariamente, os direitos fundamentais se dividem em cinco dimensões ou gerações.

Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão estão intimamente ligados à liberdade, igualdade e fraternidade. São os primeiros direitos a constarem no instrumento normativo constitucional, muito embora cada Estado o tenha feito conforme o respectivo modelo de sociedade, em processos de avanços e recuos.

Esses direitos referem-se à liberdade do indivíduo em relação ao Estado, com a contenção do arbítrio estatal e o respeito aos direitos civil e políticos do cidadão, sendo também chamados de liberdades públicas.

Nos ensinamentos de Brega Filho (2002 p. 22), “entre esses direitos estão os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra,

vida, propriedade e outros, completados pela liberdade de expressão e participação política)".

Estes direitos são oponíveis ao Estado, são ainda, atributos da pessoa humana, são também, direitos de resistência e oposição ao Estado, que devem ser reconhecidos pelo Estado, e uma vez violados devem ser restaurados, mesmo que o agente violador seja o próprio órgão estatal, como esclarece Bonavides (2010, p. 563):

> Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa humana e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Acrescentam-se aos direitos de primeira geração os direitos políticos ou liberdades políticas, que se caracterizam, fundamentalmente, no direito de votar e ser votado. O que é indispensável para o fim dos privilégios políticos de grupos em contraste com a vontade do povo, como ressalta Sampaio (2004, p. 261): não resta dúvida da vital importância dessas liberdades para a desobstrução dos canais de formação da vontade política e de um articulado controle popular sobre o processo de escolha e atuação de seus representantes no governo.

Sendo assim, ambas, liberdades individuais e liberdades políticas constituem o direito necessário de polícia administrativa, ou seja, de controle, prevenção e repressão dos atos estatais diante da sociedade.

Constituindo uma evolução dos direitos individuais surge a preocupação com os direitos em favor da coletividade, fazendo surgir os direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais que surgiram no início do século XX, superando o individualismo possessivo do final do século XIX e cedendo lugar à consciência coletiva, como explica Lafer (1988, p. 127).

> Os chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state,* são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi à coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los.

Entre estes direitos de crédito, figura o direito à saúde. A importância da saúde é evidente na vida dos seres humanos, uma vez que por meio à saúde obtém-se qualidade de vida que figura como um dos elementos indispensáveis ao exercício da cidadania, como evidencia Morais (2003), citado por Figueiredo (2007, p. 81):

> O núcleo central do conceito de saúde estaria na ideia de qualidade de vida que, para além de uma percepção holística, apropria-se dos conteúdos próprios às teorias política e jurídica contemporâneas, para ver a saúde como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas. Seria então, um direito de cidadania, que projeta a pretensão difusa e legítima de não apenas curar e evitar doenças, mas de ter uma vida saudável, expressando uma aspiração de toda(s) a(s) sociedade(s) como direito a um conjunto de benefícios que fazem parte da vida urbana – isto é, a vida na *polis*, na urbe.

Ainda na esfera dos direitos fundamentais de segunda dimensão há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, englobam também as denominadas liberdades sociais. Cabendo ao Estado o dever de criar e ampliar os serviços públicos a fim de garantir a todos o acesso não somente ao direito a saúde, mas a todos os direitos sociais.

Enfatiza-se que no século XX, os direitos sociais passaram a dominar as lutas por garantias de melhores condições de trabalho, saúde, segurança e educação, introduzindo nas constituições estatais mecanismos específicos para a sua garantia, como explica Bonavides (2010, p. 564):

> São direitos sociais, culturais e econômicos bem como direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a deslembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Nesse contexto, o rol dos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão deve ser garantido pelo Estado para assegurar às condições jurídicas mínimas a independência social do indivíduo.

Assegurados os direitos coletivos, isto é, dos indivíduos de um determinado grupo, em especial um Estado, surgem as preocupações com os direitos difusos, isto é, aqueles que são de todos, mas que não pertencem a ninguém. São os chamados direitos de terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. São identificados como o direito ao desenvolvimento, o

direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, como leciona Brega Filho (2002, p. 27):

> Durante a segunda Guerra Mundial, percebeu-se que não bastava o reconhecimento dos direitos de primeira e segunda gerações, pois existem outros direitos que não pertencem apenas ao indivíduo. Alguns direitos são transcendentais, pertencem a todos e por isso surgiram no direito constitucional mundial, os direitos de terceira geração, também chamados de direitos de solidariedade. São considerados direitos de solidariedade o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, os direitos ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos.

Acrescenta-se à reflexão o posicionamento crítico de Bobbio (2004, p. 25) ao afirmar que:

> Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Desta forma, entre esses direitos apresenta-se o direito a um meio ambiente saudável que devido a sua relevância, passou a ser reconhecido e registrado em documentos internacionais e nacionais, o que é uma inovação para o rol de direitos que privilegiava, até então, o indivíduo ou grupo de um determinado Estado, para atender a necessidade de proteger um bem necessário à humanidade.

Esse também é o entendimento de Sarlet (2010, p. 49):

> A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Em síntese, os direitos fundamentais de terceira dimensão, soam como resposta ao alto nível de exploração dos recursos naturais promovidos pelos países industrializados, bem como da exploração destes sobre os países em desenvolvimento. Evidenciando a necessidade de reparação de danos em busca da igualdade econômica e social dos Estados, como bem esclarece Bonavides (2010, p. 570):

> 1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos); 2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits); 3. Uma coordenação sistemática de política econômica.

A segurança jurídica dos direitos de terceira geração é indispensável não somente para a manutenção de um Estado, mas de todo o grupo humano, uma vez que o desrespeito a esses direitos pode ter repercussão global, difundindo a ideia que somos todos habitantes de um mesmo e frágil planeta. Um exemplo desse contexto é o direito à paz, que ganhou dimensão internacional.

Em decorrência desse processo de internalização dos direitos fundamentais e, consequentemente, da globalização econômica é que surgem os direitos de quarta dimensão.

A globalização na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos fundamentais de quarta dimensão, que correspondem à fase de institucionalização do Estado Social e dependem da concretização da sociedade do futuro em sua dimensão de máxima universalidade. Nas palavras de Bonavides (2010, p. 571):

> São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Deste modo, observa-se que os direitos fundamentais de quarta dimensão têm uma aplicação ampla, pois a sociedade cada vez mais pluralista deseja proteção e garantias mais concretas que permitam a sua evolução e desenvolvimento dentro de um sistema pluralista e democrático. Para Chimenti (2005, p. 47):

> A sociedade globalizada amplia horizontes materiais e intelectuais, mas também expõe o indivíduo à dominação por outros povos. É necessário que a ordem jurídica internacional o proteja, porque até mesmo a soberania dos Estados sofre abalos por sua inserção no denominado mundo globalizado.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão sintetizam o futuro da cidadania e o futuro da liberdade de todos os povos. Tão somente com estes direitos será possível a

globalização e o desenvolvimento de uma sociedade pluralista.

Os direitos fundamentais dizem respeito ao homem e as condições em que o ser humano vive. Estas condições constantemente se modificam, propiciando o aparecimento de novos direitos, uma vez o progresso tecnológico é cada vez mais rápido e seus limites parecem não existir. Não é difícil imaginar que novos momentos históricos permitam o surgimento de outras categorias de direitos fundamentais.

Nesta perspectiva surge a possibilidade de uma quinta dimensão de direitos fundamentais denominada direito a paz, que ainda se encontra em fase de reconhecimento e que em regra, na sua dimensão individual, não tem encontrado aceitação na doutrina, como afirma Sarlet (2010, p. 54):

> Ao assim denominado direito à paz, cuja dimensão individual, em regra, não tem encontrado aceitação na doutrina, que se insurge contra a possibilidade de reconhecimento de um direito individual à paz, cuja titularidade pertenceria aos Estados, aos povos e à humanidade como um todo.

Alguns autores classificam o direito a paz junto aos direitos de terceira geração. Contudo muitos autores, como por exemplo, Bonavides (2010, p. 583) já os reconhecem em suas obras, assinalando: "o novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões".

A preservação da paz assume transcendental relevância para a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais. A paz constitui pressuposto indispensável à proteção efetiva dos direitos do homem, como explica Bonavides (2010, p. 579): "a concepção de paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais".

Cabe destacar que, mesmo ensejando polêmica entre os doutrinadores, o direito a paz encontra-se positivado na CF/88, no artigo quarto, inciso IV, sendo um dos princípios que rege a República Federativa do Brasil nas relações internacionais.

Assim, a paz é um conceito jurídico e principiológico acolhido na Constituição, é ainda, à base da sociedade, pois traz harmonia às relações humanas e auxilia na preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

E já é real a discussão sobre a sexta dimensão dos Direitos Fundamentais, onde alguns autores já afirmam o seu surgimento, e que o direito que mais será objeto de

conflito será o da água potável, sendo que nesta reflexão, por água limpa, o mundo poderia entrar em uma possível guerra.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

De modo geral os direitos sociais encontram-se vinculados ao contexto histórico da luta por melhores condições de vida a serem ofertadas pelo Estado, como forma de garantir a real condição de igualdade e liberdade entre todos os cidadãos. Caracterizam-se como direitos fundamentais de segunda dimensão, conforme já abordado nesse estudo.

Na sociedade atual, aperfeiçoando a natureza histórica, os direitos fundamentais sociais são associados a uma obrigação prestacional do Estado para com seus súditos, como propõe a clássica definição de Silva (2009, p. 286):

> Direito sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Sob essa concepção, outorga-se ao indivíduo titular desses direitos, a possibilidade de exigir prestações sociais estatais, ou seja, direito a ações positivas fáticas do Estado, que o titular poderia adquirir de forma particular se tivesse condições financeiras suficientes, mas que na ausência desta condição, podem ser exigidas do Estado por força constitucionalmente estabelecida.

A dimensão positiva merece destaque na definição dos direitos fundamentais sociais, uma vez que não se está mais diante de situações nas quais se busca evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual. Pelo contrário, o que se pretende, com o reconhecimento dos direitos sociais, é a garantia de participação do indivíduo no bem-estar social.

Deste modo, o sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado, sendo este o responsável pelo atendimento das prestações contempladas por esta modalidade de direitos. Em sentido amplo, todo direito a uma ação positiva do Estado pode ser caracterizado como um direito prestacional. Essa é uma característica marcante dos

direitos fundamentais sociais e está diretamente vinculada ao conceito Estado social, como explica Weichert (2004, p. 113):

> O Estado de perfil social não é mais mero garantidor de direitos e liberdades individuais, mas sim protagonista de prestações positivas na área dos direitos fundamentais sociais, a serem implementadas mediante políticas e ações estatais consoantes com os objetivos e metas fixados na Constituição. Assim, a concepção do Estado social influi diretamente no sistema de direitos fundamentais, fazendo surgir uma nova categoria de direitos, que poderemos designar por direitos a prestações ou direitos de quota-parte.

Embora a positividade (prestação) seja mais evidente, os direitos fundamentais sociais também abrangem os direitos de defesa, também chamados de direitos negativos ou direito a ações negativas, e caracterizam por bloquear uma ação do Estado que se mostre contrária ao bem constitucionalmente tutelado.

Nas palavras de Olsen (2010, p. 54): "os direitos de defesa dizem respeito do titular do direito em uma posição jurídica na qual ele pode exigir do Estado que este não impossibilite o exercício da ação protegida juridicamente, ou que não crie circunstâncias capazes de impedira realização da ação". A título de exemplo, cita-se, no caso de moradia, em que o Estado não pode ferir o direito de vedação de penhora. Ou ainda, o direito de greve dos trabalhadores e a liberdade de associação sindical.

Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 17) ensinam:

> [...] também são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores.

Em síntese, os direitos sociais estão enunciados em normas constitucionais e possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados, são direitos que tendem a realizar a igualização de realidades sociais desiguais, portanto norteados pelo princípio da igualdade.

Os direitos fundamentais sociais expressam uma ordem de valor objetivada na e pela Constituição Federal. Sob uma fundamentação filosófica dos direitos sociais e mais ainda sob uma perspectiva dogmático-jurídica de abordagem pode-se classificar,

em sentido amplo, os direitos fundamentais sociais tanto em direitos prestacionais (positivos), quanto defensivos (negativos).

Diante ao exposto, pode-se afirmar que os direitos sociais se resumem em uma série de pretensões jurídicas distintas em relação à finalidade, ao conteúdo ou a estrutura. As pretensões de finalidade se caracterizam tanto pelo direito de defesa, quanto prestacional, como no direito à saúde. Já nas pretensões de conteúdo pode-se enquadrar o direito a educação, a saúde, ao trabalho, ao lazer, a moradia, a segurança social, a proteção à maternidade e à infância. Finalmente nas de estrutura encontram-se, por exemplo, os direitos trabalhistas individuais e coletivos.

Sendo assim, fica evidente que uma concepção satisfatória de direitos fundamentais sociais somente será consolidada se estiver ancorada em uma ordem constitucional concreta, uma vez que o que é necessário para determinada sociedade pode não ser para outra. Nesse sentido, Nunes Junior (2009, p. 74) esclarece:

> Não se pode descurar que os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, concorrendo para demarcar o perfil do Estado que os reconhece e protege. Desse modo, a arquitetura dos direitos fundamentais sociais prenuncia o tipo de Estado e de estrutura socioeconômica que se pretende realizar. São depositários de importante opção ideológica do constituinte, o que realça, evidentemente, a relevância da adequada compreensão das estratégias de proteção utilizadas pela Constituição.

Desta forma, passar-se-á a analisar, ainda que de forma sintética, a valoração dada pela CF/88 para os direitos fundamentais sociais.

4.1 Direitos Fundamentais Sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A inserção dos direitos humanos no texto constitucional é uma forma de estabelecer a sua garantia. Para Silva (2009, p. 186) “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”.

Esta é a premissa adotada pelo Constituinte em 1988, quando assegurou na CF/88 uma série de direitos e garantias individuais e coletivas, que são consideradas essenciais ao ser humano, estabelecendo também mecanismos para a sua aplicabilidade. Este sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantia do estado democrático de direito.

Cumpre destacar, que estas medidas devem ser incorporadas pelo Estado e pelos seus órgãos, pois a lei escrita sem mecanismos de efetivação é ineficaz e inoperante. A implementação de leis que tornam efetivos os direitos humanos devem ter como princípio a universalidade, ou seja, a aplicação igualitária a todos os seres humanos vinculados a determinada sociedade estatal.

É nessa perspectiva que se destaca a importância da pessoa humana para a Constituição Federal, uma vez que o legislador constituinte instituiu a dignidade como valor supremo do ordenamento jurídico como um todo.

No que tange ao contexto histórico, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, cumpre ressaltar a importância do então vigente, processo de redemocratização do Brasil após período ditatorial. O que propiciou vários debates em torno do conteúdo que viria compor a nova Carta Magna após mais de vinte anos de autoritarismo e repressão. Entre esses debates figurou as inovações indispensáveis na seara dos direitos fundamentais, conforme assevera Sarlet (2010, p. 65):

> A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais.

Fazendo um paralelo entre Constituição Federal de 1988 e as que a precederam, no que se refere aos direitos fundamentais, Sarlet (2010, p. 63) sintetiza:

> Constata-se já numa primeira leitura da CF/88 a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância.

Entre as inovações, exemplifica-se, o posicionamento dos direitos fundamentais logo após o preâmbulo e a adoção da terminologia “direitos e garantias fundamentais” em substituição a “direitos e garantias individuais” utilizada nos textos anteriores.

Embora doutrinariamente se estabeleça diferenças entre direitos e garantias, sendo os direitos, disposições meramente declaratórias e as garantias, disposições assecuratórias, a CF/88 não adotou essa diferenciação em seu texto, nem em caráter terminológico, nem no que tange a organização, como salienta Silva (2009, p. 186):

> A Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias. Assim é que a rubrica do Título II enuncia: "Dos direitos e garantias fundamentais", mas deixa à doutrina pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias. O Capítulo I desse Título traz a rubrica: "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se garantias.

A CF/88 também reconheceu a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, ou seja, a harmonia entre direitos é essencial, uma vez que um determinado direito não alcança eficácia plena sem a realização simultânea de alguns outros direitos, como preceitua Silva (2009, p. 185):

> O que é certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.

Assim, tão importante quanto às questões terminológicas é analisar como o texto constitucional brasileiro abrange os direitos fundamentais, especialmente os sociais e quais princípios e objetivos norteiam a aplicabilidade jurídica destes, bem como a intensidade da proteção que se deseja estabelecer.

Nesse sentido, Nunes Junior (2009, p. 70) ensina:

> Podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Os direitos sociais, enquanto categoria dos direitos fundamentais referência a necessidade de promoção da igualdade entre todos, bem como da proteção da dignidade humana, princípios essenciais na concretização do Estado Social.

Na CF/88 os direitos chamados de sociais são acolhidos em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais. Enuncia a CF/88 já no artigo sexto: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Em virtude da amplitude do rol enunciado no artigo sexto, as normas de direitos sociais estão presentes tanto no Título II, quanto esparsas ao longo do texto constitucional, o que demonstra preocupação do legislador em fornecer elementos capazes de determinar a incidência, o âmbito de proteção e atuação destes direitos.

Nessa linha de orientação, fica evidente, como a forma de positivação influencia o regime jurídico inerente ao direito social positivado, como propõe a reflexão realizada por Nunes Junior (2009, p. 95):

> A opção do Constituinte quanto ao nível de proteção, aos objetivos e aos meios de intervenção na realidade que se busca em cada direito social envolvido, permitindo, deste modo, verificar qual o regime jurídico de cada direito social positivado segundo a forma adotada pela respectiva Constituição.

Desta forma, em uma análise superficial do texto da CF/88, percebe-se que o Poder Constituinte reconheceu um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais sociais, possibilitando a compreensão do modelo de direitos e garantias adotado pelo Estado brasileiro para seus cidadãos, ainda que o rol proposto não tenha sido feito de forma exaustiva, pois, como já abordado em momento anterior, os direitos fundamentais encontram-se em evolução juntamente com a própria sociedade.

Em síntese, pode-se concluir que o constituinte de 1988 utilizou das seguintes técnicas de positivação dos direitos sociais, como traduz Nunes Junior (2009, p. 95):

> Positivação por meio de normas consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público, que, deste modo, se limitam a apontar diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas por este.
> Positivação por meio da atribuição de direitos subjetivos públicos, que embora criem um correlato dever de prestar para o Estado, são de fruição autônoma e imediata por qualquer indivíduo.
> Positivação por meio de garantias institucionais, predispostas, portanto, a preservar instituições sociais consagradas pela Constituição.
> Positivação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico, predispostas fundamentalmente à busca do equilíbrio em relações socioeconômicas, marcadas, em termos fenomênicos, por uma desigualdade muito profunda. Tais normas visam, em suma, a criação de um sistema jurídico de ordenação das relações entre particulares, em que a vontade constitucional, ou legal, se faz inserir no conteúdo da relação jurídica a ser travada entre as partes da relação jurídico privada, como aquelas estabelecidas entre o empregado e o empregador.

Embora abrangendo perspectivas diferentes, todas as positivações elencadas pelo autor convergem para a importância da segurança jurídica dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, seja nas relações estatais ou particulares, a fim de garantir uma vida digna a todos.

4.2 A dignidade da pessoa humana: reconhecimento indispensável para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais

A dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada ao sistema de valores que advém da experiência cultural de cada sociedade, submetidos à influência do tempo e do espaço, o que justifica a sua existência anterior a qualquer reconhecimento jurídico.

Etimologicamente, o vocábulo "dignidade" está associado ao termo latim *dignitas*, que significa valor intrínseco, prestígio, mérito ou nobreza.

Dentro desse preceito é que o conceito de dignidade foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao século XXI constituída como um valor supremo e deve ser exercida sem relativismos, como bem expõe Nunes (2009, p. 48): "a dignidade é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo".

Em termos de conceituação, neste estudo dar-se-á ênfase a questão da vida digna, uma vez que o objeto central desta reflexão está atrelado à atuação social dos direitos, em específico o direito à saúde.

Neste invólucro, tem-se a dignidade para além do valor interno deferido a cada ser humano, como propõe o conceito de Silva (2010, p. 55): "atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente".

Não se deseja negar o conceito dado por Silva, apenas complementá-lo, uma vez que todo indivíduo encontra-se em um meio social, onde todos sem distinção têm direitos. Não se pode desconsiderar uma dimensão social desta mesma dignidade.

Como enfatizado anteriormente, a Declaração Universal de 1948 preleciona que todos são iguais. Desta forma, recorre-se ao apropriado conceito proposto por Sarlet (2001, p. 44):

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida

> saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Com efeito, a dignidade humana é qualidade inerente a todos os seres humanos, de forma individual e coletiva, independentemente de qualquer circunstância de diferenciação, isto é, não importa a raça, a religião, o sexo, a naturalidade, condição econômica, classe social, opção sexual ou qualquer outro elemento diferenciador, sozinho ou em conjunto, pode afrontar a obrigação geral de respeito pela pessoa.

É imperioso compreender que o princípio da dignidade norteia todas as regras jurídicas, de forma que todas as atividades estatais devem estar vinculadas a ele, no sentido de preservar a sobrevivência dos cidadãos segundo padrões mínimos de decência. Significa dizer, como assevera Sarlet (2010, p. 99), que "não há como negar que os direitos à vida, liberdade e igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares de dignidade da pessoa humana".

Corrobora desse entendimento Bonavides (2005), citado por Silva (2010, p. 61), quando, sobre o princípio da dignidade, afirma que:

> Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele que em todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Especialmente no cenário constitucional brasileiro, a CF/88 traz, logo no artigo primeiro, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República. Destacando a sua importância, Nunes (2009, p. 47) assevera:

> É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém, visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

Além de fundamento para o Estado Democrático de Direito, a Carta Magna de 1988 recepciona a dignidade humana para assegurar o exercício da atividade econômica pelo Estado e pelos particulares, como princípio fundamental da família e como direito essencial da criança e do adolescente, a saber, respectivamente:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
>
> Art. 226. § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
>
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> Art. 230. Ao disciplinar que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Como observado, o princípio da dignidade encontra-se vinculado à garantia de vários outros direitos estabelecidos para o indivíduo, constituindo-se como princípio ético-jurídico norteador dos valores e finalidades a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade civil. Afinal, de nada adiantaria a simples menção da dignidade enquanto princípio da CF/88 se não houvesse a garantia de um núcleo básico de direitos aos cidadãos.

Com efeito, surge a importância do respeito para com o outro, pois respeitar o outro significa compreendê-lo enquanto coparticipante da vida comunitária. Ou seja, a dignidade do outro é tão importante quanto a própria dignidade, o que estará sempre vinculado ao reconhecimento de que o ser humano não pode ser degradado ou coisificado, o que constitui a base da convivência em sociedade.

Nesse sentido, a defesa da dignidade humana deve considerar os valores constitutivos de cada sociedade, uma vez que se está diretamente ligado aos influxos históricos, sociais e culturais, tanto no que diz respeito aos aspectos ontológicos, quanto deontológicos da constituição do ser humano.

Deste modo, privar qualquer cidadão brasileiro de sua dignidade, quer por ação, quer por omissão, constitui uma afronta ao Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira.

Conforme abordado anteriormente nesse estudo, a aplicação e a efetivação de cada espécie de direito fundamental social inerente à pessoa humana contida na CF/88, prescinde do reconhecimento e da caracterização das diferenças de natureza, de conteúdo e de estrutura de cada tipo de direito constitucional, pois estas determinam as distinções necessárias entre suas diversas formas de implementação na realidade concreta, bem como seus respectivos atores, com vistas à promoção do bem comum, no âmbito de um Estado democrático.

O conhecimento das particularidades dos diferentes tipos de direitos fundamentais sociais permite que se possa melhor compreender e se efetuar a concretização de cada um destes direitos. Passar-se-á à análise do direito fundamental social foco desta tese: o direito a saúde.

5 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

O direito à saúde faz parte dos direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, congênitos ao Estado Social.

Com o advento do Estado Social, a higiene se torna um saber social e passa a compor a saúde pública, em uma das primeiras tentativas de ligar a saúde à economia, reforçando a utilidade do investimento em saúde.

Com isso, surge a preocupação com a prevenção de doenças como condição de dignidade de vida. Nas palavras de Serrano (2009, p. 64): "Assim, proteger a saúde das camadas mais pobres, modificar-lhes os hábitos de higiene, passa a ser um objetivo nacional, pois simultaneamente se estaria lutando contra a miséria que ameaça a ordem pública. A ideia de prevenção encontra, então, ambiente propício à sua propagação".

Entretanto, antes de destacar os aspectos do direito à saúde versados na CF/88 e os aspectos pertinentes a sua judicialização, dar-se-á ênfase aos aspectos conceituais de saúde, criados especialmente para discutir temas acerca de políticas necessárias para garantir o acesso à condição digna de saúde, desde a prevenção até o tratamento de doenças.

5.1 Conceito de saúde: do contexto histórico ao contemporâneo

O conceito de saúde passou por constantes adaptações ao longo da história, buscando com tais mudanças alcançar um melhor amparo e acordo com as necessidades vitais de cada época.

Para os homens primitivos a doença estava intimamente ligada ao sobrenatural, especialmente, as forças ocultas do mal, como bem explica Figueiredo (2007, p. 77), "os povos primitivos viam o doente como vítima de demônios e espíritos malignos, mobilizados talvez por um inimigo".

Obviamente que esse entendimento foi questionado a partir do momento que, com a evolução do próprio homem, passou-se a estudar o organismo humano. Um exemplo desse questionamento é explicado por Figueiredo (2007, p. 77): "Essa concepção seria questionada na antiguidade grega, sobretudo com os estudos de

Hipócrates, cujas observações empíricas não se limitaram apenas ao paciente, estendendo-se ao ambiente onde vivia".

Outra fase importante da história do homem em relação à saúde foi ocorrido na Idade Média. Marcada por vários surtos epidêmicos que dizimaram milhares de pessoas, fruto do retrocesso sanitário, decorrentes da falta de higiene, da promiscuidade e da miséria, na Idade Média os avanços da medicina ocorridos até então foram abandonados, dando novamente lugar ao divino e ao isolamento do doente, como ressalta Figueiredo (2007, p. 77):

> Na Idade Média, as práticas médicas desenvolvidas pelas tradições ocidental (grega e romana) e oriental (árabe e judaica) – esta última incluindo estudos nos campos da farmacologia, oftalmologia, cirurgia, entre outros – ficaram à margem da cristandade dominante. A doença voltou a ser vista como castigo divino, resumindo-se os cuidados sanitários à preocupação de afastar o doente do convívio social, para evitar o contágio e a visão da própria doença.

Superada a fase mística e as epidemias da Idade Média, já no período do liberalismo estatal, o conceito de saúde foi sendo modificado. Entretanto, por longos anos a saúde foi entendida apenas como a ausência de doenças e, consequentemente, as políticas públicas voltavam sua atenção para o controle das doenças já estabelecidas na busca pelo retorno ao estado de não doença.

Para Weichert (2004, p. 119): "Numa visão estrita, e consentânea com o Estado liberal, a saúde corresponde a ausência de doenças. Compara-se o corpo humano doente a uma máquina com defeito e, logo, a ausência de defeito/doença caracterizaria o homem sadio".

Contudo, com o desenvolvimento científico, tecnológico e social o conceito de saúde também evoluiu. Nas palavras de Silva (2010, p. 75), "a saúde sinônimo de estado de ausência de doença passou a ser concebida na perspectiva de um estado de bem-estar físico, mental e social".

Sob esse enfoque, não é somente o indivíduo doente que merece atenção, mas sim toda a coletividade, no sentido que a condição sadia do sujeito depende também das condições de qualidade de vida das pessoas que o rodeiam, no intuito de garantir, progressivamente, a dignidade à vida humana.

Passa a ganhar ênfase a prevenção dos males, mediante garantia de condições de vida digna a toda comunidade, ou seja, é a aliança da saúde enquanto condições adequadas de moradia, alimentação e trabalho ao desenvolvimento de remédios

específicos a partir da descoberta dos agentes causadores de doenças. Weichert (2004, p. 121) sintetiza: “não há saúde com doenças, e não há combate a doenças sem promoção da melhoria do ambiente circundante”.

É nesse contexto que a OMS (Organização Mundial da Saúde) proclamou em 1946, no preâmbulo da sua Constituição que “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos”.

A conceituação promovida pela OMS significou um notável avanço, considerando o processo de cidadania para sua garantia. Contudo, o conceito adotado ainda caracteriza a saúde como algo estático, sem os aspectos pertinentes ao Estado Social, emergente à época.

Corroborando desse entendimento, Silva (2010, p. 76) afirma:

> Destarte, resta ultrapassada a dimensão anterior sobre saúde como sendo apenas ausência de doença, bem como a visão estática de saúde apresentada de maneira individualizada e inatingível, sem os aspectos do compromisso social, resultado das ações realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, de onde se vislumbra o caráter eminente solidário desse direito, um compromisso a ser assumido pela sociedade consigo mesma, para a garantia de condições dignas de vida a cada ser humano.

Nesse passo, cada vez mais ganha ênfase a visão da saúde como responsabilidade do Estado, reforçando-se que as condições dignas de saúde perpassam pelo saneamento básico, pela alimentação e moradia adequadas, pela educação, transporte e lazer de qualidade.

Um conceito útil para analisar os fatores que intervêm sobre a saúde e sobre os quais a saúde pública deve, por sua vez, intervir, é o formulado em 1974 por Marc Lalonde, titulado Ministério da Saúde e do Bem-estar do Canadá.

De acordo com esse conceito, Scliar (2007, p. 37) explica que o campo da saúde abrange:

> a biologia humana, que compreende a herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, incluindo os fatores de envelhecimento;
> o meio ambiente, que inclui o solo, a água, o ar, a moradia, o local de trabalho;
> o estilo de vida, do qual resultam decisões que afetam a saúde: fumar ou deixar de fumar, beber ou não, praticar ou não exercícios;
> a organização da assistência à saúde. A assistência médica, os serviços ambulatoriais e hospitalares e os medicamentos são as primeiras coisas em que muitas pessoas pensam quando se fala em saúde.

Em síntese, pode-se afirmar, utilizando as palavras de Rocha (1999) citado por Silva (2010, p. 76), que "a conceituação de saúde deve ser entendida como algo presente e sua compreensão passa pela afirmação da cidadania plena".

Nesse mesmo sentido, Morais (2003) citado por Figueiredo (2007, p. 81) discorre que:

> o núcleo central do conceito de saúde estaria na ideia de qualidade de vida que, para além de uma percepção holística, apropria-se dos conteúdos próprios às teorias política e jurídica contemporâneas, para ver a saúde como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas.

De modo geral, o conceito de saúde reflete a realidade social, política, econômica e cultural de uma determinada sociedade. Ou seja, saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social, dos valores individuais, das concepções científicas, religiosas, filosóficas. Em síntese, o conceito de saúde não é estático, se transforma junto com o próprio homem. Contudo está diretamente ligado à dignidade, no contexto de que vida digna se equipara à vida saudável.

Com o término da Primeira Guerra Mundial foi criada a Liga das Nações que tentou, sem sucesso, estabelecer os primeiros parâmetros internacionais sobre o que viria a ser saúde, bem como a sua tutela enquanto dever estatal para com os cidadãos de cada nação.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, sob o contexto do engajamento mundial para com a proteção dos direitos humanos, é que se consagra o direito à saúde. A criação da ONU e da OMS foi um dos fatores determinantes para o início da discussão acerca do direito a saúde, bem como a sua eficácia e aplicabilidade. De acordo com os ensinamentos de Figueiredo (2007, p. 80):

> A criação da ONU e a promulgação da Declaração dos Direitos Humanos incentivaram a criação de órgãos especiais dedicados à garantia de alguns direitos humanos essenciais. Entre outras entidades, criou-se a OMS, no preâmbulo de cuja Constituição consta que saúde é o "completo bem-estar físico, mental e social".

Em relação à Carta Universal de 1948, o direito à saúde ganha destaque no artigo XI, a saber:

> Direito à Preservação da Saúde e ao Bem-Estar:

> Art. XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à sua alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

Destacam-se também no âmbito internacional a Carta Social Europeia, aprovada em Turim, em 18 de outubro de 1961, mas que passou a vigorar somente em 26 de fevereiro de 1965 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembleia das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991 por meio do Decreto Legislativo n. 226, que em relação ao direito a saúde evidenciam, de acordo com Silveira (2009, p. 16), respectivamente:

> Parte I – As Partes Contratantes reconhecem como objetivo de uma política que aplicarão por todos os meios úteis, tanto no plano nacional como no internacional, a realização de condições próprias para assegurar o exercício efetivo dos direitos e princípios seguintes:
> [...]
> 11) Toda pessoa tem direito a beneficiar-se de quantas medidas lhe permitam gozar do melhor estado de saúde que possa alcançar.
> Direitos à proteção da saúde
> Art. 11. A fim de assegurar o exercício efetivo do direito à proteção da saúde, as Partes Contratantes se comprometem a adotar, seja diretamente, seja em cooperação com as demais organizações públicas ou privadas, medidas apropriadas que visem especialmente:
> 1) eliminar, na medida do possível, as causas de uma saúde deficiente;
> 2) prever serviços de consulta e de educação relativos à melhoria da saúde e ao desenvolvimento do sentido de responsabilidade individual no que diz respeito ao cuidado da saúde;
> 3) prevenir, na medida do possível, as doenças epidêmicas, endêmicas e as demais. [CARTA SOCIAL EUROPEIA]
>
> Art. 12.
> 1) Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
> 2) As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
> a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças;
> b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
> c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
> d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em casos de enfermidade. [PACTO INTERNACIONAL]

Da análise dos textos apresentados é possível observar a complexidade e a diversidade de ações e prestações que compõem o conteúdo desse direito fundamental.

Todavia, as diretrizes apontadas aparentam convergir quanto aos aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde, enfatizando-se o compromisso estatal na elaboração de políticas públicas para a efetivação e abrangência desse direito a todos os cidadãos.

Dentro dessa perspectiva Gialdino (2001) citado por Figueiredo (2007, p. 84) enumera elementos que materializam o conteúdo do direito à saúde, a saber:

> O primeiro deles é a disponibilidade, atinente à suficiência dos estabelecimentos, bens e serviços de saúde, centros de atenção e programas prestados pelo Estado. O segundo é a acessibilidade, no sentido de não discriminação, a ser assegurada em termos de acessibilidade física (localização geográfica), acessibilidade econômica (universalidade do atendimento) e acessibilidade à informação (direitos à informação e ao sigilo dos dados pessoais em matéria de saúde). Terceiro elemento, a aceitabilidade impõe o respeito à ética médica e às condições culturais e particulares de cada indivíduo; ao passo que o quarto, a qualidade, compreende o direito de toda pessoa a gozar dos benefícios do progresso científico (equipe médica capacitada, medicamentos, equipamentos hospitalares, etc.).

Em síntese, pode-se afirmar que para que uma pessoa mantenha-se saudável, seja pela preservação da saúde, seja pelo tratamento adequado à enfermidade, o direito a saúde deve compreender um complexo de facilidades, bens, serviços e condições, envolvendo variáveis econômicas, sociais, científicas e culturais. De acordo com Silva (2010, p. 77) "o direito à saúde é um sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que tem a saúde por objeto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde".

Desta forma, a análise dos deveres intrínsecos no direito à saúde faz surgir a problemática da delimitação das diferentes e possíveis dimensões reconhecidas à esse direito, bem como as aplicações do fenômeno da judicialização das garantias fundamentais.

Como argumenta Sarlet (2001, p. 5):

> O direito à saúde é direito social que apresenta, simultaneamente, uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Enquanto direito de defesa, o direito à saúde determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la. Na dimensão prestacional, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido

> de fomento e efetivação da saúde da população, circunstancia que, neste último caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.

As dimensões defensiva e prestacional abarcam aspectos pertinentes à individualidade e a coletividade da saúde. Como direito individual resguarda-se a liberdade de cada cidadão em relação ao tipo de vida que pretende para si, como por exemplo, a escolha do médico ou do tipo de tratamento.

Com a necessidade deste reconhecimento, foi que a Lei de n. 12.864/13 entrou em vigor em 24 de setembro de 2013, regulando às ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Com a normativa ora trabalhada, houve a alteração do artigo 3º da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, norma esta, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Com a alteração, ficou estabelecido legalmente que:

> "Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

No aspecto coletivo do direito à saúde prevalece o valor da igualdade, justificando a imposição de restrições e limitações a determinados comportamentos em prol da preservação da saúde de todos.

Logo, ao ser analisada a essência primordial dos Direitos Fundamentais, com ênfase ao direito à saúde, assimila-se que os mesmos devem ser ofertados de maneira conjunta, via de regra sem hierarquia, universalmente, para que de fato seja possível a concretização plena de um mínimo existencial.

> Essa judicialização que tem hoje, pra mim não é direito à saúde, ela é direito à entrega de prestação jurisdicional. Direito à saúde é uma coisa muito mais ampla. A saúde aqui no Brasil não é preventiva, ela é curativa, então a saúde é bem-estar, moradia, é todo um composto. Então o que se vê hoje, é o direito à prestação jurisdicional. Não adianta só fornecermos medicamento se a pessoa não tem esgoto, se ela não tem como beber água direito, se ela não tem como comer bem, também é saúde, é o bem-estar dela. Então, hoje, esse conceito banalizou, pra mim saúde é bem-estar do ser humano, é a pessoa viver dignamente e, na verdade, o que se pleiteia na justiça. Ninguém vai falar assim: "Eu quero viver. Eu quero viver com dignidade". A pessoa quer o medicamento, quer o tratamento médico porque ela está doente e isso não quer dizer que se ela tomar o medicamento ela vai ter uma saúde regular. Saúde é um caso bem mais amplo que só ter o

> medicamento ou o tratamento médico. (ASENSI e PINHEIRO, 2015: p.48).

A relação entre as possíveis dimensões do direito à saúde e as obrigações que elas representam foram analisadas por Milanez (2004, p. 198), que explica:

> O direito à saúde compreende as obrigações e respeitar, proteger e implementar. Na obrigação de respeito, cabe ao Estado o dever de não intervir na vida do indivíduo de nenhum modo a reduzir a saúde da pessoa – dimensão defensiva, portanto. Já a obrigação de proteção acarreta ao Estado o dever de resguardar a saúde do indivíduo contra violação de terceiros – dimensão prestacional em sentido amplo, [...]. Na obrigação de implementação, por fim, incumbe ao Estado facilitar ou fornecer diretamente bens e serviços para suprir as necessidades básicas da sociedade na área da saúde.

A evocação do dever do Estado para com a tutela do direito a saúde vai além das ações de apenas coibir ou evitar a propagação de doenças que colocam em risco a coletividade. Faz também parte dessa obrigação o acesso universal e igualitário ao tratamento adequado. Estabelecendo-se, desta forma, a garantia ao mínimo necessário para o respeito à dignidade humana de todos.

Assim, a efetivação do direito à saúde deve ser conduzido de modo peculiar em cada caso concreto e merecendo destaque aos costumes de cada estado da federação brasileira, uma vez que deve ser levado em consideração o regionalismo inerente à cada região.

5.2 O direito à saúde no sistema constitucional brasileiro

Antes da Constituição Federal brasileira de 1988 o Estado adotava a premissa do dever universal de socorro entre as pessoas, sendo a sua omissão punida. É possível perceber esta afirmação ao analisar o Código Penal Brasileiro de 1940, em seu artigo 135, que estabelece:

> Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: pena – detenção de um a seis meses, ou multa.

Fundamentado na interpretação do artigo citado, é possível entender que se o Estado estimula o dever de socorro recíproco entre seus cidadãos não pode ele se eximir dessa responsabilidade, uma vez que o próprio texto legal prevê que ante a dificuldade de fazê-lo o cidadão deve contatar a autoridade pública.

O mesmo raciocínio poderia ser empregado diante da subjetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial ao direito à saúde. Contudo, de acordo com Silva (2010, p. 78), foi somente na "Carta Política de 1988 que o direito à saúde foi elevado à categoria de Direito Fundamental, de direito subjetivo público".

A primeira referência do direito à saúde foi na Constituição de 1824, outorgada pelo então Imperador D. Pedro I, no Título VIII, Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, vista no artigo 179, XXIV ao estabelecer que: a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

Em meados de 1860 existiram movimentos com intuito de enfraquecer a Monarquia e consequentemente, em 1889 Marechal Deodoro da Fonseca proclamou a República. Em 1891 houve a consolidação do regime republicano e estabeleceu-se a primeira Constituição da República.

Nesse momento consagrou-se a tripartição de poderes, os direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, o direito à propriedade. Porém, no que se refere à saúde, não aconteceram avanços significativos, pois o foco naquele momento eram as mudanças quanto à forma de Governo e Estado.

Na reforma da Constituição de 1926 teve importante modificação do direito do trabalho, mas a verdadeira inovação veio com a promulgação da Constituição de 1934, sendo a primeira Constituição no Brasil a esculpir um título a respeito da ordem econômica e social. Recebeu influência direta da Constituição Mexicana, de 1917 e Constituição Alemã de Weimar, de 1919.

Representou grande evolução no tocante aos direitos sociais assegurando o direito à educação, à cultura e com relação ao direito à saúde, incumbiu à União, aos Estados e Municípios ações legislativas e administravas tendentes a diminuir a mortalidade infantil. Em seu artigo 10º inseriu a competência concorrente da União e dos Estados, bem como o cuidado da saúde, no inciso II. Abordou temas como o salário mínimo, o voto secreto, a indenização do trabalhador dispensado, férias anuais remuneradas e instituiu a Justiças do Trabalho e Eleitoral configurando uma clara preocupação com as questões sociais.

Teve validade até 1937, ano em que a nova Constituição decretada teve características baseadas num modelo fascista e instauração da ditadura pelo presidente Getúlio Vargas. Ressalta-se que durante essa época foi conferido "ao presidente da

república o poder de influenciar diretamente nas decisões do judiciário" (BULOS, 2011, p. 485).

No tocante à saúde, previu no artigo 18 que caso houvesse deficiência em lei federal os Estados poderiam legislar independentemente de autorização, sobre a assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais (BRASIL, 1937).

As manobras arbitrárias tomadas por Vargas o levaram ao declínio do poder, e em 1946 se promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, com foco na redemocratização do País, num momento favorável devido ao final da Segunda Guerra Mundial e o interesse dos países como a França, Itália e Alemanha na retomada da valorização dos princípios constitucionais relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana. Em seu bojo houveram mudanças a qual dispôs ser da União a competência de legislar sobre a defesa e proteção da saúde, exposto no artigo 5º (BRASIL, 1946).

A Carta de 1967 centralizou poderes no âmbito da União e conferiu ao Presidente da República amplos poderes, reduzindo as liberdades individuais e políticas mediante a suspensão dos direitos e garantias constitucionais e preocupou-se em especial com a segurança nacional. Mostrou-se mais opressora que as anteriores, com exceção da constituição de 1937. Sistematizou sobre a saúde no artigo 158, IX e XV com fim de assegurar melhorias da condição dos trabalhadores por meio da higiene, segurança do trabalho, assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (BRASIL, 1967).

O período mais crítico da ditadura militar culminou com a edição do Ato Institucional nº 5, editado pelo Presidente Costa e Silva, em dezembro de 1968 com vigor até 1978 tido como um das maiores abusos da época, sendo possível decretar recesso das Câmaras de Vereadores, Assembleias Legislativas e Congresso Nacional, com retorno de funcionamento somente quando convocado pelo Presidente da República; suspensão dos direitos políticos por até 10 anos; suspensão da garantia do habeas corpus em casos contra a ordem econômica, social, a segurança nacional e nos casos de crime políticos, entre outros.

Devido a problemas de saúde, o Marechal Arthur da Costa e Silva ficou impossibilitado de governar, e a administração foi transferida para as Juntas Militares e seus Ministros da Marinha da Guerra, do Exército e da Aeronáutica governar. Em outubro de 1969 promulgaram a EC n. 1/69 e na visão de Silva (2005) tratou-se de nova

constituição e não de emenda, uma vez que se promulgou um texto completamente reformulado, inclusive com o nome: Constituição da República Federativa do Brasil. Ademais, completou que a emenda constitucional tem a natureza de manter a Constituição anterior, e o objetivo naquele momento era a de elaborar texto que substituiria completamente a Constituição em vigor, tratando de um ato político e não de emenda.

Nesse contexto, além do artigo sexto, dispõe o artigo 23 da CF/88: "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]".

A CF/88 prevê o direito e o dever fundamental, conforme prescrito no artigo 196, *in verbis*: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Deste modo, qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica.

Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas, isto é, a efetividade da materialização deste direito no mundo dos fatos, desempenhando a sua função social.

Em uma sequência lógica o artigo 197 assevera ser a saúde serviço de relevância pública, e o artigo 198, II, versa que as ações e serviços públicos de saúde devem ter atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, *in verbis*:

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
>
> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
> [...]

> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
> [...]

Considerando a proteção que é atribuída ao direito à saúde, bem como sua abrangência, mostra-se absolutamente pertinente e indispensável sua efetivação.

Ademais, vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo quinto impõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, de modo que se tem afastada qualquer aplicação reducionista de um direito fundamental.

Certo é, que os direitos fundamentais devem ser entendidos enquanto direitos individuais, razão pela qual, a saúde, definida anteriormente como um direito fundamental, deve ser efetivada a cada cidadão, independentemente de qualquer coisa.

O direito à saúde está interligado com vários outros direitos como o direito ao saneamento, à moradia, à educação, ao bem-estar social, à seguridade social, à assistência social, ao acesso aos serviços médicos e à saúde física e psíquica.

Nesse sentido, Silveira (2009, p. 18) sustenta:

> O direito à saúde, enquanto previsto para todos, alinha-se a categoria de direito difuso (transindividual, de natureza indivisível, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato) que visa possibilitar o acesso universal, integrando-os aos componentes básicos que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Assim, o direito à saúde não está somente assegurado pela Magna Carta, existem vários direitos afins ao direito à saúde, estabelecidos na legislação infraconstitucional. Como por exemplo, a Lei n. 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde, que menciona que a saúde possui características determinantes correlacionadas, a saber:

> Art. 3. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.
> Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Para as ações públicas coordenadas, a própria CF/88 previu em seu artigo 199 um SUS (Sistema Único de Saúde), que foi regulamentado em 1990 pela supracitada Lei Orgânica da Saúde.

Sob panorama geral, a maioria dos direitos almejados continuaram sendo limitados, necessitando de progressivo amadurecimento para sua real efetivação. Foi sob essa ótica que o legislador buscou aperfeiçoar e assegurar o direito a saúde nas constituições brasileiras.

No entanto, como demonstrado, as constituições anteriores dispuseram sobre o direito à saúde de forma singela. Somente com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a saúde foi inserida em seu artigo 6º como direito social fundamental, representando grande evolução diante das Constituições passadas.

O artigo 6º do texto constitucional determinou: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A respeito da tardia inclusão do acesso à saúde como direito social e fundamental na Constituição Federal, destaca José Afonso da Silva:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento digno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais. (SILVA, 2007, p. 308).

Assim, o direito a saúde tem como fim "à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". De forma conceitual, pode-se afirmar que o direito à saúde configura uma ausência de enfermidade ou doença, e abrange diversas áreas ligadas a sua qualidade de vida como alimentação, moradia, saneamento básico, dentre outros, de modo que todos os pontos estão ligados a propiciar condições de vida com dignidade aos indivíduos.

Por sua vez, são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, conforme prevê o artigo 197 da Constituição Federal.

Dessa maneira, o direito fundamental à saúde se encaixa nos direitos de segunda geração e exige do Estado uma prestação positiva em seu favor, havendo uma obrigatoriedade no âmbito do Poder Legislativo na elaboração e aprovações de leis relacionadas à proteção psíquica e física dos cidadãos. No que se refere ao Poder Judiciário, sua atuação deve se pautar na tutela jurisdicional das pessoas que de alguma forma tiverem seu direito à saúde prejudicado. Já a atuação do poder executivo deve consistir na execução de políticas públicas, pela determinação das leis criadas pelo legislativo e por meio do fornecimento de medicamentos. (BRASIL, 2006).

O SUS é um sistema descentralizado em que há responsabilidades definidas do Ministério da Saúde, das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde como, por exemplo, políticas públicas de distribuição de medicamentos, organização de internações, repasse de verbas, entre outras.

Daí a necessidade de discorrer, ainda que de forma sucinta, sobre esta inovação do texto constitucional na esfera dos direitos sociais: a criação do SUS, para que fique visível a relevância da problemática da presente tese.

5.3 O serviço público de saúde e sua regulamentação constitucional

Por meio do constituinte originário procurou-se estabelecer princípios da ação do Estado em relação ao direito à saúde. Em destaque está o Sistema Único de Saúde, definido constitucionalmente no artigo 198, *caput*, como "o conjunto de ações e serviços públicos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada [...]", de execução das três esferas governamentais, como preleciona o artigo 23, inciso II da Magna Carta.

A criação do Sistema Único de Saúde tinha como objetivos centrais a unificação do sistema, para que não ocorressem os mesmos problemas do antigo sistema que era distribuído por diversos ministérios, o que ocasionava a falta de controle das ações de saúde, bem como a descentralização das ações de saúde, como forma de aproximar as políticas públicas de saúde à população, respeitando as necessidades de ações para cada unidade da federação.

Diante do surgimento dos movimentos sociais que clamavam por uma reforma sanitária pátria é que Sistema Único de Saúde foi criado. A Carta Magna, em seu artigo 198, com o propósito de proporcionar o bem estar aos cidadãos, determinou a regulação desse órgão mediante lei infraconstitucional de n. 8.080/90.

Definiu-o como um conjunto de ações e serviços públicos de saúde de rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único organizado de forma

descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, de atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais com participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Em seu artigo 2º ficou determinado: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (...).

Sequencialmente, o artigo 3º estabeleceu que: Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013).

Nesse caminho, o artigo 4º constituiu o SUS como um "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público" (BRASIL, 1990).

Dá análise dos dispositivos entende-se que o SUS, atendendo aos princípios norteadores, deverá proporcionar amplo acesso à saúde, ou seja, do nível mais simples ao mais complexo, analisando o caso concreto como um todo para que atue de forma a suprir a necessidade do acesso à saúde almejado, devendo ser concebido por meio da prestação de serviços de saúde da Administração direta ou indireta, sejam federais, estaduais ou municipais.

Confirmando esse entendimento Mendes (2014, p. 591) traz que "a competência para cuidar da saúde foi definida como comum dos entes da federação", portanto o amparo à saúde e sua efetivação foi atribuído a todas as esferas do governo, conforme determinado a Lei do SUS, respondendo os entes solidariamente.

Por conseguinte, a Lei do SUS possui como objetivos: identificar e divulgar fatores condicionantes da saúde; formular políticas de saúde voltadas a promoção, nos campos econômico e social, conforme disposto no §1º do artigo 2º dessa Lei e prestar assistência às pessoas por meio de ações proteção, promoção e recuperação da saúde, através da integração de ações assistenciais e atividades preventivas (artigo 5º e seguintes).

Na lei em tela foram estruturadas as atribuições do SUS, estabeleceu princípios norteadores da atuação do sistema, destacando-se entre eles a universalidade e a igualdade da assistência à saúde. Além disso, abordou a respeito da responsabilidade dos municípios na execução de políticas públicas da saúde.

Cumpre observar que a Lei do SUS definiu a responsabilidade de cada um dos entes federativos. Dispõe o artigo 16, XIII e XV que compete à direção nacional do SUS "prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional" e "promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal."

Ao Ministério da Saúde cabe participar na formulação e implementação das políticas públicas de saúde, e ainda promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, no âmbito estadual e municipal, conforme previsto no artigo 16 da Lei do SUS.

No tocante à Secretaria de Estado da Saúde, ficou determinado ser de sua responsabilidade promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS), prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde e coordenar, em caráter complementar, executar ações e serviços.

Ao Município ficou o encargo de criar normas complementarmente às ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação entre outros.

Como se nota, zelar pela saúde pública é responsabilidade de todas as esferas políticas, uma vez que o legislador deu poderes específicos a cada um para a fiel execução da Lei, ao passo que todos os esforços se unem harmonicamente a fim de que se possa executar políticas públicas de saúde com qualidade e tornar eficaz o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que o legislador constituinte optou por criar um sistema único, baseado na corresponsabilidade dos entes federativos, de forma a especializar suas atuações, dada a particularidade de cada região, com níveis de endemias próprias (FRANCO, 2013).

Sobre o financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 198, § 1º, da Constituição Federal os recursos serão oriundos do orçamento da seguridade

social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como outras fontes.

Neste passo, demonstra-se claramente que o Sistema Único de Saúde foi criado com o fim de tornar efetivo o direito à saúde garantido pela Carta Maior, logo, deve o Estado assegurar tais diretrizes constitucionais por meio de concretizações de políticas públicas executáveis no plano da realidade brasileira.

Todavia, é no momento de fazer valer tais direitos na prática contemporânea que o indivíduo se depara com dificuldades das mais diversas formas; mesmo existindo no plano normativo a garantia de um direito ser pleno e de um Sistema Único, que aos olhos internacionais possui uma estruturação normativa invejável, ficando pendente de uma execução plena.

Diante às ponderações ora apresentadas, não se pode admitir que o poder público assuma um papel formal de elaborar políticas mínimas de saúde sem que haja seu fiel cumprimento, devendo sim, atender às necessidades dos indivíduos por meio de políticas públicas de saúde com qualidade, e primando à individualidade e patologia de cada ser humano, afinal, todos os seres não sofrem das mesmas mazelas.

O problema surge no momento em que o cidadão necessita da prestação do serviço assegurado constitucionalmente, porém, por diversas vezes padece por não ter o seu direito consumado, seja pela ausência no fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos de saúde, pela insuficiência de recursos, pela omissão dos órgãos da administração pública que prestam mal o serviço em tela, ou sequer, oferecem o mesmo, o que dependerá do caso concreto social.

Com essas circunstâncias, nasce a problemática da judicialização da saúde como forma de efetivar o direito aqui trabalhado, tendo como primordial finalidade encontrar mecanismos alternativos modernos em âmbito judicial no sentido de aniquilar tamanha violação pública.

Sobre as atribuições do SUS, preceitua a CF/88:

> Art. 200. Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

> V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Percebe-se que o legislador originário preocupou-se em estabelecer metas condizentes com o conceito de saúde estabelecido pela OMS, em consonância com os demais preceitos constitucionais que estabelecem a preocupação com uma garantia social e direito de todos. A carta máxima define a saúde como uma necessidade prioritária dentro do Estado Social. Em relação aos princípios do SUS no ordenamento jurídico pátrio, Weichert (2004, p. 157) ressalta:

> Os princípios do SUS não são isolados e dissociados dos demais princípios constitucionais, em especial dos estruturantes e dos consagradores de direitos fundamentais. Pelo contrário, eles estariam em relação a estes no patamar de subprincípios instrumentais para a concretização dos valores constitucionais que pairam no patamar mais alto da Constituição, em especial os previstos nos artigos 1º. a 4º. Conectam-se os princípios do SUS também ao sistema de direitos e garantias fundamentais (individuais, coletivos e sociais), concretizando o direito à vida, à integridade física, à saúde e ao bem-estar pleno. Ao mesmo tempo em que são concretizadores de princípios constitucionais genéricos, os princípios do SUS exercem semelhante papel em face das demais regras do sistema.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma política pública de tratamento diferenciado para a saúde, retirando dos estados da federação e dos municípios a possibilidade de decidirem singularmente os rumos da saúde pública em suas limitações geográficas, vinculando-os ao então novo sistema único, com diretrizes nacionais, onde juridicamente está intrínseca a ideia de ordenação e unidade.

Em suma, há de se perceber perfeitamente que cada um dos entes públicos, por meio de seus serviços e ações, compõe uma parte do sistema, sendo este unido e articulado em torno dos princípios fixados na CF/88.

A estruturação jurídica do SUS se deu especialmente pelas normas infraconstitucionais n. 8080/90, que trata da organização do Sistema, e a n. 8142/90, que regulariza e determina os critérios de repasse de verbas para o SUS.

Para Salazar e Grou (2009, p. 52), a Lei n. 8080/90 apresenta a seguinte função:

> A Lei n. 8080/90 tem a função estruturante no que diz respeito às ações de preservação, manutenção e recuperação da saúde do cidadão brasileiro, estabelecendo desde regras de competência, organização e funcionamento, até relativas ao financiamento para viabilização do direito constitucional à saúde. E, dessa forma, constitui a base de todas as outras regras que porventura versem sobre seu conteúdo, ainda que parcialmente, ou mesmo de forma a complementá-la, como é o caso da Lei 9656/98 (Lei de Planos e Seguros Privados de Saúde).

É possível destacar que as ações de saúde se manifestam efetivamente como um direito de cidadania e tem o sentido fundamental da universalidade, o que caracteriza, por essência, a criação do SUS. Outras características conceituais também são destacáveis para a efetivação da saúde como um direito fundamental do homem. São elas a equidade, a descentralização e a participação social.

Por equidade entende-se a igualdade constitucional em seu sentido formal. A descentralização corresponde às funções e responsabilidades atribuídas respectivamente ao Ministério da Saúde, às Secretarias estaduais e municipais da Saúde, ressaltando que todas devem agir juntas e de forma solidária.

A participação social, garantida mediante a atuação do Conselho Nacional de Saúde que tem como missão "a deliberação, fiscalização, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas de saúde. [...] composto por representantes de entidades e movimentos representativos de usuários, entidades representativas de trabalhadores da área da saúde, governo e prestadores de serviços de saúde [...]".

A integralidade de assistência também deve ser considerada, uma vez que consiste no atendimento integral da pessoa, ou seja, deve atuar na prevenção de doenças, no fornecimento de atendimento médico e hospitalar e na prestação de assistência farmacêutica, possibilitando o acesso aos medicamentos necessários ao tratamento e à cura.

O Sistema Único de Saúde é uma rede nacional de atendimento à saúde, organizado e com responsabilidades definidas para cada ente federado, sendo os recursos divididos e repassados aos órgãos responsáveis pela saúde de cada um desses entes de acordo com as leis orçamentárias. Devendo haver o tratamento integral à saúde do cidadão, indiscriminadamente, e o acesso aos meios de tratamento deve ser amplo, conforme princípios constitucionais e regulamentação infraconstitucional.

5.4 Ponderações iniciais quanto à judicialização do direito à saúde

O direito à saúde é uma garantia que não padece de limites, isso porque valores destinados à proteção da vida não são passíveis de restrições. No entanto, como exposto, o Poder Público esbarra com dificuldades das mais diversas formas em busca da efetivação desse direito. Logo, caso seja necessário, os direitos fundamentais poderão ser efetivados através da judicialização. A inovação desta pesquisa, está exatamente em ultrapassar essa visão, e contribuir de forma que a judicialização não seja uma regra para se alcançar um direito constitucionalmente garantido.

Assim, aponta Silva (2007, p. 198) "De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos".

Nesse contexto, tem-se que o direito à vida resguardado pela Constituição Federal, está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, conforme estabelece o artigo 1º, III da Carta Magna devendo ter o cuidado para que não se torne uma norma morta.

É com o objetivo de concretizar o estabelecido nas normas e evitar que se tornem ineficazes os direitos sociais, que o Poder Judiciário atua por exemplo, nos casos da escassez no fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, problema este considerado rotina no cenário da saúde pública brasileira.

Aqui, cabe analisar de maneira contributiva o julgado proferido pelo desembargados Luiz Mateus de Lima, com alusão ao princípio da separação de poderes, a reserva do possível e a previsão orçamentária:

> PACIENTE ACOMETIDA DE DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA. PLEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO BROMETO DE TIOTRÓPIO (SPIRIVA RESPIMAT). PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E INADEQUAÇÃO DA VIA. REJEITADAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. DEVER DO ESTADO EM FORNECER A MEDICAÇÃO PRETENDIDA. (...). FALTA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. FATO QUE NÃO JUSTIFICA A RECUSA AO FORNECIMENTO DO FÁRMACO PLEITEADO. DIREITO DA PACIENTE DEVIDAMENTE COMPROVADO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. (...). A

> ausência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento do remédio, posto que uma vez que existe o dever do Estado, impõe-se a superação deste obstáculo através dos mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico. A concessão do medicamento não implica em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, pois, como resulta evidenciado, a vida é direito subjetivo indisponível (indispensável), devendo prevalecer em qualquer situação. Não há que se falar em violação ao Princípio da Reserva do Possível, vez que não se deve discutir matéria orçamentária quando a própria Constituição Federal prevê o orçamento de seguridade social, com recursos originários das três fontes que integram o sistema unificado de saúde. (Pet. nº 11982002, TJ-PR, 3ª Vara. Cív., Rel. Des. Luiz Mateus de Lima, j. 13/06/2014).

Ao interpretar a decisão supra citada, percebe-se a existência de conflito na concretização do direito à vida ou do direito à saúde, no momento em que o Poder Judiciário atua definindo a respeito dessa causa por meio de decisões e concretizando um direito.

Com o raciocínio jurídico, pode haver a impressão de se estar adentrando na competência das esferas do Poder Executivo ou Legislativo e consequentemente criando uma aparente desarmonia entre o princípio da separação de poderes, da reserva do possível e da previsão orçamentária.

Com a forma em que está sendo trabalhada a problemática da tese, assimila-se que a atuação do Poder Judiciário, quando acionado, tem exatamente a finalidade de preservar e concretizar o direito fundamental à vida.

Para tanto, existem mecanismos jurídicos denominados como Remédios Constitucionais, e dentre eles, o MS (Mandado de Segurança), considerado pela doutrina moderna como o instituto processual adequado para que um possível paciente demonstre de pleno ao juiz a existência de violação de um direito líquido e certo, como é o caso da ineficácia da saúde pública, devendo comprovar por meio de documentos a iminência ou a existência da violação de seu direito como consequência de uma ação pública mal executada ou de omissão.

Esta é a clássica visão da judicialização dos direitos. O que se pretende de forma original é ultrapassar esta visão já conceituada, e encontrar uma contribuição jurídica contemporânea no sentido de pedagogicamente demonstrar ao estado que sua

omissão total ou parcial deve ser identificada conforme o caso concreto, buscando identificar como o dano poderia ser reparado, primando pela restauração de uma relação que não pode se manter em desequilíbrio.

Em matéria de responsabilidade civil, o prejudicado ou sua família podem ser indenizados, caso esse venha a falecer, dentre outros exemplos, e para tanto, caso é preciso exigir à indenização em juízo por meio de uma aplicação da judicialização de forma clássica. Esta garantia tem como fundamento legal primordial os artigos 186 e 187 do CC (Código Civil) ao determinar que:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ao interpretar os artigos citados e fazendo uma conexão com a problemática do presente estudo, é admissível interpretar que o não fazer estatal é um ato ilícito, logo, o causador do dano deve ser o responsável direto pelo prejuízo social, aqui, a não efetivação do direito à saúde. O que deve ser buscado como inovador, é desconfigurar a imagem de que se houve prejuízo, paga-se pelo dano de maneira geral, devendo ser alcançado mecanismos alternativos que prezem sim por uma indenização com caráter pedagógico e restaurativo.

Segue uma decisão do estado do Tocantins em que foi configurado o dano:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATENDIMENTO EM HOSPITAL PÚBLICO. **ERRO MÉDICO. MORTE DO PACIENTE. DANO MORAL CONFIGURADO.** QUANTUM INDENIZATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PATAMAR RAZOÁVEL. MANUTENÇÃO.
> 1. **Tratando-se de responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, CF), caracterizado o ato ilícito causado pelo agente estatal, o dano, e o nexo causal entre a ação e o dano, nasce, destarte, a obrigação de reparação civil, não havendo, de outra banda, a comprovação, pelo ente estatal, de excludentes e atenuantes da responsabilidade.**
> **2. Demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável à Administração e o dano decorrente de erro médico em procedimento realizado pelo hospital estadual, exsurge para o ente público o dever de indenizar o particular.**
> **3. Nos casos de morte provocada por ato ilícito, o dano moral configura-se *in re ipsa,*** prescindindo de prova. Patamar

> razoavelmente fixado em R$ 65.000,00, não merecendo redução. [...]. (Grifos nossos).

Interpretando o caso concreto, vale esclarecer que a responsabilidade do Estado é objetiva em decorrência de um ato ilício, logo, independe de dolo ou culpa e para o prejudicado alcançar uma indenização é preciso que seja provado a conexão entre o não fazer público ou seu abuso e o dano causado. Tamanho amparo encontra-se na CF, em seu art. 37, §6º. *In verbs:*

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)
>
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para garantir o caráter pedagógico da indenização face ao dano, o essencial é que quando em uma decisão por exemplo, for estipulado o pagamento de um valor em moeda corrente, que este não seja realizado através de verbas públicas conforme previsto no texto constitucional, porque de nada adiantaria ou preveniria que novos casos de inoperância pública venham à acontecer. E a clássica previsão constitucional do direito de regresso também não garante a solução do problema litigioso e o alcance da paz social.

A inovação encontra-se ao afirmar que a judicialização propriamente dita não deve ser vista como o ideal para se ter um direito atendido ou reparado em decorrência do não fazer estatal, e sim, existir mecanismos contemporâneos e alternativos que busquem garantir ao máximo a execução dos serviços públicos de forma satisfatória à garantir um mínimo vital, bem como restruturar relações abaladas diante de um problema subjetivo.

5.5 A atuação do Poder Judiciário ante a previsão orçamentária, o mínimo existencial e o princípio da reserva do possível

Conforme abordado, o direito à saúde é um direito social garantido na Constituição Federal, e sendo assim, deve o Estado realizar por meio de políticas públicas sua efetividade. Porém, quando o Poder Público é omisso ou por algum motivo

não fornece os serviços relacionados à saúde de maneira a satisfazer tal necessidade, viola o direito almejado, restando para o prejudicado a sua judicialização.

Aqui, mais uma vez, cabe reafirmar a relevância temática, uma vez que, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, ou seja, mesmo criada uma nova Constituição no Brasil, o direito à saúde não poderá ser excluído, podendo sim, passar por mudanças com o fim de aprimorar a garantia já prevista, e de imediato ser ofertado de forma plena para todos.

Logo, entender que o dever do Estado em relação à saúde fica evidenciado, entretanto, dois grandes empasses devem ser frisados: a não estimulação quanto à qualificação técnica dos operadores da saúde e a existência conjugada com a divulgação de políticas públicas no sentido de orientar à sociedade no que diz respeito aos serviços de saúde já existentes.

O texto abaixo, é de um dos gestores do sistema de saúde de Araguaína, exemplifica a questão:

> Então, o nosso papel enquanto gestor é isso, na garantia do direito à saúde, em se melhorar a assistência, qualificar, garantir atendimento devido à população, respeitando os limites do sistema. Respeitadas essas competências você tem que prestar o serviço com a melhor qualidade possível. Eu acho que esse é o desafio. (ASENSI e PINHEIRO, 2015: p. 48).

Em muitas situações concretas de abalo ao direito à saúde, o que pode ser percebido é que aquele que se sente não amparado pelo Estado diante de um problema de saúde se faz do uso do seu direito de ação garantido na Constituição Federal sem se quer buscar ou esgotar das vias administrativas para a solução do empasse, causando assim, um excesso número de demandas judiciais que envolvam o direito à saúde para que o Poder Judiciário então, solucione o problema por meio de seu competência decisória.

A título exemplificativo e conforme afirmado introdutoriamente, teve-se como critério motivador para o desenvolvimento desta tese a situação atual da saúde pública de Araguaína, Tocantins no tocante à tratamento de câncer com o uso de aceleradores lineares de aplicação clínica para fins de radioterapia.

Em Araguaína, durante os anos de 2003 e 2013 havia um acelerador linear para fins de radioterapia em funcionamento, e com 7 (sete) anos de funcionamento, peças precisaram de manutenção, e em decorrência de seus elevados valores o estado

terceirizou o serviço e a empresa não conseguiu operar a máquina ao tentar realizar sua manutenção.

Sequencialmente, os pacientes com os mais diversos tipos de câncer tiveram seus tratamentos suspensos pela vigilância sanitária estadual em decorrência de pendência de documento relativo ao processo de importação do acelerador linear. (FOLHA CAPITAL, 2015).

A partir de uma denúncia, em 2015 foi solicitado que a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) revesse o processo de aquisição do aparelho; e não foi identificado pela fiscalização seu registro de importação, e para a fabricante, *Siemens Primus Mevatron,* a máquina está desativada e encontra-se em Savannah, Geórgia, nos Estados Unidos da América (TOLEDO, 2015).

Por meio de um acordo firmado com o estado do Maranhão, o recurso do Tocantins em radioterapia está sendo encaminhado até o presente momento para uma empresa privada que presta o serviço na cidade de Imperatriz, o que não resolve o problema, principalmente, quando a doença está em um nível que o deslocamento do paciente para outro estado acarreta prejuízo vital em seu quadro clínico.

Buscando melhorar as condições dos tratamentos de câncer, em 2013 o estado adquiriu uma nova máquina, sendo que a mesmo nunca foi operada porque o prédio em que ela se encontra não está apto para tanto, sendo necessário a realização de adaptações, como um *bunker* para a realização dos tratamentos de câncer.

Bunker, também chamado de sala de tratamento ou sala-mata é o local onde se localizam as estruturas responsáveis pela produção, monitoramento e conformação do feixe de radiação gerado pelo acelerador linear (MORALES, 2011).

A empresa de engenharia responsável pela reforma passou pelo certame licitatório exigido por lei especial; entretanto, não foram sequer realizadas as adaptações para a operação do segundo acelerador.

O Ministério Público em novembro de 2016 propôs uma ACP (Ação Civil Pública) com liminar, esta sendo um outro instituto processual cabível diante da ameaça ou efetiva violação dos direitos fundamentais sociais. Na referida ação ficou determinado que o estado tomasse providências para colocar em funcionamento o novo acelerador.

Para adequar a oferta do tratamento oncológico em Araguaína, a liminar determinou que fosse reformado o espaço físico do novo *bunker*, em até 30 dias; adquiridos os equipamentos necessários ao funcionamento desta sala especial, em até 90

dias; e instalado o novo acelerador linear, em até 180 dias, e para o início da reforma, foi estipulado o prazo de 30 ou 120 dias, a depender da liberação de verba federal proveniente de emenda parlamentar (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TOCANTINS, 2016).

Na mesma decisão, ficou determinado que caso não fosse cumprido o previsto na decisão judicial, o estado deveria pagar multa diária no valor de R$ 50 (cinquenta) mil reais, porém limitada a até R$ 4 (quatro) milhões de reais, valor este, o necessário para realizar as adaptações na estrutura predial.

Vencidos os prazos diante este caso concreto, é possível mais uma vez se deparar com a originalidade da tese, ou seja, a existência de uma moderna política jurisdicional restaurativa, no sentido de garantir a construção do *Bunker* e efetivar os tratamentos de câncer por meio da operação do acelerador linear.

Todavia, é preciso encontrar também um mecanismo restaurativo, no sentido de incidir a responsabilidade civil do causador do dano com um condão pedagógico, para que o mesmo não receba necessariamente uma penalidade com caráter punitivo, sim, assimilar a proporção dos prejuízos social e vital causados, bem como a reaquisição de uma relação pacífica na sociedade em que vive. Desta forma, pode sim ser viável o poder de uma justiça restaurativa quando inserida de forma contemporânea no contexto da judicialização do direito à saúde.

Outro caso incisivo em termos de violação à efetivação da saúde pública brasileira ocorre em Recife, Pernambuco, onde a 10 anos, foram adquiridos 3 (três) equipamentos de radioterapia e estão encaixotados no HUOC (Hospital Universitário Oswaldo Cruz), em Santo Amaro. Os aparelhos nunca entraram em funcionamento, porque a princípio faltava o local pra instalar os equipamentos, ou seja, o *bunker.* Agora, os aparelhos ficaram tanto tempo parados que precisam de novos programas pra operar.

O acelerador linear e as máquinas de cobaltoterapia e braquiterapia foram adquiridos por R$ 7(sete) milhões e as adaptações prediais aconteceram, a Unidade de radioterapia foi inaugurada, porém, nada funcionou.

De acordo com a placa na frente do prédio, a obra começou em 2010 e tinha prazo de um ano e meio. Ou seja, deveria estar pronta há cinco anos. Um investimento de quase R$ 3 milhões que ainda não se converteu em benefício para os pacientes. Segundo o Instituto Nacional de Câncer (Inca), o Brasil deve ter este ano 600 mil novos casos da doença, e 60% dos doentes precisarão de radioterapia (CAVALCANTE, 2017).

O presidente da Sociedade Brasileira de Radioterapia, Eduardo Weltman, afirmou diante dos fatos narrados, que os aparelhos estão defasados e podem apresentar problemas pelo tempo sem uso. “Após 10 anos encaixotados, o funcionamento adequado dos equipamentos fica provavelmente comprometido”, ponderou ele, que classifica a situação como “inaceitável”.

Em muitos casos, está acontecendo o encaminhamento dos pacientes para outras cidades, ou até, para outros estados da federação, e essa locomoção pode inclusive, trazer prejuízos à saúde dos pacientes, que possivelmente já se encontram debilitados, dificultando assim, que o sucesso no tratamento seja alcançado.

É relevante afirmar em termos de amparo jurídico, que mesmo o hospital sendo particular, pelo fato de oferecer uma garantia pública, tem o dever de cumprir com suas funções perante as necessidades da sociedade, onde nesse contexto, existe a PPP (Parceria Público Privado) com o fim de oferecer benefícios ao povo frente às suas necessidades vitais.

A Sociedade Brasileira de Radioterapia informou que o Brasil tem um *déficit* de 200 (duzentos) aparelhos de radioterapia e que, por isso, deixa de tratar 40% dos pacientes que necessitam do tratamento. “É vergonhoso deixar aparelhos encaixotados, estragando, por falta completa de gestão pública”, dispara Weltman. (CAVALCANTE, 2017).

A operação de uma máquina como o acelerador linear de elétrons para fins de radioterapia por exemplo, não se deparar com tantos empasses da gestão no que tange ao seu funcionamento, afinal, este é uma máquina que não possui fonte radioativa, e ligada à energia elétrica acelera elétrons que estão no seu interior, e desconectada a máquina os elétrons deixam de existir, logo, não irradia desligado, não existe qualquer tipo de contaminação à pessoas, ao meio ambiente, explosões, acidentes nucleares, ou algo do tipo. Não pode haver uma confusão conceitual entre acelerador e material nuclear usado em usinas nucleares.

Os acidentes que de fato podem acontecer estão inerentes ao exercício de qualquer atividade, como por exemplo, uma cirurgia errada; um medicamento prescrito erroneamente; no caso do acelerador, um paciente sendo mal diagnosticado e receber uma dosagem desproporcional ao seu quadro clínico e consequentemente lhe causar prejuízos ou até a morte; ou um acidente envolvendo os técnicos que trabalham diretamente com a máquina e que porventura recebam um feixe de radiação, uma descarga elétrica. Nesta última suposição, o acidente aconteceria apenas se não sendo cumpridos os requisitos legais direcionados à proteção laboral.

Diante os fato narrado, havendo a judicialização neste caso, fica evidenciado que o fenômeno da judicialização possui aplicações distintas; porque aqui não se exige um tratamento de câncer por exemplo, e sim, uma solução social plausível com a realidade dos fatos face à necessidade de a sociedade receber do Estado uma prestação positiva condizente com sua necessidade vital.

Esta prestação positiva acontece por meio de ações estatais efetivadas através de políticas públicas, entretanto, deve haver um planejamento no sentido de ser viável executá-las. Toda ação estatal demanda gastos, devendo estes estarem previstos em orçamento específico e que por vezes se encontram limitadados diante das inúmeras necessidades sociais.

De acordo com Bucci (1997), política pública é a coordenação dos meios disponíveis que o Estado possui para harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Acerca da correlação entre as políticas públicas, o orçamento e os direitos fundamentais, BARCELLOS (2008, p. 117) ressalta:

> (i) A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matérias de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.

Com uma previsão orçamentária, o gestor ao elaborar um plano de ação, descreve os valores que serão utilizados e realiza o gasto, ou seja, o orçamento antecipa e aprova as despesas para execução das políticas públicas, que serão limitadas de acordo com a possibilidade contida em seu orçamento.

Neste aspecto, o orçamento é baseado por três leis que se complementam: o PPA (Plano Plurianual), a LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e a LOA (Lei Orçamentária Anual), sendo de responsabilidade do Poder Executivo traçar políticas públicas, através de aprovação do Poder Legislativo.

Em observância ao princípio da legalidade da despesa pública, cabe ao administrador público obedecer aos limites contidos nas respectivas leis orçamentárias, sob pena de configuração de crime de responsabilidade, conforme estabelece o artigo 85, VI da Constituição Federal, sendo proibido ao administrador a realização de qualquer gasto sem previsão orçamentária, nos termos artigo 167, II da Constituição Federal.

Ocorre que, quando o Poder Judiciário em razão do fenômeno da judicialização determina a concretização do direito à saúde, nasce um custo financeiro adicional não previsto no orçamento público.

Em busca de encontrar um equilíbrio, faz-se necessário uma breve análise do mínimo existencial e do princípio da reserva do possível.

O mínimo existencial é conceituado como o direito de exigir prestações positivas do Estado que deverão obedecer parâmetros previstos no sistema jurídico oferecendo um mínimo capaz de prover as necessidades da sociedade, inclusive superior à sua subsistência.

Para TORRES (1990 citado por GRINOVER, 2010, p. 18) "a dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados".

Portanto, a garantia do mínimo existencial em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana deverá proteger e efetivar o acesso à saúde, devendo o Estado oferecer por meio de prestações positivas, condições dignas de vida aos indivíduos, pois viver não significa meramente existir, mais do que isso, é necessário que o Estado forneça por meio da aplicação correta dos recursos públicos meios suficientes para concretização dos direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional.

Com efeito, não se afigura lícito, muito menos ético-moral, que o Poder Público alegue falta de recursos, de modo a criar obstáculos que inviabilizem o cumprimento de deveres constitucionais impostergáveis, previstos em favor da própria pessoa humana (BULOS, 2011, p. 370).

Dessa forma, denominou-se como mínimo existencial as condições materiais mínimas necessárias para existência dos cidadãos sem as quais não viveria e menos ainda sobreviveriam.

Destaca-se que para efetivar a garantia do "mínimo existencial", devido à necessidade de recursos orçamentários, existe ainda a figura do princípio da reserva do possível que é intimamente ligada à disponibilidade de recursos.

Bulos (2011, p 370) acrescenta que "tais condições materiais mínimas de existência irmana-se com o que se convencionou denominar mínimo existencial, que encontra na reserva do possível sua concretização e alcance".

Por fim, a reserva do possível, apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange, nas palavras de Sarlet (2012, p. 1.583):

> a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
> b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras (...);
> c) (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, também da sua razoabilidade.

A partir do exposto, a reserva do possível deve ser compreendida como uma "espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica" (SARLET 2012, p. 1587).

Diante o empasse entre o mínimo existencial e a reserva do possível, pondera-se que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser levados em consideração, especificamente no tocante à efetivação do direito ao acesso à saúde, devendo ser garantido aos indivíduos condições de usufruir de uma vida digna, aquém de mera sobrevivência.

Quando o direito ao tratamento de saúde ou o fornecimento de medicamentos pleiteados pelo cidadão não é fornecido pelo Poder Público e consequentemente o indivíduo busca o Poder Judiciário para reconhecimento do seu direito, o Poder Público frequentemente justifica a impossibilidade do atendimento da decisão judicial sob o argumento de não dispor de recursos financeiros suficientes para o seu cumprimento.

Justifica o ente público não ter meios para cumprir a ordem judicial devido à ausência de previsão orçamentária, porém, o Estado por meio de alegações baseadas no

princípio da reserva do possível, não deve se furtar de prestar os serviços necessários para concretização do direito almejado pelo cidadão, bem como deixar de atender decisões judiciais nesse sentido. E caso sua defesa seja fundamentada na insuficiência de recursos, tal realidade deverá ser comprovada.

Via de regra, e em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, não deve haver objeção que se transfira um recurso anteriormente destinado a uma finalidade de menor importância para a execução de políticas públicas em favor da concretização da preservação da saúde, logo da vida.

Bulos (2011, p 370) reforça não ser lícito e muito menos ético-moral, "que o Poder Público alegue falta de recursos, de modo a criar obstáculos que inviabilizem o cumprimento de deveres constitucionais impostergáveis, previstos em favor da própria pessoa humana e dos cidadãos em geral".

O princípio da reserva do possível não pode ser visto como uma justificativa absoluta dos entes públicos para que deixem de assegurar o direito à vida garantido no texto constitucional, bem como não é coerente deixarem de cumprir a execução de decisões judiciais por falta de previsão orçamentária.

É de indispensável importância frisar que "constituições contemporâneas, a exemplo da Carta de 1988, preveem, em seus textos, condições materiais mínimas de existência, sem as quais o ser humano não viveria, muito menos sobreviveria. (BULOS, 2011, p 370)".

No entanto, não são raras as vezes que entes públicos utilizam do princípio da reserva do possível para se eximir de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, o que aumenta cada vez mais a necessidade de o indivíduo acionar o Poder Judiciário.

A CF/88 preleciona o necessário relevo às políticas públicas fundamentais à vida digna. Entretanto, diante da inoperância do Estado frente à efetivação do exercício do direito à saúde, vem crescendo as demandas judiciais a fim de fazer cumprir os princípios legitimados pela Carta Política Brasileira, compelindo magistrados, promotores de justiça, procuradores públicos, advogados, entre outros operadores do direito a lidarem com temas advindos da política pública de saúde, nos três níveis de entes da federação: federal, estadual e municipal.

5.5.1 Mínimo existencial: ponderações relevantes

Os contornos da noção de mínimo existencial surgiram após a Segunda Guerra Mundial quando, conforme abordado anteriormente, a humanidade voltou sua atenção para a valorização dos direitos da pessoa humana.

Na Alemanha, Olsen (2010, p. 315) explica que os doutrinadores passaram a difundir a ideia de que o Estado Social deveria garantir aos cidadãos sua existência física com dignidade, ou seja, um mínimo social.

Considerando a ligação entre a vida, a dignidade humana e o direito à saúde há de se inferir que a efetividade desses direitos pressupõe a convergência de uma série de variáveis econômicas, culturais e sociais.

Embora algumas dessas variáveis sejam imensuráveis é indispensável a fixação de quantificadores mínimos para que uma pessoa tenha condições de vida digna, o que abrange mais do que a mera garantia de sobrevivência física.

Nesse contexto, é que se constitui uma discussão doutrinária acercado atendimento da saúde fundamental à sobrevivência, compreendido como o mínimo existencial.

Oportuno é o esclarecimento dado por Lopes (2010, p. 78):

> Identificados os efeitos pretendidos pelas cláusulas constitucionais que normatizam o direito à saúde, quais os de proteção do direito à vida saudável, constata-se, numa primeira e imperfeita aproximação, que seu conteúdo mínimo não se afasta muito de parte do próprio conceito do mínimo existencial, assim entendido aquele conjunto de condições materiais de sobrevivência – e não qualquer sobrevivência, mas sobrevivência digna – de que o ser humano não pode ser despojado, ainda quando desprovido da própria capacidade intelecto-evolutiva.

Deste modo, a sustentação do mínimo não quantifica, mas qualifica o objeto. Não se trata de propor excelência, mas de um padrão de conteúdo capaz de guardar características essenciais do todo. Assim, um padrão mínimo pode ser entendido como um extremo, sem o qual, por exemplo, a saúde deixa de ser saúde.

Assim, o mínimo existencial, corresponde na conceituação de Olsen (2010, p. 314): “a um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”.

Ainda no aspecto conceitual, cabe ressaltar o importante posicionamento doutrinário de Sarlet e Figueiredo (2010, p. 22): “o conteúdo essencial da garantia do

mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social".

Assim, importa afirmar que sob esse enfoque, Sarlet e Figueiredo (2010) enfatizam que o conteúdo do mínimo existencial, não pode ser confundido com o que alguns outros autores têm chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, pois estes estariam ligados apenas à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas.

Continuando na trilha dos aspectos conceituais, Barroso (2005) citado por Silva (2010, p. 180) assinala que o mínimo existencial constitui:

> A locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade, destacando que o elenco das prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, asseverando haver razoável consenso que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental, havendo ainda um elemento instrumental, que é o caso de acesso à Justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Com esta pesquisa, aponta-se para um mínimo existencial ligados com as condições mínimas que a pessoa necessita para não apenas, sobreviver, mas de viver com dignidade.

5.5.2 A relação entre o direito à saúde e o mínimo existencial

O artigo 170, *caput* da CF/88 enfatize a garantia de uma existência digna, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e devendo ter como finalidade por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, ou seja, um mínimo existencial.

Sobre a questão, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 25) defendem que "o que importa, nesta quadra, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorre já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana".

Ampla é a corrente que têm defendido a tese de que o Estado deve garantir o mínimo existencial, ou seja, os direitos básicos do cidadão. E ainda, que esse mínimo

depende da ponderação entre o princípio da dignidade humana, a separação de Poderes e os direitos fundamentais de terceiros.

Dentro dessa teoria analítica jurídica do mínimo existencial, Alexy (1997), citado por Olsen (2010, p. 314), desenvolve os seguintes argumentos:

> a) o princípio da separação dos poderes e a vinculação orçamentária não são absolutos, pois encontram limites dentro da própria Constituição, nem são fins em si mesmos, mas meios para atingir os fins constitucionais (dentre os quais, a proteção da dignidade humana);
> b) o conteúdo da dignidade humana é muito importante para ser deixada ao arbítrio do legislador, de modo que sua competência pode ser minorada;
> c) a proporcionalidade entra para se evitar que a proteção do mínimo existencial onere excessivamente outros direitos (de terceiros) ou princípios constitucionais.

Vale ressaltar que na doutrina pátria, o mínimo existencial tem sido evidenciado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Doutrinariamente Olsen (2010, p. 149) define "núcleo essencial como um conteúdo mínimo irredutível, e impassível de restrição". Ressalta ainda, citando Lopes (2004), que "a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular dos direitos fundamentais".

Nesta concepção, os direitos fundamentais e, a saúde é um deles, podem ser restringidos desde que não se afete seu conteúdo essencial, ainda que respeitado a proporcionalidade inferida a cada caso concreto. Este é um meio de evitar o esvaziamento do conteúdo do direito à saúde estabelecendo-se restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais.

Nestas condições, é possível compreender, com o auxílio de Barcellos (2002), citada por Olsen (2010, p. 320), a identidade entre o núcleo essencial e o mínimo existencial:

> O mínimo existencial corresponde a um subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais menor – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado.

Para os adeptos desse entendimento, o próprio texto constitucional aponta as diretrizes para a tutela do direito à saúde no âmbito preventivo, curativo e de

reabilitação, sem extrapolar as limitações orçamentárias, o que afasta a ideia de que o direito a saúde, enquanto direito social, integra uma norma pragmática que depende do legislador e do gestor público para implementação. Mais especificamente, nas palavras de Lopes (2010, p. 79):

> No respeitante ao direito à saúde e respectivas prestações materiais se vê facilitada pelo próprio texto constitucional que lhes assina as diretrizes e lhes confere considerável necessidade, nomeadamente no que respeita aos efeitos pretendidos, sem prejuízo, é claro, das limitações orçamentárias, que mais dizem respeito, entretanto, à extensão, quantidade ou intensidade dos meios necessários a lhes dar efetividade.

Em consequência dessa fundamentação jurídico-constitucional entende-se que há diversas maneiras de se efetuar esta obrigação, cabendo ao legislador a função de dispor sobre a forma de prestação, o montante orçamentário a ser disponibilizado, bem como as condições para a efetividade do direito frente ao cidadão.

Contudo, na perspectiva da identidade entre o mínimo existencial como núcleo essencial da efetividade dos direitos fundamentais sociais, a exigibilidade das prestações materiais pode vir a necessitar de uma análise mais detalhada do caso concreto, o que pressupõe atividade do Poder Judiciário.

5.5.3 A judicialização do direito à saúde e o mínimo existencial

Conforme as delimitações apontadas até o momento, o problema das prestações materiais por parte do Estado a fim de garantir a efetividade do direito à saúde depara-se com a dificuldade em definir esse mínimo existencial.

Claro está que, nas situações em que a reserva de competência do legislador implicar agressão a vida, seja por omissão ou quando o padrão mínimo do legislado estiver aquém da real necessidade material de constituição da dignidade, o Poder Judiciário pode vir a intervir, como preceituam Sarlet e Figueiredo (2010, p. 35):

> No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo próativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais.

Assim, importa dizer que a garantia do mínimo existencial acaba por gerar certo grau de subjetividade, sem qualquer necessidade de intervenção do legislador, podendo o Poder Judiciário tomar providências de caráter político quando se deparar com um caso de inoperância estatal.

Sobre isso, faz-se necessário mencionar o entendimento dado por Figueiredo (2007, p. 144) sobre o que atualmente se entende sobre o princípio da separação dos Poderes:

> O aspecto funcional da separação de Poderes tem como finalidade precípua a busca de eficiência governamental para executá-las, tornando o Estado, como um todo, eficiente. O que importa num estado constitucional de direito, por conseguinte, não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.

Neste mesmo diapasão, para Barroso (1996, p. 83), este "padrão mínimo no cumprimento das tarefas estatais poderia, sem maiores problemas, ser ordenado por parte do Judiciário. A denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte".

Porém, há de se ressaltar que é no contexto de cada instrução processual que devem ser traçados os rumos da atuação judicial, onde devem ser postos os meios para que os juízes tenham condições de balizar os bens constitucionais, princípios e direitos em discussão, para melhor decidir a questão.

Também, é dentro de cada processo que o direito individual à saúde deve ser confrontado com o direito coletivo e com a política pública estabelecida em matéria de saúde, por meio de provas e saberes técnicos necessários para discutir cada caso concreto, observado o não comprometimento do mínimo existencial.

Sobre a competência do juiz perante a determinação do conteúdo do mínimo existencial no caso concreto, Figueiredo (2010, p. 201) assinala:

> Não deve o Judiciário ir além do que exige a estipulação de um conteúdo mínimo ou essencial, sob pena de injustificadamente invadir a seara de competência legislativa. Tais prestações mínimas devem ser estabelecidas em função de uma análise *in concreto* que, à semelhança da definição do conteúdo essencial dos direitos, leva em conta o tipo de sociedade e as exigências e expectativas referentes ao direito em jogo, uma vez que o conteúdo de um direito não é algo fixo nem alheio à comunidade em que se erradica.

Em síntese, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos em UTI, tratamentos de câncer, dentre outras prestações positivas de saúde pelo Estado, representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, garantindo as mais diversas prestações do Estado. Prestações estas que representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país.

Assim, em oposição ao entendimento de que a judicialização do direito à saúde deve priorizar o fornecimento do mínimo existencial, independente de qualquer outra coisa, como decorrência da garantia à dignidade humana, surge a figura da insuficiência dos recursos financeiros do Estado para sua concretização. Essa insuficiência vem sendo aferida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do STF (Supremo Tribunal Federal), na esfera daquilo que se convencionou designar "reserva do possível", tema abordado nas linhas que seguem.

5.6 O alcance do princípio da reserva do possível frente ao direito à saúde

Conforme abordado anteriormente, os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva, que apresenta para concretização alguma relevância econômica; e uma dimensão de defesa, que em primeiro momento pode apresentar-se destituída de prestação econômica, uma vez que por serem direitos subjetivos podem ser assegurados juridicamente sem equivalências econômicas.

Entretanto, em sentido prático, todos os direitos fundamentais, sejam positivos ou de defesa envolvem recursos humanos e materiais para sua implementação, como assevera Sarlet (2010, p. 285):

> Todos os direitos fundamentais [...] são, de certo modo, sempre positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar "um custo", de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional.

É justamente em relação ao aspecto econômico que a eficácia e efetividade dos direitos sociais, especialmente à saúde vem causando, há alguns anos, embates doutrinários e judiciais.

Para compreender o princípio da reserva do possível, é válido investigar o contexto histórico de seu surgimento, especialmente nos aspectos de maior reflexo na realidade constitucional brasileira.

Aqui depara-se com mais contribuições do Direito Comparado. Foi na segunda metade do século passado, pela **jurisprudência constitucional alemã** que surgiu a ideia da **reserva do possível,** fundamentada nos debates sobre a **escassez de recursos do Estado para a realização de prestações materiais necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais (Grifos da autora).**

A reserva do possível ficou conhecida especialmente pelo caso em que um estudante, fundamentado na Lei Federal germânica que garante a livre escolha do trabalho, ofício ou profissão, pleiteou juridicamente uma vaga em universidade pública, uma vez que havia insuficiência de vagas para todos os interessados.

Olsen (2010, p. 215) expõe:

> No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de 25.000 passou para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irreais se considerada a situação alemã do pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60, cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus,* existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população. Faltava, todavia, a base constitucional para esta regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar este problema.

Diante desse cenário, entendeu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que a regra do *numerus clausus* era compatível com a Lei Fundamental germânica. Indeferindo, desta forma, a solicitação do estudante, cuja decisão se fundamentou no fato de o Estado, no âmbito do possível, estar promovendo investimentos na esfera da educação superior com o intuito de tornar o ensino superior acessível.

Assim, atender à solicitação individual de cada cidadão, estaria além do razoável, pois significaria negligenciar outras políticas públicas.

Sobre o caso alemão, Sarlet (2010, p. 287) sintetiza:

> Desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

A partir da decisão judicial germânica passou-se a ter o entendimento que não se pode impor ao Estado obrigação assistencial a alguém que tenha recursos próprios suficientes para fazê-lo, bem como, somente se pode exigir atendimento ou execução prestacional do Estado se estes estiverem de acordo com os limites da razoabilidade, sedimentando-se a justificativa de que a implementação dos direitos fundamentais está sujeita ao princípio da reserva do possível.

No tocante ao surgimento da teoria em análise, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 29) doutrinam:

> A construção teórica da "reserva do possível" tem, ao que se sabe origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

É com base nesta fundamentação de materialidade que doutrinas e jurisprudências se embasam para argumentar a necessidade de disposição financeira e de capacidade jurídica para a efetivação de prestações materiais essenciais à vida digna, tanto no aspecto individual quanto no coletivo.

Nesse sentido, Silva (2010, p. 187) explica:

> Esse é o cerne do entendimento de que os Direitos Fundamentais implementados por prestações e o próprio mínimo existencial só podem conformar-se diante dos limites impostos pelo que se denomina de reserva do possível, não somente pela disponibilidade de recursos, mas também ao argumento das competências constitucionais estabelecidas, do princípio da separação dos Poderes, da reserva da lei orçamentária e ainda do princípio federativo.

Deriva desse entendimento o conceito dado por Caliendo (2010, p. 180): "a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações".

Nessa mesma linha de raciocínio, Olsen (2010, p. 212) acrescenta a condição de realidade fática influenciando a aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, a

reserva do possível como um elemento material que influencia a aplicação dos direitos fundamentais sociais, visto que não há como satisfazer todas as necessidades e desejos do cidadão com excelência, prevalecendo o entendimento da mínima coerência entre a realidade e o ordenamento jurídico. Nas palavras da autora supracitada: "a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes". Tema que será melhor analisado na próxima seção desse estudo.

Outra variável apontada pelos doutrinadores quando da concepção conceitual da reserva do possível é a soberania orçamentária do legislador, onde se apregoa que para que o Estado possa satisfazer os direitos do cidadão é preciso que existam recursos materiais suficientes.

Nas palavras de Torres (2010, p. 74): "os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a "reserva do possível" ou da "soberania orçamentária do legislador", ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração".

Por essa ótica, caberia ao magistrado fazer o exame da necessidade ou não de interposição legislativa para o reconhecimento de direitos subjetivos sociais e da definição das condições em que isto seria possível. O tema também passa por uma análise no que diz respeito às possibilidades do magistrado tutelar tais pretensões, já que diante da reserva do possível negar-se-ia a competência dos juízes (não legitimados pelo voto) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.

Esse entendimento pressupõe o aspecto clássico atribuído ao princípio da separação de Poderes da União. Aspecto esse ligado essencialmente ao formalismo organizacional, onde a cada órgão são atribuídas funções específicas, vedando-se o exercício de poder por órgão alheio daquele cuja função tenha sido constitucionalmente discriminada.

Contemporaneamente, a separação de Poderes estatais é vista sob dois aspectos, conforme ensinamentos de Figueiredo (2007). O primeiro no sentido de divisão, controle e limite, perante uma estrutura constitucional de funções, competências e legitimação dos órgãos; e, uma segunda dimensão, abordada em linhas anteriores nesse estudo, em que a constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado objetivam decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas.

Com essa visão, prevalece a concepção que a dimensão econômica dos direitos fundamentais está associada a uma série de variáveis, onde a separação dos Poderes da

União não pode existir apenas na sua concepção clássica, devendo ser observada a colaboração, equilíbrio e interdependência entre os Poderes, como ensina Figueiredo (2007, p. 146): "o atendimento ao legítimo interesse de todos não depende apenas dos elevados propósitos dos membros do Legislativo e do Executivo, mas de uma combinação de diversos fatores que, no seu conjunto, jamais serão plenamente controláveis".

Não podem ser deixados de lado outros valores constitucionais, como é o caso da inafastabilidade da jurisdição, disposto no artigo quinto, XXXV, onde determina que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A partir do exposto é visível identificar a presença de uma dimensão conceitual tríplice para a reserva do possível, como sustenta Sarlet (2010, p. 287):

> a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
> b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, [...];
> c) [...] envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Com a dimensão da reserva do possível diagnostica-se nota-se que a mesma é um limitador jurídico e fático dos direitos fundamentais na perspectiva da disponibilidade econômica de recursos para sua efetivação.

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento do direito fundamental à saúde prende-se ao fato de que por se tratar de um direito que implica a alocação de recursos materiais e humanos por parte do Estado, encontrando-se, por este motivo, na dependência efetiva da disponibilidade de recursos financeiros, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.

Dirley Cunha Junior afirma: "nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações".

Os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e Judiciário, seguindo um modelo de separação de funções, tendo cada Poder suas funções típicas e atípicas, exercendo um controle recíproco em suas atividades, e havendo a judicialização do direito à saúde, não há o que se falar em violação do

princípio da separação dos poderes, em que pese, seja o Poder Judiciário o guardião da Constituição Federal em se tratando de matéria constitucional, tendo como função primordial o de concretizar diante as demandas sociais os Direitos Fundamentais mínimos quando houver a omissão ou descumprimento dos órgãos estatais competentes.

5.6.1 O custo dos direitos e a reserva do possível

Quando se pensa em custo, tem-se a ideia de esgotamento dos recursos financeiros existentes, ou seja, o recurso não é suficiente para o atendimento de todos. Este é o centro do problema sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial pode obrigar o Estado a efetuar gastos a fim de garantir o cumprimento da tutela concedida pelo Poder Judiciário.

Na concepção de Wang (2010, p. 349):

> O tema da escassez dos recursos, dos custos dos direitos e da cláusula de "reserva do possível" aparece com muita força no debate a respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais, quando, por meio de uma ação judicial, pede-se que o Poder Judiciário obrigue o poder público a efetivar um direito social previsto constitucionalmente.

Embora todos os cidadãos deveriam ser atendidos pelo Estado, na prática não é bem assim, e uns acabam mais privilegiados do que outros, com a alegação de que os recursos públicos costumam ser menores do que o necessário para que assim, o princípio constitucional da isonomia não seja violado.

A saúde, assim como os demais direitos fundamentais possui uma dimensão econômica comum, atrelada aos custos exigidos para que seja concretizada, contudo, é um tanto quanto equivocado entender que somente os direitos aparentemente sem custos, como é o caso do direito de defesa por exemplo, seriam tutelados pela fundamentalidade constitucional, enquanto os direitos prestacionais, que demandam custo, estariam submetidos à limitação decorrente da escassez de recursos econômicos e orçamentários.

A limitação orçamentária não é aceita harmonicamente pelos doutrinadores. Entre eles está Krell (2002) citado por Zanitelli (2010, p. 189) discorre:

> Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de "caixas cheios" do Estado significa reduzir a sua eficácia zero, a subordinação aos "condicionantes econômicos" relativiza a sua universalidade, condenando-os a serem considerados "direitos de segunda categoria".

Nesta perspectiva, admitir a reserva do possível seria comprometer a efetividade dos direitos fundamentais, relativizando o princípio da dignidade humana, uma vez que vincularia toda ação ao problema de custos.

Lopes (2010, p. 144) afirma que:

> É óbvio que a limitação de recursos existe e não se pode ignorá-la, até mesmo para que se possa afirmar judicialmente exigível ou não, certa e determinada prestação do Estado que desdobre dos limites do razoável, mas também não se pode esquecer a finalidade da arrecadação de recursos públicos, que outra não é senão a de realizar os objetivos fundamentais traçados na Constituição.

Olsen (2010) assegura que o próprio Constituinte se ocupou a inserir na CF/88 dispositivos que obrigam o Estado a destinar parte de sua arrecadação a realização de políticas públicas capazes de efetivar os direitos fundamentais, no qual se enquadra o direito à saúde.

Nas palavras da autora (p. 208):

> É certo que não é tarefa da Constituição engessar os poderes públicos, tolhendo-lhes a capacidade de administrar seus próprios recursos. Todavia, ao elaborar um elenco de direitos fundamentais, alçando seu respeito – na esteira do respeito à dignidade humana – como um dos objetivos primordiais do Estado Brasileiro, a Constituição determina normativamente obrigações a serem cumpridas – e destas não está o Estado autorizado a se distanciar.

Nestas condições, usar da inexistência de recursos para negar o atendimento do direito a saúde seria sobrepor o direito econômico a um direito fundamental inviolável, que é o direito à saúde vital.

Em suma, usam da teoria da reserva do possível como um argumento para fundamentar a não efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que o discurso da escassez de recursos prevalece até mesmo à vontade política.

6 A EFETIVAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL X A OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES

Até o presente momento buscou-se explanar que o direito à saúde é uma das garantias fundamentais mais abaladas no cenário jurídico e social contemporâneo, e sob essa ótica, para sua efetivação, surge a necessidade de analisar ponderadamente as relações intersubjetivas, no sentido de garantir um nível compatível com o princípio da

dignidade humana e os interesses estatais em resguardar a liberdade de opção pública, principalmente quanto à objeção da reserva do possível.

Figueiredo (2007, p. 203) discorre que:

> Conceitos, tais como direito de viver uma vida decente, somente podem se tornar operacionais numa sociedade construída de forma a torná-los possíveis, e podem ser abordados somente de forma indireta, por meio de políticas e mudanças institucionais permanentes, sem as quais tais direitos são totalmente inúteis.

No contexto do mínimo existencial, há de se analisar o caso concreto e se a restrição ou omissão do Estado para com um cidadão pode acarretar em um dano irreversível, ferindo não somente seu direito à dignidade, mas também à vida.

Sob essa ótica, Garcia (2005), citado por Olsen (2010, p. 327) evidencia:

> Tratando-se de um conteúdo mínimo, que atua como elemento aglutinador da essência dos direitos fundamentais, é vedado ao Estado a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem frustrar a sua concreção. Tanto atentará contra o mínimo existencial a ação concreta, finalisticamente dirigida ao vilipêndio do bem jurídico tutelado, como a omissão deliberada em tornar concreta uma previsão normativa ou mesmo em editar um ato normativo que viabilize o alcance de um status jurídico favorável ao indivíduo. A sua observância, assim, independe de qualquer medida de intervenção legislativa, derivando diretamente da própria Constituição.

Nessa concepção, o mínimo existencial encontra-se vinculado a um núcleo de existência vital digna, que nem sempre é identificável, pois envolvem necessidades históricas e culturalmente reconhecidas pela sociedade na qual o indivíduo se insere.

Contudo, nos termos do constitucionalismo pátrio, isto é, dentro dos valores históricos e culturais assumidos como socialmente essenciais para a existência vital digna de um indivíduo, o mínimo existencial prevalece sobre a condição de realidade orçamentária escassa da reserva do possível.

Assim, não pode o Estado se abster às prestações materiais necessárias à sobrevivência com dignidade alegando a prevalência de outros bens jurídicos, como a segurança orçamentária sob pena de ferir a concepção de Estado Democrático de Direito delineado pela CF/88, como bem assevera Clève (2003), citado por Olsen (2010, p. 328), a saber:

> É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do

> possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado e prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Desta forma, considerar que o Estado tem o direito de negar a concretização do mínimo vital em saúde simplesmente porque inexiste orçamento suficiente, seria o mesmo que legitimar o fator custo como direito à inconstitucionalidade.

Em verdade, o que não se pode é negar o direito à saúde, uma vez que os cuidados vitais, dignos e de urgência, estão incluídos no mínimo existencial.

Em termos de tutela do mínimo existencial concernente ao campo da saúde e sua ponderação frente à reserva do possível, recorrer-se-á às palavras de Sarlet e Figueiredo (2010, p. 41) que sintetizam o prelecionado ao longo desta tese:

> Em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tano conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.

Deste modo, o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida e com o princípio da dignidade humana, formando um núcleo essencial de direitos sociais, não podendo ser afastada sua efetivação contemporânea, mesmo com base no princípio reserva do possível, porque não há o que se ponderar sobre a entrega das prestações materiais quanto à saúde, garantia esta, absolutamente conectada à um mínimo existencial digno.

Conforme a linha de pesquisa desenvolvida até o presente, serão analisados alguns entendimentos jurisprudenciais a fim de evidenciar que o fator manutenção da vida digna seria o aspecto mais pertinente para determinar a responsabilidade do Estado no atendimento de um direito individual à saúde e não a reserva orçamentária disponível para a delimitação prestacional do Estado.

Conforme explanado, a efetivação dos direitos fundamentais depende da promoção de políticas públicas cuja responsabilidade de destinar recursos financeiros que atendam a esse fim é atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo. É sob essa ótica que nasce a discussão acerca da possibilidade da intervenção do Poder Judiciário no

momento em que se constata ineficácia das políticas públicas em efetivar o direito à saúde.

Com a compreensão de que o direito à saúde deve ter eficácia plena por tratar-se de um direito de segunda geração, é que nasce o fenômeno "judicialização da saúde". Nesse sentido, a Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Vanessa Verdolim Hudson Andrade ilustra situações capazes de descrever essa realidade na prática:

> (...) um idoso ouve de seu médico o diagnóstico de uma doença grave e que necessita de tratamento caro e imediato, que foge às suas possibilidades. E o Sistema Único de Saúde (SUS) não fornece esse tratamento? (...) As perguntas se repetem em inúmeros casos, em inúmeros leitos. Enquanto isso, em um hospital, o diretor recebe uma ordem judicial para internar imediatamente em leito de UTI um paciente com quadro grave e se queda, perplexo, com uma situação insolúvel: todos os seus leitos estão ocupados com casos graves e teria que tirar um paciente em estado grave para atender à ordem judicial. (...) (ANDRADE, 2011, p. 01).

O trecho apresentado revela a seriedade do problema encarado pelos gestores dos órgãos estatais, dos médicos, da sociedade e dos magistrados. Proferida uma decisão judicial determinando a internação de um paciente em um hospital público sem que esse tenha vaga em razão de superlotação, deverá o secretário de saúde, mesmo sem condições orçamentárias e físicas, cumprir de pronto a decisão pronunciada, tornando visível a mobilização das diversas áreas envolvidas para suprir a necessidade do paciente no caso concreto, às vezes até em detrimento do coletivo.

Nessa perspectiva, as aplicações da judicialização da saúde podem ocorrer quando o Poder Público for omisso, imperito ou abusivo com relação as políticas públicas, mas frisa-se que tal fenômeno deve ser utilizado de forma excepcional, e não como regra.

A judicialização é uma **exceção no que tange ao princípio da separação dos poderes e sua tripartição de funções, e como tal, deve destinar-se a atender o amplo exercício da cidadania sem cometer abusos em sua atuação. (Grifo da autora).**

Diante estas ponderações, a judicialização é o processo pelo qual o Poder Judiciário realiza de diversas formas os objetivos originariamente não cumpridos pelo

Poder Legislativo e/ou Poder Executivo, seja em virtude da escassez de recursos financeiros, deficiência na prestação de serviços ou da omissão ou abuso das ações de seus órgãos.

Nessa esteira, a judicialização da saúde, se esbarra com questões de difícil resolução em razão de existir de um lado, uma pessoa necessitada ao direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal, e de outro, a existência do princípio da separação de poderes, indispensável para a preservação do equilíbrio entre os três Poderes da União, Legislativo, Executivo e Judiciário.

6.1 O fenômeno da judicialização com suas aplicações e o direito à saúde como requisito garantidor de uma vida digna

Com frequência o Poder Judiciário têm sido acionado para concretizar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Paralelamente, crescem as demandas judiciais entre o ente público e o cidadão, que buscam decisões judiciais como forma de efetivar suas necessidades.

Nesse sentido o Ministro Gilmar Mendes, proferiu em seu voto no Agravo Regimental de n. 175:

> O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes (...) do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. STA 175 AgR / CE, AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17/03/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, p. 17.

Como se vê, é imperativo que os Poderes Legislativo e Executivo efetuem uma melhoria no sentido de planejar suas atuações de forma que atendam, especialmente o direito à saúde, a fim de evitar que a concretização desse direito ocorra somente por meio da judicialização.

Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, é perceptível que a judicialização tem possibilitado uma melhoria no sentido de efetivar os direitos

fundamentais, conforme decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45/DF:

> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO-ADPF-MC N.º 45, Rel. Celso de Mello, DJ 29.4.2004).

No mesmo sentido, verifica-se que não prosperou a alegação do Município de Petrolina de que a concessão da liminar deferida em favor do Ministério Público Federal e Estadual, no sentido de providenciar medidas emergenciais no tocante à melhoria no atendimento do Hospital Dom Malan, lhe resultaria em grave lesão à ordem e à economia:

> EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital

> público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001).

Inúmeros são os obstáculos relacionados à efetiva garantia do direito à saúde no Brasil, o que resulta na dependência de uma relação linear conjunta por parte dos elaboradores das políticas públicas, dos executores e dos profissionais da área jurídica para um efetivo exercício da cidadania.

O Ministro Celso de Mello na Pet 1246-MC/SC, quando presidia o Supremo Tribunal, entendeu que:

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

O papel do Poder Judiciário é de fundamental importância para tornar efetivo o direito social à saúde, pois se não é de sua competência instituir políticas públicas, evidente é a sua responsabilidade de verificar o alcance ao acesso universal e igualitário pelos cidadãos.

O julgado do Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário é um exemplo claro do entendimento majoritário das Cortes desse país em tornar efetivar o direito fundamental à saúde:

> PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE

> DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º,"CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RE CONHECIDO E PROVIDO. (...) incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (...). Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido. Processo: STF - RE 393175 RS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 01/02/2006. Publicação: DJ 16/02/2006 PP-00054 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 163-166.

Todos os entes federativos tem sua parcela de responsabilidade na concretização do direito à saúde. Cabe ao gestor público a implementação de políticas públicas e alocação de recursos financeiros suficiente para suprir as necessidades ligadas a preservação da dignidade da pessoa humana e à vida. Se assim acontecesse, não teria motivo para a judicialização de nenhum direito.

Sob essa ótica, Assis expressa que:

> A saúde de todos só poderá ser alcançada pela coesão dos esforços, integração de ações, atividades e serviços de saúde. E, nessa perspectiva, os atores da Justiça devem adotar estratégias que visem à permanente construção das políticas, da humanização do atendimento e do acesso efetivo dos usuários aos serviços públicos de saúde. (ASSIS, 2011, p. 01).

Ainda sobre a responsabilidade solidária de todos os entes federativos relacionados à saúde, o Supremo Tribunal Federal no acórdão do RE 195.192-3/RS, assentou:

> MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 195192, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2000, DJ 31-03-2000 PP-00060 EMENT VOL-01985-02 PP-00266).

Com efeito, inauguralmente, o Estado deve prestar os serviços assegurados na Constituição Federal, contudo, se não o faz, somente em casos extremos é que por meio de provocação, o Poder Judiciário deverá intervir.

Enquanto as políticas públicas não forem suficientes para garantir serviços de saúde satisfatórios, à população poderá acionar o Poder Judiciário, desde que atendidos os limites de sua competência com o fim de alcançar a efetivação e proteção de um mínimo vital.

Portanto, a judicialização como forma de efetivar o direito a saúde somente deverá ser buscada quando houver comprovada omissão dos entes estatais responsáveis por concretizar tal direito, devendo o Poder Judiciário intervir subsidiariamente, a medida que houver um direito for negligenciado.

Diante de tais considerações, a necessidade da atuação do Poder Judiciário é de grande importância para concretização do direito à saúde, por tratar-se de um direito fundamental, que em caso de descumprimento pode violar a dignidade da pessoa humana e a existência de um mínimo legal. Portanto, não deve sobrepor o argumento da insuficiência de recursos do ente público diante da necessidade de efetivação do direito à saúde, pois caso seja imperativo o direito tutelado acabará por ser cumprido mediante a prática do fenômeno "judicialização da saúde", levando em consideração a primazia da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção do direito à vida.

Fazem-se necessárias algumas reflexões envolvendo decisões judiciais pertinentes ao tema em discussão, haja vista que nos últimos anos vem crescendo a

demanda por auxílio judicial que visa garantir gratuitamente o direito a algum tratamento específico, a distribuição gratuita de algum medicamento, a uma vaga em hospital ou outra especificação necessária à garantia da saúde digna.

Desta forma, a tona tem-se alguns julgados sobre esses litígios nos Tribunais que têm atingido Estados, Municípios, Distrito Federal e União.

Primeiramente evidencia-se uma passagem do voto do relator Ministro do STF Celso de Mello quando do julgamento do RE-AgR 271286, no ano 2000, utilizada como referência doutrinária (WANG, 2010) e em diversos acórdãos como precedente do STF, como por exemplo, no RE-AgR534908 PE e no RE-AgR 393175 RS, que sintetiza a forma como o STF tem se posicionado diante da concretização do direito à saúde, a saber:

> O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica [...], recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais

prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Das palavras do ministro, destaca-se o entendimento do direito à saúde enquanto direito fundamental consagrado pela CF/88 e jurisdicionalmente tutelável, em que diante da omissão do Poder Público têm o Poder Judiciário, a obrigação de atuar de forma a resguardar um direito subjetivo originário a prestações materiais em saúde, fazendo surgir a ideia de mínimo existencial, no sentido de que o Estado deve intervir para assegurar condições mínimas de existência, sempre que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana estiverem ameaçados.

Uma vez garantido por norma positivada, o direito fundamental à saúde provoca a exigibilidade da sua efetivação a quem necessite, devendo ser concretizado pelo Estado, por meio dos órgãos do Governo, que por vezes demonstram-se omissos e falhos.

A Constituição Federal ainda prevê a competência solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios no fornecimento da saúde em seu artigo 23 ao determinar:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux, em julgado do Supremo Tribunal Federal, ressaltou a solidariedade dos entes federados na garantia do direito constitucional no fornecimento de medicamentos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. (...) 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. (...). (STF - RE: 607381 SC, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 31/05/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209).

Neste contexto, é irrefutável que o direito à saúde tem total ligação com os direito à vida e à dignidade da pessoa humana, logo cabe ao Estado fornecê-lo universalmente e de maneira isonomica.

Sob essa perspectiva, descarta-se a tese de violabilidade do caráter programático da norma de direito à saúde expressa na CF/88 em virtude de se constituírem como um dever jurídico inerente às funções do poder público.

Cabe ao Estado observar e atender o comando diretivo da norma programática, cuja adesão não é facultativa, mas, ao contrário, obrigatória e vinculativa, pois a programaticidade admite a efetividade e a sua inobservância gera até mesmo a inconstitucionalidade por omissão.

Verifica-se também a observância da necessidade de demonstração de hipossuficiência do requerente, ou seja, de que não possui recursos próprios para custear a prestação em saúde, sem colocar em risco sua própria subsistência ou de sua família.

Observa-se que a base legal justificadora do posicionamento do Ministro Celso de Mello é o princípio da dignidade da pessoa humana e não a questão de custos ou a escassez de recursos. O que significa dizer que o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Carta Constitucional de 1988.

Nesse sentido a alegação de reserva do possível, não isenta o poder público da entrega de prestações sociais. E mais, cria ao Poder Judiciário o dever de verificar a efetiva impossibilidade de prestação. Tudo isso em total consonância como princípio da separação dos poderes, pois em tais situações o Judiciário corretamente faz a fiscalização da legalidade dos atos do Poder Executivo.

De modo similar, o STJ (Superior Tribunal de Justiça), alinhando seu entendimento ao do STF, não apenas na eficácia pertinente ao direito à saúde, mas também na delimitação de seu conteúdo, firmou no Recurso Especial 904443 por meio do relator Ministro José Delgado:

> PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO *A QUO*. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATAMENTO DE SAÚDE PELO ESTADO A MENOR HIPOSSUFICIENTE. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, *CAPUT,* 6º,196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF.
> [...]

> 3. Os artigos 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato em face da urgência e consequências que possam acarretar a não-realização.
> 4. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.
> 5. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo sem garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.
> 6. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, hão de se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena a Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico.
> [...]

O acórdão citado aponta para uma compreensão do direito à vida como amplo, ligado diretamente ao princípio da dignidade humana, não passível de limitação quanto ao conteúdo, uma vez que o direito perseguido está ligado a uma vida presente e não uma vida futura. De onde decorre, como já posto neste estudo, a importância da garantia do mínimo existencial, a efetividade prestacional imediata do direito à saúde, a inviolabilidade da separação de poderes, bem como o afastamento da reserva do possível enquanto limitador da concretização do direito fundamental à saúde.

Pelo Tribunal de Justiça do estado do Tocantins, destaca-se a título exemplificativo o voto proferido pelo Desembargador Luiz Aparecido Gadotti em face à Apelação Cível n. 9905/2009:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. IMPROVIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DEVER CONSTITUCIONAL DE ZELAR PELA SAÚDE. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. DESCABIMENTO. 1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ENSINA QUE A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, GARANTIDO MEDIANTE POLÍTICAS SOCIAIS E ECONÔMICAS, RAZÃO PELA QUAL O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À PESSOA HIPOSSUFICIENTE É MEDIDA QUE SE IMPÕE. 2. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS É POSSÍVEL PARA VIABILIZAR AOS CIDADÃOS O ACESSO AOS BENS CUJA FRUIÇÃO TENHA SIDO

> INJUSTIFICADAMENTE RECUSADA PELO ESTADO. 3. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NÃO SE OPÕE À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, UMA VEZ QUE, COM RELAÇÃO A ESTES, DESCABE AO ADMINISTRADOR PÚBLICO PRETERI-LOS EM SUAS ESCOLHAS. ADEMAIS, TAL PRINCÍPIO SOMENTE SE APLICA QUANDO O PODER PÚBLICO DEMONSTRA, DE FORMA CABAL, A IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIR A OBRIGAÇÃO.

Diante o exposto, mais uma vez se evidencia a prioridade do direito à vida digna em relação às questões de ordem financeira, competindo aos Poderes Públicos o custeio do tratamento de doenças aos hipossuficientes, fazendo-se cumprir o direito à saúde elencado na CF/88.

Em matéria de saúde, a jurisprudência nacional tem passado por transformações, consolidando uma garantia constitucionalmente tutelada que visa a preservação da unidade e da supremacia, por meio da efetividade não apenas dos direito à saúde, mas de todos os princípios, valores, bens e interesses que integram a sociedade brasileira, tendo como principal objetivo o bem estar social.

Para esse bem estar social ser alcançado, se faz primordial a existência de um Poder Judiciário proativo, aberto à pluralidade de ideias e opiniões, alcançando assim, um equilíbrio em sua atuação no sentido de solucionar os problemas sociais, e não necessariamente se valendo de vias jurisdicionais para tanto.

6.2 Da judicialização clássica à contemporânea: a busca por uma saúde pública brasileira plena

Com o decorrer deste trabalho, foi discorrido quanto à evolução histórica do Direito Fundamental e social à saúde, e assimilado que sua edificação se deu por longas batalhas sociais, no sentido de se alcançar uma plena satisfação vital.

Expostos os problemas que passam a saúde pública pátria, tem-se como judicialização clássica o mecanismo onde uma pessoa ou um grupo de pessoas, ao se deparar com a ineficácia de seu direito ora trabalhado, seja por omissão ou por ação estatal, pode ingressar com uma ação no Poder Judiciário demonstrando a lesão sofrida ou a ameaça de lesão, buscando assim, alcançar a efetivação de seu direito, ou no caso de um ato ilícito causador de um dano irreparável, pleitear por meio do direito de ação uma indenização.

Ocorre que, a sociedade evolui, logo, o Direito também deve evoluir. O direito à saúde, quando inicialmente judicializado no Brasil se deparou com uma estrutura

absolutamente legalista, e à depender do caso concreto levado ao Poder Judiciário, os magistrados encontravam dificuldades técnicas e periciais inerentes à área médica.

Diante esta realidade, evidenciou-se a necessidade de uma reforma estrutural no Poder Judiciário no que tange à política de judicialização do direito à saúde.

Foi reconhecida a importância de se ter contemporaneamente um Poder Judiciário com uma visão pluralista, aberto ao diálogo, trocas de experiências, discussões contributivas, e porque não, institucionalizar os resultados de sucesso.

Assim começa a ser visto no fim do túnel uma solução para os conflitos que envolvem o direito à saúde, não sendo necessariamente por meio de uma ação judicial proposta ao Poder Judiciário. Aqui, há a possibilidade de discussões quanto à judicialização dos direitos sociais sob o prisma jurídico sem um litígio propriamente dito.

Com o reconhecimento desta técnica e com seu aprimoramento, é possível imaginar um Brasil mais evoluído, primando por relações em que se pregue a igualdade de direitos e obrigações entre as pessoas, a junção de forças das mais diversas áreas, bem como, a existência de uma política judicial que mantenha o escopo primordial da jurisdição em garantir a pacificação social, podendo esta ser alcançada sem a existência de uma demanda pleiteada judicialmente.

Um grande desafio para o futuro esbarra-se em conscientizar a sociedade de que é possível de maneira eficaz aplicar a essência da justiça restaurativa como forma de solução de conflitos quanto ao direito à saúde pública.

É comum deparar-se com a aplicação da justiça restaurativa nas questões que envolvam o **Direito Penal**, onde em casos que exista violência ou conflito, buscar-se-á encontrar uma solução visionária, alternativa, não criando necessariamente um cenário de guerra, brigas ou taxando culpados e inocentes. (Grifo da autora).

Fazendo uso da aplicação da justiça restaurativa em termos de eficácia ao direito à saúde, a princípio, haveria um magistrado orientador, que prepararia um encontro entre as pessoas envolvidas no problema, necessariamente planejado, onde as pessoas apontariam suas insatisfações, buscando encontrar com a visualização do dano, o que poderia ser feito para restaurar uma relação até então abalada.

É importante frisar que não se tem como máxima o perdão da prática de um ato ilícito, e sim, construir uma realidade reestruturaste no sentido de ser assimilado que os atos ou o seu não fazer podem diretamente afetar a vida das pessoas, e em decorrência disso, nasce uma responsabilidade civil de cunho evolutivo, logo, restaurativo.

Outra forma de operacionalizar este instituto direcionando o mesmo à área da saúde pública, seria por meio de Audiências Públicas, Fóruns, Debates, Encontros institucionalizados, dentre outros, qualificando os operadores do Poder Judiciário, bem como trazendo benéficos à coletividade.

Estas atividades aconteceriam com a existência de um diálogo e com a troca de experiências, inclusive, aplicando as que resultaram positivas em problemas em termos de efetivação do direito à saúde ao longo dos estados da federação, considerando as possíveis adaptações, uma vez que, cada região do país possui uma realidade merecedora de uma visão contributiva específica.

Diante estas ponderações evolutivas em relação ao direito à saúde, partir-se-á para as considerações finais, com a sensação de ter trabalhado o estado da arte da presente tese de maneira contributiva, ao apresentar a possibilidade de inclusão da essência da Justiça Restaurativa no cenário da judicialização do direito à saúde pública no Brasil, uma realidade que até pouco tempo, dependia exclusivamente de iniciativas privadas para o alcance de sua efetivação plena.

7 CONCLUSÕES

Com o desenvolvimento desta tese ficou evidenciada a fundamental necessidade de se ter uma saúde pública no Brasil respeitando padrões mínimos normativos, de planejamento, de execução e de satisfação social; sendo que esta garantia vital não pode ser aceita como uma mera ausência de doença.

O cenário atual da saúde brasileira é caótico, onde pessoas morrem em filas de hospitais por não receber o tratamento necessário, e aos olhos do mundo a saúde brasileira é criticada principalmente em decorrência de sua inoperância, descaso, corrupção, utopia normativa e falta de motivação e capacitação de seus agentes.

Com o desenvolvimento das seções, houve a contextualização de uma evolução histórica dos Direitos Fundamentais direcionada ao entendimento de que sua eficácia se faz primordial para a existência vital do ser humano, em especial o direito à saúde, que consiste em uma garantia multidisciplinar e que precisa de um espaço de integração público caracterizado pela pluralidade de opiniões contributivas, podendo as mesmas, serem institucionalizadas futuramente, buscando alcançar seu grau de satisfação máximo social.

Foram identificados os singulares benefícios do Direito Comparado quanto à conquista e aprimoramento dos Direitos Fundamentais, em especial, as contribuições inglesa, americana e francesa; tendo como máxima as garantias da liberdade, igualdade e fraternidade de um povo que luta por uma existência digna e o reconhecimento de Direitos Humanos, com um caráter efetivamente universal, para todos e isonômico.

Diagnosticado como um direito de segunda dimensão ou geração, o direito fundamental social à saúde foi conceituado e contextualizado em um plano normativo constitucional, infraconstitucional, jurisprudencial e operacional, com o fim de se ter absorvida a necessidade real de se efetivar os Direitos Fundamentais, carecedores de uma execução planejada e viável, e não de uma mera previsão constitucional conferindo aos mesmos um *status* de fundamental.

Dando continuidade à linha de raciocínio conclusiva, foi reafirmada a importância de proteção à dignidade humana como um *max* princípio, no sentido de possuir um forte poder axiológico e ser o grande parâmetro norteador para todos os atos de gestão pública, afinal, o Estado existe para as pessoas, e não ao contrário.

Em sequência, foram conectados os direitos à saúde, ao mínimo existencial e a reserva do possível, alcançando a ideia de que via de regra é dever do Poder Público

efetivar o direito à saúde, não podendo se valer da alegação de falta de previsão orçamentária no sentido de sua não efetivação.

O direito à saúde possui orçamento próprio vinculado à Seguridade Social, e caso exista a insuficiência de verbas específicas, deverá ser feito um remanejamento de recursos públicos, com o fim primordial de garantir um mínimo existencial com dignidade.

Como toda regra tem sua exceção, a realidade é um tanto quanto diferente, e a cada dia os estados da federação insistem em suas defesas judiciais a falta de recurso para alcançar a tão almejada efetivação plena do direito à saúde, porém, é importante expor que alegada a insuficiência de recursos, a mesma deverá ser comprovada.

A doutrina também não é absolutamente harmônica nesse sentido, nascendo assim um debate acadêmico relevante no sentido de que até quando um direito se sobrepõe ao seu custo, tendo em vista a ausência de orçamento para concretizá-lo.

Em seguida, entendido o que é a judicialização e com a analise de algumas decisões judiciais brasileiras, percebeu-se que o instituto em questão pode ser executado pelo magistrado por meio de diferentes aplicações, buscando sempre contribuir à solução harmônica do conflito e reestruturar o que se encontra abalado, afinal, o juiz possui dentre suas garantias o livre convencimento, desde que, este seja motivado.

Ter a judicialização como um mecanismo solucionador dos problemas sociais não deve eximir o povo de uma atuação incansável e obrigatória no sentido de fiscalizar incansavelmente a atuação do Estado e, ao invés de se lamentar pelo o não desejado, o mais viável e ideal seria o povo expor claramente suas necessidades diante de um mínimo existencial garantido pela Constituição Federal, e como é desejável que esse mínimo fosse ofertado pela Administração Pública de maneira viável; e em contra partida, a gestão ouvir mais o cidadão, e no que for possível, criar mecanismos de planejamento absolutamente executáveis no contexto de sua efetivação, como por meio de varas especializadas em efetivação ao direito à saúde.

Ficou evidenciado o importante papel da judicialização do direito à saúde face a inoperância estatal no exercício de suas funções, porém, a judicialização não pode ser aceita como uma rotina desgastante no cotidiano brasileiro e judicializar um direito não pode ser visto como uma realidade onde se tem conflitos e inimigos.

A proposta da presente tese não foi a de incentivar em todos os sentidos o exercício da judicialização dos Direitos Fundamentais no Brasil, e sim, oferecer uma proposta contributiva, moderna, inovadora e útil diante dos casos de insatisfação social

levados ao Poder Judiciário, para que este determine em decisão ou por meio de sua atuação política o que deveria ser executável pela Administração Pública no exercício de suas funções. Na verdade, o ideal é que os Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, unam suas forças, juntamente com a sociedade, a ciência e a tecnologia em prol de um país mais pleno, seguro, desenvolvido e sustentável.

É imprescindível acontecer uma reforma legislativa e administrativa, primando pela execução plena do direito à saúde, e que seja previsto normativamente as possibilidades diversas que a responsabilidade civil possui, com o fim de sanar o prejuízo causado à sociedade, ainda que moral, em decorrência de uma possível omissão ou abuso da gestão pública e seu descaso com o povo, com a ciência e com a tecnologia brasileira.

A inovação desta tese se depara com a constitucionalização dos direitos, podendo o magistrado ao proferir uma sentença ou acordão, fundamentá-los de maneira restaurativa, primando à dignidade humana, o mínimo existência, a restruturação das relações sociais, bem como a possibilidade de uma responsabilidade civil não necessariamente com um caráter punitivo, e sim, educacional e evolutivo.

A judicialização do direito à saúde não pode ser motivo para o surgimento de uma espécie de guerra entre as pessoas, ou entre as pessoas e o Estado, muito menos serem vistos como inimigos.

Os mecanismos judiciais modernos devem ser explorados positivamente fora de gabinetes, Fóruns ou Tribunais; exatamente por possuirem a capacidade de manter ou reestruturar à paz; onde tamanho equilíbrio será alcançado com a existência de um diálogo preciso e multidisciplinar, para que assim, sejam encontradas novas aplicações deste mecanismo e como consequência, surjam as soluções ideais para os mais diversos problemas atuais levados à este Poder possuidor de inúmeras facetas benéficas em prol de uma vida social digna e harmoniosa.

Como trabalhos futuros pode-se enfatizar a necessidade de ser ver e ter o direito à saúde não como uma política de Governo, e sim, como uma política de Estado, indo além de um mandato eletivo, sendo institucionalizadas políticas duradouras e contínuas, blindadas à troca de governos e interesses subjetivos.

Encarando a saúde como um Plano de Governo, deve haver o compromisso governamental de maneira ética e sistemática, cabendo ao Poder Judiciário enfatizar por meio de sua política judicial o dever a Administração Pública em garantir plenamente à saúde pública.

Os objetivos propostos nesta tese foram auferidos, e com a discussão da problemática, visualizou-se a necessidade de uma saúde no Brasil ofertada por meio de um trabalho conjunto e sistemático, com planejamento e metas possíveis de serem realizadas, fazendo-se primordial reconhecer simultaneamente a importância de haver uma estrutura de judicialização isonômica e universal, bem como uma estrutura de judicialização regional, respeitando os hábitos e costumes existentes ao longo do território pátrio, e que por sinal, possuem estes, fortes poderes; como o hermenêutico, o interpretativo, o social, e porque não afirmar, o poder de solucionar conflitos.

REFERÊNCIAS

ACETI JR, L. C. **Direito Ambiental e Direito Empresarial.** São Paulo: América Jurídica, 2002.

ALVARENGA, M. A. de F. Pereira; ROSA, M. V. de F. P. da C.. **Apontamentos de Metodologia para a Ciência e Técnicas de Redação Científica: monografia, dissertação e teses**. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

ANDRADE, V. V. H. **A judicialização da Saúde.** Direito & Justiça. Estado de Minas, 2011. Disponível em http://www.ejef.tjmg.jus.br/judicializacao-da-saude/?p=85. Acesso em: maio2016.

ANTUNES, P. de B. **Direito Ambiental.** 9° ed. revistada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ASENSI, F. D. PINHEIRO, R. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

ASSIS, G. de. **Judicialização da Saúde.** Aracajú, 2016. Disponível em http://www.mpse.mp.br/NoticiaExibir.aspx?id=7344. Acesso em: maio 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO NUCLEAR. **Legislação nuclear.** Rio de Janeiro: ABDN, 1980.

BARBOSA. J. A. M. **Contribuição à legislação brasileira no setor de energia nuclear.** 2009. Tese (Doutorado em tecnologia Nuclear) Instituto de pesquisas Energéticas e Nucleares. Disponível em: www.teses.usp.br. Acesso em: novembro 2016.

BARCELLOS, A. P. de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais orçamento e "reserva do possível".** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BASTOS, C. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. – 7ª reimpressão. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, P. **Constituinte e Constituição:** a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: maio 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: maio 2016.

BRASIL. **Constituição do Império do Império.** Outorgada em 25.03.1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL. **Constituição dos Estado Estados Unidos do Brasil.** Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>, Acesso em: maio de 2016.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso: maio de 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.080/90, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.360/76, de 23 de setembro de 1976.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm. Acesso em: maio de 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.782/99, de 26 de janeiro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm. Acesso em: maio de 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.864/13, de 24 de setembro de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm. Acesso em: maio de 2017.

BRASIL. Dec. Lei 3.914, de 9.12.1941. **Código Penal Brasileiro.** Diário Oficial da União. Brasília, 1941.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Ministério da Saúde.** Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/apresentacao.htm. Acesso em: junho 2016.

BRASIL. Portal da saúde. **Ministério da Saúde.** Disponível em:http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395. Acesso em: junho 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Turma, 2. Paciente com HIV/AIDS - pessoa destituída de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - fornecimento gratuito de medicamentos - dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - precedentes (STF) - recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. Diário da Justiça, 24 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos. Acesso em: junho de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Turma, 1.Processual civil e constitucional. Ausência de omissão, contradição ou falta de motivação no acórdão a quo. ação civil pública. Legitimidade ativa do ministério público. Tratamento de saúde, pelo estado, a menor hipossuficiente. Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Arts. 5º, caput, 6º, 196 e 227 da CF/1988. Precedentes desta corte superior e do colendo STF. Recurso Especial 904443. Requerente: Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Ministério Público. Relator: Ministro José Delgado. Brasília. Diário da Justiça, 26 de fevereiro de 2007. Disponível emhttp://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22JOS%C9+DELGADO%22%29.min.&processo=+904443&b=ACOR.Acesso em: junho 2016.

BREGA FILHO, V. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS U. L. **Curso de direito constitucional.** 6 ed. Re. E atual. São Paulo: Saraiva. 2011.

BUCCI, M. P. D. **Políticas públicas e direito administrativo.** Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Revista de Informação Legislativa. Disponível em <http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf. Acesso em: abril de 2016.

CALIENDO, P. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação.** *In:* SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais:** orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMARGO, G. **O fogo dos deuses: uma história da energia nuclear.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

CANOTILHO, J.J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARPES, M. M. **A política nuclear brasileira no contexto das relações internacionais contemporâneas. Domínio tecnológico como estratégia de inserção internacional.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2006.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo.** 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAVALCANTE. C. **Com equipamentos comprados há dez anos, hospital não realiza radioterapia em Recife.** Disponível em: http://www.claudionorcavalcante.com.br/2017/02/equipamentos-comprados-ha-dez-anos-hospital-nao-realiza-radioterapia-no-recife/. Acesso em: março 2017.

CHIMENTI, R. C. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CLERY, D. **Nuclear Industry Dares to Dream of a New Dawn.** Science, Washington, EUA, v. 309, 19-de agosto de 2005.

COIMBRA, G. L. **A história e o desenvolvimento da energia nuclear no Brasil.** In: Nuclear Inter Jura. 2001. *Proceedings.* Budapeste, 2001. Disponível em: https://www.ipen.br/biblioteca/2007/inac/12155.pdf. Acesso em: setembro de 2016.

COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR. **Normas básicas de Proteção Radiológica.** Resolução n. 06/1973. Diário Oficial da União, 19 de setembro de 1973.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 7 ed. Rev. e atual. – São Paulo Saraiva, 2010.

COSTA, E. L. C. MELO, P. F.F. **Critérios de classificação aplicados ao licenciamento de aceleradores de partícula.** IX Latin American IRPA Regional Congress on Radiation Protection and Safety – IRPA, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://www.iaea.org. Acesso em: maio de 2016.

CUNHA JÚNIOR, D da. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª Ed. Editora Juspodivm, 2014.

DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e Cidadania. T**exto digital. Disponível em: http://pt.slideshare.net/marcaocampos/dallari-dalmo-a-direitos-humanos-e-cidadania> Acesso em: maio de 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Adotada e proclamada pela resolução 217 A.** (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html. Acesso em: maio de 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

EMBAIXADA DA FRANÇA NO BRASIL. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: http://www.ambafrance-br.org/france_bresil/spip.php?article425. Acesso em: junho de 2016.

FRANCO, L. R. **A judicialização do direito constitucional à saúde.** Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil. Acesso em: maio de 2017.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

FIGUEIREDO, M. F. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FINN, K. **Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo.** *In:* PIOVESAN, F. (coord.). **Direitos Humanos.** Curitiba: Juruá, 2007.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GASPAROTO, A. L. SALA, J. B. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.** V.15, N. 15. Fortaleza: 2015.

GIACOMONI, J. **Orçamento público.** - 15. ed, ampliada, revista e atualizada - São Paulo: Atlas, 2010.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUIMARÃES, M. A. Fundamentação dos Direitos Humanos: relativismo ou universalismo? *In:* PIOVESAN, F. (org.). **Direitos Humanos.** Curitiba: Juruá, 2007.

GOLDEMBERG, J. **Energia, meio ambiente e desenvolvimento.** São Paulo: USP, 2001.

GOUVÊA, M. M. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos.** Rio de Janeiro: Disponível em: http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id2.htm. Acesso em: maio de 2016.

HOBBES, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Alex Marins. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KANT, I. **Metafísica dos costumes.** 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOOKE, J. **Dois tratados sobre o governo.** 2. ed. São Paulo: Martins, 2005.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, M. C. **Judicialização da saúde.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de Pesquisas.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, L. I. A. John Locke e o individualismo liberal. *In:* WEFFORT, F. C. (org.). **Os clássicos da política.** São Paulo: Ática, 1989.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MEZZAROBA, O. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TOCANTINS. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA.** Disponível em: https://mpto.mp.br/web/portal/2016/11/18/liminar-obriga-estado-a-instalar-equipamento-para-tratamento-de-cancer-e-reformar-unidade-oncologica-de-araguaina. Acesso em: maio 2017.

MILANEZ, D. **O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004.

MORAES. A. **Direitos humanos fundamentais.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES. A. **Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES JUNIOR, V. S. **A cidadania social na Constituição de 1988:** estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUNES, R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: maio de 2017.

OLSEN, A. C. L. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Constituição da Organização Mundial da Saúde:** preâmbulo. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: www.onu.org. Acesso em: junho de 2016.

POLÍTICA NA PARAÍBA. **Radioterapia: novo acelerador linear da FAP vai dobrar capacidade de atendimentos. 2016.** Disponível em: http://www.politicanaparaiba.com.br/noticias/4362.html. Acesso em: março 2017.

QUEIROZ, C. A. M. de. **Resumo jurídico de Direitos Humanos.** V. 22. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RODRIGUEIRO, D. **Dano Moral Ambiental: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável.** São Paulo: Editora Juares de Oliveira, 2004.

ROGERS, J. D. **A história dos aceleradores no Brasil.** Instituto de Física Glebtfataghin - UN I CAMP. Disponível em: http://www.iaea.org/inis/collection. Acesso em: agosto de 2016.

QUEIROZ, C. A. M. de. **Resumo jurídico de Direitos Humanos.** V. 22. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. **A defesa da saúde em juízo:** teoria e prática. São Paulo: Verbatim, 2009.

SAMPAIO, J. A. L. **Direitos fundamentais:** retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, T. S. G. F. **A política nuclear brasileira até 1964.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2007.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.**4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, I. W; FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** *In:* SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais:** orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCIER, P. **Direito Constitucional: anotações nucleares.** São Paulo: Juruá, 2001.

SILVA, J. A. Da. **Comentário contextual a constituição.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, J. A**. Curso de direito constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional.** 28ª ed. Rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, R. A. D. da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVEIRA, K. R. M da. **Doença preexistente nos planos de saúde.** São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, A. R.; BASTOS, C. R. **As tendências do direito público no liminar de um novo milênio.** São Paulo, 2000. apud: TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: 2 Ed. Método, 2006.

TIMM, L. B. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia.** *In:* SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais:** orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOCANTINS. **Tribunal de Justiça. Turma, 4. Apelação cível.** Improvimento. Ação civil pública. Fornecimento de medicamentos pelo estado. Dever constitucional de zelar pela saúde. Intervenção do judiciário nas políticas públicas. Possibilidade. Aplicação do princípio da reserva do possível. Descabimento. 1. A constituição federal ensina que a saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, razão pela qual o fornecimento de medicamentos à pessoa hipossuficiente é medida que se impõe. 2. A intervenção do judiciário nas políticas públicas é possível para viabilizar, aos cidadãos, o acesso aos bens cuja fruição tenha sido injustificadamente recusada pelo estado. 3. O princípio da reserva do possível não se opõe à efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que, com relação a estes, descabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. Ademais, tal princípio somente se aplica quando o poder público demonstra, de forma cabal, a impossibilidade de cumprir a obrigação. Apelante: Estado do Tocantins. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Luiz Aparecido Gadotti. Palmas. Disponível em http://www.tjto.jus.br. Acesso em 11 de junho de 2016.

TORRES, R. L. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** *In:* SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WANG, D. W. L. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** *In:* SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais:** orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WEICHERT, M. A. **Saúde e federação na Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VOLPATO, G. L.; BARRETO, R. **Elabore projetos científicos competitivos.** Botucatu: Santana, 2013.

ZANITELLI, L. M. **Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível.** *In:* SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.