

HUGO SOUZA VIDAL

DIREITO À SAÚDE

***O JUÍZO DE PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO ENTRE OS
CONFLITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO
DA SAÚDE PÚBLICA***

BRASÍLIA

2013

HUGO SOUZA VIDAL

DIREITO À SAÚDE

***O JUÍZO DE PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO ENTRE OS
CONFLITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO
DA SAÚDE PÚBLICA***

*Monografia de conclusão de curso
apresentada como requisito para obtenção
de bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Brasília - Uniceub.
Orientador: Prof. Fabrício Juliano Mendes
Medeiros.*

BRASÍLIA

2013

*Para a minha família, por todo o apoio,
carinho, atenção, bons momentos, educação
e pelo exemplo de vida que fazem de mim
hoje quem sou.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1º Capítulo - A SAÚDE COMO DIREITO DE 2ª GERAÇÃO E DEVER COMISSIVO POR PARTE DO ESTADO	7
1.1 - Direitos de primeira e segunda gerações	7
1.2 - Surgimento dos direitos sociais	14
1.3 - Direito á saúde como dever comissivo por parte do estado	20
2º Capítulo - INVESTIMENTO ESTATAL DE SAÚDE	25
2.1- Sistema Único de Saúde: surgimento, atribuições e obstáculos na efetivação.....	25
2.2- Impactos orçamentários na distribuição de renda para investimento e a judicialização	30
2.3- Participação dos entes federativos no provimento da saúde e a Emenda Constitucional nº 29/2000	35
3º Capítulo - O JUÍZO DE PONDERAÇÃO COMO INFLUÊNCIA AO PODER JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE SAÚDE E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	40
3.1 - Regras e princípios na solução entre conflitos individuais e coletivos: plano da abstração	40
3.2- A Judicialização do direito à saúde: uma reflexão acerca do conflito entre interesses individuais e coletivos	46
3.3- O Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde	53
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

Os acontecimentos modernos e contemporâneos da história da humanidade mostraram ao mundo que aos indivíduos é imprescindível a fixação de determinadas garantias que lhes assegurem viver com dignidade e pacificamente.

O corolário da dignidade da pessoa humana, mais do que doutrina constitucional, é sustentáculo da República Federativa do Brasil, inserto no artigo 1º da Carta Maior Brasileira, de modo que a certificação de uma vida digna sujeita-se à formulação e consolidação de prerrogativas basilares que em tempos passados não possuíam espaço dentro da realidade humana: Os direitos fundamentais.

Nesse contexto de clara instabilidade política, jurídica e econômica, geradora de intensa desigualdade social, diversas foram as nações que aderiram ao advento de uma norma fundamental superior a todas as outras, na qual restariam consignadas as disposições legais garantidoras dos direitos fundamentais.

A saúde é um exemplo de direito que ascendeu ao prestígio de norma fundamental no decorrer dos anos, passando, contudo, por diversas dificuldades até encontrar seu espaço no ordenamento constitucional. No Brasil, a saúde é considerada como direito social e tem previsão no artigo 196 da Constituição Federal da República de 1988, configurando-se como dever do Estado além de garantia inerente ao ser humano, mediante a criação de política sociais e de um sistema único descentralizado, regionalizado e hierarquizado cujo objetivo cinge-se no fornecimento isonômico e integral dos serviços de saúde a todos os indivíduos sem qualquer distinção.

Porém, é cediço que a positivação da saúde como direito fundamental do homem não foi o suficiente para a sua efetiva satisfação integral e universal. Após quase 25 anos da promulgação da Lei Fundamental de 1988, a atual realidade brasileira traduz-se numa imensa desigualdade no fornecimento de medicamentos e de serviços de saúde, diante de uma ineficiente máquina pública que, à despeito de editar devidamente as políticas públicas e sociais necessárias à respectiva consecução estatal de saúde, não consegue fornecer o atendimento universal como escopo da Constituição.

A típica função dos Poderes Legislativo e Executivo de proverem o *mínimo existencial* a toda a população não acompanha as incansáveis necessidades gerais dos indivíduos, haja vista a escassez de recursos públicos consubstanciada na *reserva do possível*. Diante desse

quadro e da crescente insatisfação pública, é inevitável a participação do Poder Judiciário na intervenção dos deveres atribuídos aos demais Poderes da República, garantindo a saúde aos demandantes em face da conhecida ineficiência da gestão pública. Nasce, portanto, a **judicialização** do direito à saúde.

Não se pretende com a presente monografia abarcar completamente o vasto campo das implicações socioeconômicas do direito à saúde, muitos menos encontrar soluções concretas para todos os problemas daí advindos. Pretende-se com este ensaio gerar reflexões acerca do tema ora em questão, com especial destaque à uma análise sucinta dos impactos orçamentários e financeiros da judicialização da saúde, bem como dar uma breve atenção aos aspectos principiológicos causadores dos conflitos entre interesses coletivos e individuais quando na intervenção do Judiciário no que diz respeito ao provimento do direito à saúde.

Para tal, é imprescindível adentrar, num primeiro momento, na verificação histórica do surgimento da saúde como direito social, vindo a ser considerada doutrinariamente como direito fundamental de 2ª geração, abordando seus aspectos e a principal característica dessa categoria de direitos, qual seja, a necessidade de serem garantidos positivamente mediante uma ação comissiva por parte do Estado.

Num segundo momento, far-se-á uma consideração às finanças gastas no fornecimento da saúde pelo Poder Público, de acordo com a sua conveniência distributiva de verbas públicas para este setor (com base em estudos feitos em artigos científicos e de alguns dados extraídos do site do Ministério da Saúde), além de considerar que o surgimento da judicialização da saúde também afeta as destinações orçamentárias.

Por último, haverá uma análise concisa do plano da abstração, fazendo-se uma ligação das colisões entre princípios atinentes ao direito à saúde com a sua judicialização, e um exame das características, preceitos, surgimento e atribuições do Sistema Único de Saúde. Também se dará azo, aqui, ao entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, em especial ao julgamento da Suspensão de Segurança nº 2.361 de Pernambuco.

Portanto, não se aspira ingressar minuciosamente no plano da abstração para entender o fenômeno da judicialização do direito à saúde, mas tão somente entender sinteticamente o juízo axiológico e de ponderação efetuado pelo Poder Judiciário no fornecimento da saúde como direito social (logo, dever comissivo por parte do Poder Público), e os impactos financeiros e orçamentários daí decorrentes.

1º Capítulo - A SAÚDE COMO DIREITO DE 2ª GERAÇÃO E DEVER COMISSIVO POR PARTE DO ESTADO

1.1 - DIREITOS DE PRIMEIRA E SEGUNDA GERAÇÕES

A ética coletiva é elemento basilar dos direitos fundamentais e não se estagna com o decorrer do tempo. Sua noção se altera com os acontecimentos históricos e com o desenvolvimento humano. A necessidade de uma vida digna é demandada em qualquer situação da existência do homem, merecendo, os seus valores, respeito, impondo-se o surgimento dos direitos humanos, propiciando condições de vida básicas com o objetivo de exercer todas as qualidades assim entendidas como essenciais para se viver dignamente. Intensifica-se no tempo o cerne dessa necessidade, exigindo, necessariamente, a formulação de novos direitos fundamentais.¹

O direito à saúde não foi inserido no rol dos direitos fundamentais do dia para a noite, bem como a esfera jurídico-estatal não aderiu esse seu atual caráter relevante de um momento para outro. O reconhecimento dos direitos fundamentais deriva de gerações dentro de uma ordem cronológica, que aparecem gradualmente na medida das premências do ser humano e em função da mutação das condições sociais.²

A saúde por muito tempo aguardou para ser elevada ao rol dos direitos sociais, bem este de importância significativa para a vida. No espeque do direito à vida, significa dizer que todos os indivíduos têm direito a tratamento médico na conformidade da lei e dentro das capacidades médicas em caso de doença, independentemente das condições econômicas de cada um, sob pena de violação a normas constitucionais.³

¹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 6ª. ed. Salvador: Editora JusPodvim. 2012. p. 613.

² JÚNIOR, *op. cit.*, p. 615.

³ SILVA, José Afonso da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 34ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 308.

Os direitos fundamentais têm caráter principalmente universal. São direitos subjetivos e o seu titular é o homem, consubstanciando razão suficiente para que possa o indivíduo exigir ações comissivas ou omissivas por parte do Estado.⁴

Os **direitos de primeira geração** são aqueles inerentes à liberdade, limitando a intervenção estatal e impedindo o Poder Público de interferir na esfera jurídica dos indivíduos. Como exemplo temos o direito de reunião, o direito à intimidade, da inviolabilidade de domicílio e etc. O ser humano apenas pelo fato de existir e de estar ligado socialmente a outros seres humanos, merece essencialmente a proteção da sua vida e da sua liberdade.⁵

O caráter liberal do Estado que vigia ao tempo do nascimento dos direitos de 1ª geração visava amparar os indivíduos do poder absolutista que violava a liberdade do homem, o que justificou o advento de tais direitos e, conseqüentemente, a transição Estado Liberal para o Estado Social. Segundo Paulo Bonavides⁶:

“[...] , deu-se o esgalhamento de rumos. Uns quiseram fazê-lo totalitário: os da direita, em harmonia com o capitalismo, malsucedidos; os da esquerda, mediante abolição do sistema capitalista, ainda em franco combate. Outros, os do lado de cá, desejosos de conservá-lo democrático, amparado na ideia de conciliação da personalidade com a justiça social.”

Os direitos de primeira geração foram os primeiros a receberem reconhecimento formal, através das normas de direitos humanos e do cidadão no século XVIII e das primeiras constituições positivadas emergentes no ocidente, como consequência das ideologias burguesas e liberais da época.⁷

A proposta inovadora do século XVIII, moldada pelas teorias da revolução francesa, pregava três princípios básicos dos direitos fundamentais, que guiaram toda a linha lógica do pensamento reformista, quais sejam, a liberdade, igualdade e fraternidade.⁸

⁴ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 7ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. p. 157.

⁵ CHIMENTO, *op. cit.*, p. 81.

⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2008. p. 63.

⁷ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 617.

⁸ BONAVIDES, Paulo. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p.562

Dessa forma, após as diretrizes revolucionárias emergirem, viu-se a necessidade de encontrar os caminhos que consistissem na positivação dos conteúdos norteadores da nova ideologia da universalidade de direitos no ordenamento jurídico e político.⁹ Os direitos de liberdade foram os primeiros a serem positivados, razão pela qual são os chamados direitos de primeira geração.¹⁰

Renomados juristas têm amplamente delimitado uma divisão classificatória dos direitos fundamentais, deparando-nos, assim, com direitos de primeira (liberdade), de segunda (igualdade) e de terceira gerações (fraternidade).¹¹ Há autores que consideram a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais¹², dentre eles estão Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, Noberto Bobbio, dentre outros.¹³

Cumprir observar que essa limitação dos direitos fundamentais em classes (ou gerações) tem o propósito unicamente de assentar a diversidade temporal que essas dimensões são acolhidas pelo ordenamento jurídico, dadas as peculiaridades de cada um e do momento em que surgem no decorrer da história.¹⁴

Conforme já salientado, os direitos de primeira geração foram os primeiros a terem previsão expressa em normatividade constitucional, e são os aclamados direitos de liberdades, direitos políticos e civis, inaugurando o constitucionalismo no ocidente.¹⁵

Nos dizeres de Maurício Caldas Lopes, esses são os direitos de defesa, sobre os quais o Estado abstém-se ao garanti-los aos indivíduos¹⁶:

"Os direitos de defesa implicariam deveres de abstenção e de respeito, por parte do Estado, às liberdades propriamente ditas, embora por vezes exijam deste também um dever de se ativar de modo a protegê-las ou assegurá-las, efetivamente, em face de terceiros."

Esses direitos passaram por uma ascensão dinâmica, pacificando-se os ordenamentos políticos e jurídicos quanto à matéria, ocorrendo por vezes eventuais regressões, de acordo

⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p.563.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 8ª ed. Brasília: Editora Saraiva. 2013. p. 137.

¹¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p.563.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 52-53.

¹³ LURCONVITE, Adriano dos Santos. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: Suas Dimensões e sua Incidência na Constituição. In: Ambito Jurídico, Rio Grande, X, n. 48, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528> Acesso em: 09 jul. 2013

¹⁴ MENDES, *op. cit.*, p. 138.

¹⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 563.

¹⁶ LOPES, Mauricio Caldas. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 26-27.

com as características de cada sociedade. Contudo, esclareceu-se a cada momento da sua marcha um caminho que parte do simples reconhecimento de suas formalidades para o plano do parcial progresso da sua concretude, até consensualmente aderir ao elenco normativo essencial das democracias.¹⁷

Essa efetiva jornada indica o surgimento de novidades no desenvolvimento do regime democrático de direito. Os direitos civis e políticos, de fato, já se universalizaram formalmente, inexistindo constituição digna desse nome que não os receba em sua amplitude.¹⁸

Dirley da Cunha Júnior corrobora a ideia até aqui proposta acerca do escopo da norma fundamental de primeira geração, que é, em síntese, proteger o indivíduo das garras do absolutismo com fulcro em ações negativas do Estado:

*"Esses direitos de primeira dimensão foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter "negativo" ou simplesmente "liberdades negativas". Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingestão nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades."*¹⁹

Porém, a preocupação estatal de não intervir na esfera individual não mais supria as necessidades humanas. A tarefa negativa reconhecida do Estado não supria certas carências dos indivíduos, culminando em disparidade dentro da sociedade. Os indivíduos, portanto, passaram a reivindicar por direitos não concretizados, surgindo, conseqüentemente, uma nova gama de direitos no espaço dos direitos fundamentais: **os direitos de segunda geração**.²⁰

Os direitos ditos de segunda geração têm como base a igualdade e o ápice da sua efetivação ocorreu em meados do século XX, passando a ser constitucionalmente previstos a partir do término da Segunda Guerra Mundial.²¹

¹⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p.563.

¹⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p.563.

¹⁹ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 617-618.

²⁰ MENDES, *op. cit.*, p. 137.

²¹ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 81.

Vicente de Paulo Barreto demonstra que os direitos sociais (categoria dos direitos fundamentais de 2ª geração) foram elevados ao mesmo grau de importância constitucional dos direitos fundamentais de 1ª geração²²:

"O constituinte ao listar os valores supremos do estado democrático de direito, considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial do regime que pretenderam estabelecer através da Constituição, e, portanto, pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos."

Eles prescrevem ao Estado a prestação de determinados serviços com o objetivo de promover a igualdade e diminuir os problemas sociais. Esses direitos tiveram apenas caráter de normas programáticas durante muito tempo, uma vez que demandam recursos para serem efetivados.²³

Nesse diapasão, os direitos de segunda geração foram perdendo gradualmente o caráter de norma programática como característica única, logrando índole de direitos subjetivos, que podem ser a qualquer momento exigidos do Estado, conforme leciona Fernando Capez:

"A aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais é recente, dando ao indivíduo direito subjetivo de exigir do Estado prestações positivas, como, por exemplo, o direito subjetivo da assistência à saúde (direitos de todos e dever do Estado, conforme dispõe o art. 196 da CF), independentemente de regulamentação por norma infraconstitucional. Os direitos à assistência social e à educação também estão incluídos entre os de segunda geração."²⁴

Esses direitos compreendem os direitos sociais, culturais, econômicos, dentre outros. Foram recepcionados nas mais distintas constituições ao redor do mundo, após surgirem das reflexões contra o liberalismo do século XX, forjados no princípio da igualdade.²⁵

Os mesmos foram fruto de profundos debates ideológicos, filosóficos e políticos. Além de aclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e no clássico constitucionalismo social-democrata de Weimar, prevaleceram na maioria das constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial.²⁶ Porém, a necessidade de recursos para o

²² BARRETO, Vicente de Paulo. REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 108.

²³ CHIMENTI, *op. cit.*, 82.

²⁴ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 82.

²⁵ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 564.

²⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564.

provimento comissivo desses direitos gerou, num primeiro momento, dúvida quanto à sua efetividade e um ciclo de baixa normatividade.²⁷

Foram, assim, alçados à categoria de normas programáticas, com base no raciocínio de que a eles não se poderia dar o mesmo tratamento oferecido aos direitos fundamentais de primeira geração. Passaram, então, por uma crise cujo fim aproxima-se com a aderência de constituições recentes, inclusive a brasileira, ao preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.²⁸

Com efeito, o Estado liberal não se importava com a vida econômica e social, preocupando-se tão somente com a política, sem dar muita atenção ao elemento humano. Conferia proteção às liberdades individuais apenas, omitindo-se em relação à subsistência humana de seus governados para que pudessem ter uma vida digna.²⁹

Durante o século XIX, mudanças relevantes na economia e na sociedade alteraram consideravelmente o contexto em que predominava o pensamento liberal. As intensas descobertas na ciência e suas implicações no surgimento de grandes empreendimentos durante a Revolução Industrial, formando os aglomerados urbanos, representam marcantes transformações na vida social e política dos Estados.³⁰

Assim, a doutrina do Estado Liberal inicia sua decadência no começo do século XX, com os diversos acontecimentos políticos e sociais que acarretaram no desequilíbrio do sistema capitalista, ensejando o surgimento de uma nova ordem jurídico-econômica, de acordo com as lições de Dirley da Cunha Júnior:

"Inúmeras transformações foram inseridas nas estruturas política e econômica da sociedade, transformações estas que se aceleram a partir da Primeira Guerra Mundial, porque antes dela já se vinham processando e motivando as mais variadas manifestações justificadoras da conformação da ordem social pelo Estado, fruto da reação contra o Estado Liberal. Esta foi determinada por vários fatos que, em síntese, podem ser assim exemplificados: os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, ao invés do equilíbrio automático da oferta e da procura; a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário, diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos; e, aproveitando-se das facilidades que lhes eram dadas pelo regime de

²⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564.

²⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564.

²⁹ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 619.

³⁰ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 619.

*iniciativa privada, sem o devido controle por via de qualquer regulamentação, os fortes oprimiam os fracos”.*³¹

A liberdade já era garantia reconhecida ao homem, mas não era o suficiente, em virtude de graves problemas sociais, demandando o indivíduo, assim, amparo estatal para lhe assegurar seu desenvolvimento na sociedade e uma vida digna.³²

Assim, estava clara a imprescindibilidade da intervenção estatal nas relações sociais entre os indivíduos. Nessa ocasião, surge o Estado do Bem-Estar Social, que preconiza a justiça social e intervém na sociedade para que os direitos sociais e econômicos sejam garantidos de maneira ampla e universal. Suas ações passam a ser positivas em prol do desenvolvimento socioeconômico, longe de uma atitude passiva e indiferente como costumava ser.³³

Portanto, os direitos de segunda geração surgem com a sucumbência do Estado Liberal e o nascimento do Estado Social, caracterizado por assegurar ao indivíduo prestações sociais comissivas, como por exemplo a saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras³⁴, visando reduzir substancialmente as desigualdades sociais e econômicas decorrentes dos acontecimentos históricos delineados, que obstavam a efetividade da dignidade humana.³⁵

No Brasil, essa transformação começa a ocorrer por volta da década de 30, momento em que o país organizou-se de modo a alterar o tradicional quadro dos direitos fundamentais de 1ª geração. Nessa linha demonstra Gilberto Bercovici³⁶:

“A etapa decisiva de constituição do Estado brasileiro ocorre a partir da revolução de 1930. As tarefas a serem enfrentadas eram inúmeras: a centralização e unificação do poder estatal, a “estatização das relações sociais”, um dos vários seguimentos da sociedade passaram a buscar o Estado como o locus privilegiado para garantir ou ampliar seus interesses, a intervenção econômica minimamente planejada, a construção de um aparelho burocrático-administrativo, etc. Destaque deve ser dado à simultaneidade de questões colocadas em um curto espaço de tempo para o Estado brasileiro, ligadas à construção de um Estado nacional e de um Estado intervencionista, com estrutura institucionais típicas do capitalismo avançado. E esta simultaneidade explica, historicamente, muitos avanços e continuidades na estrutura estatal brasileira.”

³¹ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 620.

³² JÚNIOR, *op. cit.*, p. 620.

³³ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 621.

³⁴ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 621.

³⁵ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 623.

³⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmiento, Daniel. DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2008. p. 26.

Posteriormente surgiram os **direitos fundamentais de terceira geração**, caracterizados pela proteção não apenas do homem individualmente, mas sim por uma titularidade difusa, coletiva e fraterna. São exemplos de direitos de terceira geração o direito à paz, à conservação do patrimônio histórico e cultural ao meio ambiente e etc.³⁷

Cumprir observar que o objeto de amparo desses direitos de terceira geração abrange a coletividade, os direitos difusos, ao contrário dos direitos de segunda geração que, segundo as características da primeira geração de direitos fundamentais, abarca a pessoa individual, conforme ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet³⁸:

"A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho "positivo" possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira geração, também os direitos sociais [...], se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão."

Há autores que consideram a existência de uma **quarta geração de direitos** fundamentais. Estes são baseados na globalização dos direitos fundamentais, em âmbito internacional, como por exemplo o direito à democracia, à informação e outros.³⁹

A evolução dos direitos fundamentais não se exaure como se aqueles existentes suprissem todas as necessidades humanas. A mudança de gerações dos direitos fundamentais apenas tenta acompanhar a mudança da sociedade, na medida em que novas garantias devem ser asseguradas aos indivíduos em cada momento histórico com características próprias. Importante ressaltar que uma nova geração não exclui direitos anteriormente reconhecidos, não sendo estes superados por outros que posteriormente venham a surgir.⁴⁰

1.2 - SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

O direito à saúde, com o advento da Constituição da República pátria, subiu à condição de direito fundamental, havendo previsão no Capítulo II - "Dos Direitos Sociais" do Título II - "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". A mesma atenção foi conferida à

³⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 137-138.

³⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 50.

³⁹ SARLET, *op. cit.*, p. 52-53.

⁴⁰ MENDES, *op. cit.*, p. 138.

educação, à moradia, ao trabalho, à segurança, ao lazer, à previdência social e aos demais direitos previstos no artigo 6º do Texto Maior.⁴¹

Historicamente, o estabelecimento dos direitos sociais ocorreu no âmbito do modelo liberal vigente nos séculos XVIII e XIX, no qual se processaram o desenvolvimento tecnológico e as mudanças dos processos de produção surgidos na Revolução Industrial.⁴²

As lutas pelos direitos sociais destacou-se no século XX, após as duas grandes guerras mundiais. Esses grandes eventos resultaram, dentre outros males, em doença para um número indeterminável de pessoas, demonstrando que havia a necessidade de algo a mais além da liberdade para se viver de forma digna em sociedade. Para tanto, eram necessárias ao homem condições econômicas básicas que lhe proporcionassem o desenvolvimento pleno sob os aspectos sociais, educacionais, culturais e etc.⁴³ Assim, os direitos sociais surgiram como tentativa de amortecimento de profundas desigualdades sociais em momentos de crise instauradas no período pós-guerra.⁴⁴

Sobreveio internacionalmente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e adotada por vários países do mundo.⁴⁵ Essa declaração deu ênfase tanto aos direitos individuais como aos direitos sociais, oferecendo à igualdade e à dignidade da pessoa humana a mais alta posição dentro da hierarquia dos direitos.⁴⁶

A nova concepção de direitos fundamentais com o aparecimento dos direitos humanos veio a afetar a relação entre o Estado e seus governados, ao olhar de Dimoulis e Martins⁴⁷:

"Essa evolução contrapõe-se à validade do princípio do relacionamento binário entre o Estado e o indivíduo que governa a concepção tradicional dos direitos fundamentais. A introdução dos sujeitos do direito internacional e principalmente das organizações internacionais nessa relação torna mais complexas as questões do exercício e da garantia dos direitos fundamentais, vinculando-os a uma nova discussão e negociação do princípio da soberania nacional."

⁴¹ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À SAÚDE. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011. p. 49.

⁴² MEDEIROS, *op. cit.*, p. 49.

⁴³ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁴ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 759.

⁴⁵ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁶ CHIMENTI, *op. cit.* p. 158.

⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 35.

Os direitos sociais e os direitos trabalhistas são fruto da mesma luta no plano histórico. Fernando Capez expõe que:

*"A Declaração de Direitos de 1793 previa que "os socorros públicos são uma dívida sagrada" e que a sociedade devia proteção 'aos cidadãos infelizes', dando-lhes trabalho, ou assegurando meios de sobrevivência aos que não pudessem trabalhar."*⁴⁸

A luta de classes levou à conquista dos direitos sociais e ao combate do liberalismo clássico, criando-se o *Welfare State* - Estado de Bem-Estar.⁴⁹

Ao tempo em que a condição social da classe operária se agravava, o capitalismo crescia exponencialmente na Europa e nos Estados Unidos da América. O incentivo da livre concorrência do mercado era incompatível com a intervenção do Estado, desenvolvendo-se o capitalismo sem limitações e sem qualquer consideração as questões sociais. A riqueza originária do sistema concentrava-se na propriedade da minoria.⁵⁰

Fernando Capez descreve a situação do trabalhador inserido na realidade brasileira como consequência do liberalismo, que desprovido de aparato legal para o proteger se submetia a condições desprezíveis de trabalho com remunerações insignificantes:

*"Sem amparo do Estado, tirado pelo liberalismo, a situação do trabalhador se agravou com a extinção das corporações de ofício, o que no Brasil se deu pelo art. 179, n. 25, da Constituição do Império, de 1824. A mão de obra braçal, por seu turno, perdia terreno com o progresso tecnológico dos equipamentos industriais, trazidos pela Revolução Industrial. O trabalho passou a ser, assim, mercadoria sujeita às leis do mercado, e a mão de obra desempregada sujeitava-se à lei da oferta e da procura, com o barateamento dos salários. A grave situação econômica e social trouxe para o mercado de trabalho a mão de obra de mulheres e crianças, sem que houvesse proteção legal para esses trabalhadores. Os que tinham emprego também não contavam com a proteção do Estado em relação à salubridade do ambiente de trabalho."*⁵¹

O ápice da diferença entre as classes sociais ocorreu no final do século XIX. Enquanto no patrimônio de poucos concentrava-se a maior parte da riqueza, na contra mão havia uma crescente miséria da classe operária que ameaçava o sistema capitalista.⁵²

⁴⁸ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁹ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁰ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 160.

⁵¹ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 160-161.

⁵² CHIMENTI, *op. cit.*, p. 161.

A universalidade passou a ser a principal característica com o surgimento dos direitos sociais e, conseqüentemente, do Estado Social, conferindo direitos ao ser humano independentemente da posição ou classe social que o indivíduo fizer parte.⁵³

Dessa forma, uma das bases dos direitos sociais é a igualdade, acarretando na ideia de universalidade dos direitos fundamentais. A liberdade individual do homem não era mais garantia suficiente de vida em sociedade, de modo que a dignidade do homem necessitava de afirmação dentro da comunidade, garantindo-se direitos de ordem econômica, cultural e educacional.⁵⁴

É possível verificar a expressão positiva da universalidade dos direitos fundamentais na Carta Maior. Primeiramente, o art. 1º prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático como regime de direito. Em segundo lugar, o art. 5º, em seu § 2º dispõe o seguinte⁵⁵:

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".⁵⁶

A Constituição, em seu art. 194, II, esclarece que a universalidade é a fortaleza dos direitos sociais. Ela garante a igualdade de fornecimento dos benefícios às camadas urbanas e rurais, o que não ocorria anteriormente, em que as garantias ao trabalhador urbano não eram asseguradas ao trabalhador rural.⁵⁷

Nesse diapasão, diferentemente dos direitos fundamentais de 1ª geração os quais são garantidos mediante omissão estatal, os direitos sociais demandam ação positiva para assegurá-los, conforme leciona José Afonso da Silva:

"Assim, podemos dizer que os direitos 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. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos

⁵³ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 157

⁵⁴ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 157-158

⁵⁵ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 159

⁵⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr.2013.

⁵⁷ CHIMENTI, *op. cit.*, p. 159.

individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade."⁵⁸

Portanto, segundo Fábio Konder Comparato, com a emancipação dos direitos sociais torna-se evidente a aplicação de instrumentos garantidores desses privilégios:

*"fundados no princípio da solidariedade humana, os direitos sociais foram alçados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, dependentes, entretanto, de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres."*⁵⁹

No Brasil, conforme preconiza a Constituição da República de 1988 em seu artigo 196 e de acordo com as lições de Fábio Konder supramencionadas, a saúde é garantida por políticas públicas que visam o acesso universal e igualitário aos seus serviços e insumos médicos.

O Sistema Único de Saúde (SUS), conforme dispõe o artigo 198 da Lei Maior, é o instrumento estatal encarregado de organizar uma rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a descentralização de competência, porquanto deve-se respeitar ao atendimento integral à comunidade (à qual é garantida a plena participação) em todas as esferas federativas.⁶⁰

Vale destacar que atualmente a conceituação de saúde é compreendida mundialmente mais do que a plena condição física, desprovida de doenças. Engloba também a qualidade psicológica e o bem-estar, conforme demonstra Fabrício Juliano Mendes Medeiros⁶¹:

"[...] , nos últimos anos, a Organização Mundial de Saúde (OMS) vem ampliando significativamente a noção de saúde. Daí por que já não se admite que ela tão somente assegure a ausência de enfermidades, uma vez que também deve garantir qualidade de vida, ou seja, completo estado de bem-estar físico, mental e social. Aliás, o próprio texto constitucional, ao inaugurar o Título VIII – Da ordem Social, no qual se insere o Capítulo II – Da seguridade Social, estabelece que a

⁵⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 286-287.

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. ENSAIO SOBRE O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS. In: Revista de Informação Legislativa, nº 138, abril/junho, 1998, p. 39-48.

⁶⁰ "Constituição Federal: 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: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade."

⁶¹ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 56.

ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.”

A Carta Magna traz um rol taxativo das prerrogativas do SUS como instrumento de orientação à consumação de seus encargos, senão vejamos:

"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”

Infere-se do dispositivo constitucional supracitado, portanto, que as mais variadas atividades concernentes ao provimento de saúde, tais como fornecimento, manutenção, organização, controle, fiscalização e etc de insumos e serviços de saúde são atribuídas ao Sistema Único de Saúde.

A todos os entes da federação cabem parcelas de atribuições no provimento da saúde. À título de ilustração, houve no âmbito do Governo Federal a criação do Conselho Nacional de Saúde (CNS)⁶², ao qual atribuiu-se, dentre outros papéis, a articulação, sobretudo econômica, de projetos de gestão e cumprimento da Política Nacional de Saúde, a formulação

⁶² BRASIL. Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm>. Acesso em: 16 abr. 2013.

dos planos de transferência financeira aos demais entes políticos do SUS, o acompanhamento da evolução tecnológica e científica do setor da saúde e etc.⁶³

Não obstante, a Constituição Federal da República de 1988 estabelece que o cuidado com a saúde é dever comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Desse modo, há previsão na Lei Fundamental de atribuições legislativas entre todos os entes da federação de maneira concorrente, o que apenas consolida o ônus global presente na estrutura política do Brasil no que se refere à saúde.⁶⁴

Logo, o Estado tem o poder-dever de propiciar os direitos sociais oriundos da constituição aos indivíduos, achando-se o direito à saúde na relação dos privilégios indispensáveis, em detrimento do seu caráter ir além das configuração de direitos sociais, elevando-se ao grau de direitos fundamentais.

1.3 - DIREITO À SAÚDE COMO DEVER COMISSIVO POR PARTE DO ESTADO

A Constituição da República foi a primeira Lei Maior brasileira a elevar a saúde à categoria de direito fundamental, cuja importância funda-se mais do que no tratamento e na recuperação de enfermidades, mas também em evitar a contração de doenças mediante redução de riscos⁶⁵.

Esses direitos são caracterizados pela conduta positiva, com o objetivo diverso daqueles de 1ª geração que pregavam o não acometimento estatal na esferas de liberdades do homem, mas por outro lado demandam o seu desempenho para amparar os constantes surgimentos das necessidades do indivíduo. O Estado é devedor do ser humano e a ele se sujeita diante do panorama dos direitos de 2ª geração que consagram a prestação em favor dos indivíduos, credores nessa relação.⁶⁶

Os direitos fundamentais de 2ª geração (rol o qual insere-se o direito à saúde) demandam tratamento diversificado. Enquanto que a liberdade é garantida mediante a negativa estatal, a saúde requer que a Administração Pública seja impositiva. Teoricamente

⁶³ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁴ AITH, Fernando Mussa Abujamra. TEORIA GERAL DO DIREITO SANITÁRIO BRASILEIRO. 2006. 2 v. Tese (Doutorado) - Universidade De São Paulo, São Paulo, 2006. p. 399-400.

⁶⁵ MENDES, *op. cit.*, p. 623.

⁶⁶ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 623.

falando, a sociedade obriga que o Estado forneça efetivamente os proventos médicos que atestem a saúde da maneira que o constituinte originário previa. Conforme leciona Guilherme Braga Peña de Moraes⁶⁷:

*"Quanto à prestação do Estado, os direitos fundamentais são fracionados em duas espécies: positivos e negativos. [...] Os negativos determinam um **non facere** ou uma prestação negativa por parte do Estado. [...] Ao contrário, os positivos estabelecem um **facere** ou prestação estatal positiva."*

Portanto, a saúde demanda um "*facere*" do Estado, um ato positivo. Para que não se abstenha, o Poder Público precisa "*fazer*" mediante uma conduta comissiva, ao passo que o "*non facere*" se consubstancia numa atitude omissiva por parte do Estado, um "*não fazer*".

Anteriormente, as normas primavam pela abstenção das autoridades para garantirem direitos fundamentais, tendo em vista que era essa a melhor compreensão constitucional do seu tempo, prevendo que no momento em que o Estado era impedido de intervir nas liberdades do cidadão a justiça estaria sendo feita. Mais do que a ação negativa do Estado, atribuía-se ao Poder Público garantir que terceiros não postergassem as esferas jurídicas dos seus governados, conforme exposto em obra de Guilherme Braga Peña de Moraes⁶⁸ acerca da garantia dos direitos fundamentais:

"[...], não basta, ao Estado, abster-se de invadir a esfera de liberdade própria de seus titulares, mas também compete, ao organismo estatal, assegurar a inviolabilidade dos mesmos, posto que a eficácia dos direitos fundamentais abrange as relações entre particulares."

Os direitos de liberdade (negativos) surgiram contrariamente ao absolutismo das autoridades e como limitadores do poder. De outro lado, requer-se para a efetividade dos direitos sociais (positivos) uma interpretação *a contrario sensu*, ou seja, a amplificação das competências práticas do Estado.⁶⁹

Para Norberto Bobbio⁷⁰, o desenvolvimento da prática e da teoria dos direitos do homem seguiu uma vertente da multiplicação, vertente esta que ocorreu de três modos:

"a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na

⁶⁷ MORAES, Guilherme Braga Peña de. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: Contribuição para uma teoria. São Paulo: Editora LTr. 1997. p. 172.

⁶⁸ MORAES, *op. cit.*, p. 172.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. A ERA DOS DIREITOS. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 66-67.

⁷⁰ BOBBIO, *op. cit.*, p. 63.

especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente e etc."

Para ele,⁷¹ no primeiro processo (alínea "a") ocorreu a passagem dos direitos fundamentais de 1ª geração para os direitos fundamentais de 2ª geração, quando a atuação negativa do Estado cedeu espaço para a prática positiva:

"Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade - das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. - para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado."

É evidente a lição de Robert Alexy ao tratar da ação positiva do Estado. O jurista nomeou de "*protective rights*" (direitos de proteção) aqueles direitos que o Estado garante ao indivíduo mediante um comportamento comissivo e que não adentram nas esferas jurídicas não é mais o suficiente.⁷²

Portanto, incumbe ao Estado se preparar para possibilitar a efetiva aplicabilidade das garantias fundamentais, além de somente não intervir no plano das liberdades pessoais. É indispensável a implementação das condições jurídicas de proveito populacional das liberdades por intermédio do Estado, e não somente a garantia da liberdade perante o Estado, de maneira que os indivíduos ajam com autonomia apenas, pois o homem é dependente de uma postura ativa do Poder Público.⁷³

Para Robert Alexy, a ação positiva do Estado veio como consequência do advento dos direitos constitucionais que tiveram expressiva expansão na Alemanha, não restringindo-se a este país. Para esse jurista alemão, três são os aspectos que caracterizaram a origem dos direitos constitucionais alemães. Primeiramente, Alexy cita a significativa influência e onipresença desses direitos que vão além da relação entre administração e administrados.⁷⁴:

"First, constitutional rights have gained influence that goes far beyond the relation between the citizen and the state. They have acquired a "radiating effect" over the entire legal system. The result is the ubiquity of constitutional rights."

Dessa perspectiva, interpreta-se que os direitos constitucionais adquiriram efeito que vão além do sistema legal. Sua presença encontra-se em qualquer lugar, sempre primando

⁷¹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 63-64.

⁷² ALEXY, *op. cit.*, p. 3.

⁷³ MENDES, *op. cit.*, p. 614.

⁷⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 1-2.

qualquer aplicação de norma diversa. Em seguida, ele faz considerações acerca da vinculação entre os direitos constitucionais e o princípio da proporcionalidade⁷⁵:

"Second, constitutional rights have been intrinsically tied to the principle of proportionality. The applicability of this principle presupposes that constitutional rights have the structure of principles or optimization requirements. Owing to this structure, ubiquity is combined with optimization"

Alexy afirma que os direitos constitucionais estão intimamente ligados ao princípio da proporcionalidade, pois pode-se fazer uma ponderação de prevalência entre princípios em caso de conflitos. Nesse deslinde, a onipresença marcada pela influencia dos direitos constitucionais aliada ao vínculo com o princípio da proporcionalidade pressupõe a aplicabilidade da otimização. Assim, a ideologia dos clássicos direitos liberais negativos cede espaço aos direitos positivos do Estado⁷⁶:

"Third, the subject-matter of constitutional rights has been considerably expanded over and above that of the classical liberal rights. The subject-matter of the classical liberal rights consists only of negative state action or omission. To this, rights to positive action on the part of the state have been added."

Os chamados *"defensive rights"*, ou os tradicionais direitos negativos marcados pela omissão estatal do liberalismo, abre margem ao surgimento de disposições constitucionais que exigem a participação comitativa estatal, baseados no tripé onipresença, otimização e o direito.⁷⁷ Portanto, os direitos de defesa impõem ao Estado uma abstenção, sem alterar a condição de um indivíduo e garantindo as liberdades, de modo que os direitos prestacionais visam proteger o ser humano materialmente com o proveito dos aparatos imprescindíveis à efetivação dessas liberdades, mediante desempenho comissivo do Poder Público na sociedade civil.⁷⁸

Teoricamente, o tratamento do direito à saúde não é diferente. A Lei Maior estabelece, no seu artigo 196, as diretrizes basilares e dispõe acerca das atribuições gerais, ficando a sua efetivação atrelada ao advento de políticas públicas:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

⁷⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁸ MENDES, *op. cit.*, p. 159.

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

O artigo 198 prevê a criação de um sistema único, descentralizado e hierarquizado garantidor da saúde, e que tem como fundamentos:

"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:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

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

III - participação da comunidade."

O Sistema Único de Saúde (SUS) cinge-se numa organização regionalizada, descentralizada e hierarquizada à qual compete o provimento da saúde em sentido amplo e com atendimento integral, onde a participação da comunidade torna-se fundamental. É o instrumento utilizado pela Administração Pública no fornecimento da saúde em todos os entes federados do país.⁷⁹

⁷⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 624.

2º Capítulo - INVESTIMENTO ESTATAL DE SAÚDE

2.1- SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: SURGIMENTO, ATRIBUIÇÕES E OBSTÁCULOS NA EFETIVAÇÃO

O êxito dos direitos sociais e o desempenho dinâmico do Estado no fornecimento desses direitos na história do Brasil ocorreu gradativamente, acompanhando o caminho percorrido de democratização das últimas décadas. Os três poderes passaram a atuar concomitantemente no intuito de efetivar as garantias fundamentais de modo mais intenso, inclusive com decisões judiciais que determinam ao Poder Público prestar individual e excepcionalmente os direitos subjetivo inerentes ao cidadão.⁸⁰

A partir daí, há pontos a serem suscitados de enorme relevância para a efetivação desses direitos, provocando-se dúvidas que vão além do plano teórico e da previsão programática das normas constitucionais atinentes ao direito à saúde. É indispensável para a efetivação desse direito estabelecer a forma de garantia para toda a população; prever a situação orçamentária dos entes federados visando o fornecimento e até onde o Poder Judiciário obedece o financiamento de saúde pública nos casos de judicialização; de que maneira são distribuídas as receitas destinadas à prestação de saúde e etc.⁸¹

Há casos mais graves os quais tornam as decisões judiciais que determinam a prestação de saúde do Estado absolutamente razoáveis, pois objetivam, conseqüentemente, a proteção da vida dos indivíduos. Contudo, ao autorizar a prestação de saúde para casos específicos, abre-se margem também aos casos mais simples, causando uma violação ao princípio da equidade, descaracterizando, ainda, a prioridade de atendimento público coletivo.⁸²

A Constituição Federal de 1988 prevê a saúde como direito fundamental e como dever do Estado, que deve garanti-la universalmente e de maneira igualitária. A saúde é baseada nos

⁸⁰ LOVATO, Luiz Gustavo. A PROTEÇÃO À SAÚDE NO BRASIL: Aspectos Sociais, Econômicos e Políticos. In: ASSIS, Araken de (Coord.). ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO E DO DIREITO À SAÚDE. 1ª. ed. Porto Alegre: Notadez Informação Ltda. 2007. p. 114.

⁸¹ LOVATO, *op. cit.*, p. 114.

⁸² LOVATO, *op. cit.*, p. 114.

princípios de isonomia e da equidade e deve ser fornecida comissivamente por parte do Poder Público e de maneira suficiente que garanta ao cidadão viver de maneira digna.⁸³

Além da Carta Maior de 1988, a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde - LOS), norma esta que prevê como se dará a organização dos serviços de saúde em todo o território nacional, suas promoções, a execução de ações e etc, deu mais força aos direitos sociais.⁸⁴

Com base nessa lei, instituiu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), cujo objetivo cinge-se na constituição do complexo das atividades de prestação dos serviços de saúde a serem fornecidos pelas Administrações direta e indireta de todos os entes federativos do Poder Público, conforme previsão do artigo 4º da referida lei⁸⁵. Objetiva-se descentralizar e regionalizar a competência de efetivação do direito à saúde entre Estados, Municípios, União e Distrito Federal, e intensificar a participação direta da população, nos ditames da Lei nº 8.142/90 que regulamenta a cooperação comunitária na administração do SUS e as movimentações financeiras entre governos no provimento da saúde.⁸⁶

A Constituição Federal de 1988 optou pela participação em âmbito nacional da efetivação dos direitos sociais, aposentando o ideal centralizador que vigia na normatividade constitucional antiga relativo ao provimento do direito à saúde.⁸⁷ Seu artigo 200 prevê as competências do SUS com previsão das ações e dos serviços de saúde no território nacional.⁸⁸

A LOS, (comumente chamada de Lei do SUS, por tê-lo instituído) confirma a saúde como dever do Estado, com a edição e efetivação de políticas públicas que a assegurem, bem como ratifica a saúde como direito fundamental, apoiando a promoção do princípio da equidade e proporcionando acesso dos serviços a todos os cidadãos de uma forma geral.⁸⁹ Qualquer pessoa que se considere prejudicada, ressalvadas as exceções e apoiadas no direito de petição constitucionalmente previsto (artigo 5º, inciso XXXIV)⁹⁰, pode demandar seus

⁸³ LOVATO, *op. cit.*, p. 114-115.

⁸⁴ LOVATO, *op. cit.*, p. 114-115.

⁸⁵ "Lei nº 8080/90: Art. 4º O 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, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)."

⁸⁶ LOVATO, *op. cit.*, p. 117-118.

⁸⁷ LOVATO, *op. cit.*, p. 119-120.

⁸⁸ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. DIREITO DA SAÚDE: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos. 1ª. ed. São Paulo: LTr. 1999. p. 62.

⁸⁹ LOVATO, *op. cit.*, p. 120.

⁹⁰ "Constituição Federal: Artigo 5º: [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"

direitos perante o Estado, inclusive o direito à saúde que é um direito subjetivo que deve ser fornecido.⁹¹

Corroborar-se o tema trazendo à baila clara e breve reflexão de Gilmar Mendes que resume em linhas gerais as atribuições do SUS⁹²:

"Pelo caráter regionalizado do SUS, a competência para cuidar da saúde foi definida como comum dos entes da federação. O art. 23, II, da Constituição, prevê que União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade."

Portanto, a efetivação e o amparo à saúde foram atribuídos a todos os entes em todas as esferas de governo, em conformidade com a descentralização prevista na LOS, havendo possibilidade de participação da iniciativa privada de maneira supletiva.⁹³ Há disposição acerca das atribuições administrativas do SUS em âmbito federal, estadual e municipal, cabendo ao município cooperar com a elaboração e organização junto ao estado da cadeia regionalizada e hierarquizada do SUS, respondendo, ambos os entes, solidariamente.⁹⁴

A descentralização da prestação dos serviços de saúde bem acarretou na maior atenção de investimento financeiro dos municípios, havendo previsão legal do mínimo da verba municipal a ser destinada ao provimento da saúde. A Lei Complementar nº 141 de 2012 (que regula a Emenda Constitucional nº 29/2000) dispõe em seu artigo 7º que os municípios⁹⁵ devem investir pelo menos 15% da arrecadação de impostos e recursos especificados pela Constituição Federal na área da saúde.⁹⁶

Ao estado compete descentralizar e fornecer apoio financeiro aos municípios atinentes às ações de saúde, bem como prestar arrimo complementar, acompanhando e respeitando a hierarquização do SUS.⁹⁷

O sistema brasileiro de saúde pública, de abrangência nacional, demanda financiamento e previsão orçamentária exorbitante, razão pela qual levou o constituinte

⁹¹ SCHWARTZ, Germano. DIREITO À SAÚDE: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 123

⁹² MENDES, *op. cit.*, p. 625.

⁹³ LOVATO, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁴ LOVATO, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁵ "Lei Complementar nº 141/2012: Art. 7º: Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal."

⁹⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 625-626.

⁹⁷ LOVATO, *op. cit.*, p. 121.

derivado a editar também a Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000, que prevê investimentos mínimos reservados aos fornecimento de saúde.⁹⁸

Dessa forma, infere-se que as competências atribuídas ao SUS são complexas e diversificadas, gerando preocupação quanto ao efetivo fornecimento dos serviços de saúde e comprometendo o atendimento integral e igualitário, conforme reflexão do Professor Fabrício Medeiros⁹⁹:

"Daqui já se deduz que não são poucos os objetivos que devem ser cumpridos pelo Poder Público, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS). Mais: não há como negar a acentuada complexidade e marcante diversidade de ações e prestações a cargo do Sistema Único de Saúde, as quais bem revelam a preocupação do legislador com os aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde. Tanto assim que, ao tratar das diretrizes que norteiam o SUS, a Lei nº 8.080/90 previu que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS devem ser desenvolvidos em obediência ao princípio da integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema."

A troca do sistema que vigia pela antiga Constituição para o novo sistema exaustivamente detalhado nos parágrafos antecedentes acarretou num arranjo que imputa ao Estado a árdua missão de proteger e garantir acesso universal, integral e igualitário aos indivíduos.¹⁰⁰

No caso do direito à saúde (garantido mediante ação estatal comissiva), o seu fornecimento fica à mercê das condições econômicas em razão do embate entre a escassez limitada de recursos e a necessidade ilimitada do ser humano. São consideravelmente elevadas as despesas com direitos sociais e seus provimentos possuem caráter contínuo, devendo levar em conta a realidade do Poder Público e as circunstâncias econômicas. Portanto, é imperioso estabelecer prioridades de investimento.¹⁰¹

Os investimentos e o fornecimento encontram dificuldades pois são determinados mediante a instituição de políticas públicas que prevêm alocações e distribuições das verbas

⁹⁸ MEDEIROS, *op. cit.*, p.78.

⁹⁹ MEDEIROS, *op. cit.*, 76.

¹⁰⁰ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰¹ SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos; JÚNIOR, Faustino da Rosa. OS DIREITOS DA PESSOA HUMANA NA CRFB DE 1988: Os Direitos Sociais Podem ser Pleiteados Individualmente via Procedimento Judicial?. In: ASSIS, Araken de (Coord.). ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO E DO DIREITO À SAÚDE. Porto Alegre: Notadez Informação Ltda. 2007. p. 85

públicas para a área de saúde, recursos estes escassos que, para dificultar ainda mais a vida da Administração Pública, aliam-se à constante evolução e mudança da medicina que sempre oferta novos medicamentos, descobre novas doenças e etc.¹⁰²

Nessa linha de raciocínio, o direito à saúde sujeita-se a um instrumento prático de limitação do desempenho estatal: O princípio da reserva do possível, o qual exige manejo adequado dos recursos públicos.¹⁰³

A ineficiência estatal quanto ao provimento da saúde também reside na faceta política de instituição das políticas públicas de efetivação do direito, conforme preconiza o artigo 196 da Constituição Federal. O efetivo cumprimento dos ditames constitucionais atinentes à saúde sedimenta-se na vontade estatal de implementar as políticas sociais e econômicas como instrumentos satisfatórios de realização dos direitos sociais.¹⁰⁴

A dependência do desejo político de instituição de políticas públicas eficazes combinada com a natureza prestacional e contínua dos direitos sociais e a escassez de recursos dificultam o alcance à efetivação, conforme análise de Dirley da Cunha Júnior¹⁰⁵:

"Embora reconhecidos e positivados em normas constitucionais, os direitos de segunda dimensão tiveram inicialmente eficácia duvidosa, em face mesmo de sua função de exigir do Estado certas prestações materiais, nem sempre realizáveis, por falta de vontade política ou até mesmo de meios e recursos. Assim, o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos, quais sejam: acesso à saúde, educação, assistência e previdência sociais, ao trabalho, etc."

Dessa forma, o cidadão que se considera lesado em relação ao direito subjetivo da saúde diante da ineficiência estatal não pode se ver prejudicado face à omissão do Poder Público, abrindo margem ao Poder Judiciário para apreciação desse impasse. Tal afirmação é característica do atual constitucionalismo, ou seja, é atribuído ao Judiciário a apreciação de eventual lesão aos direitos fundamentais como postulado do Estado Democrático de Direito, surgindo, à vista disso, a judicialização do direito à saúde.¹⁰⁶

¹⁰² MENDES, *op. cit.*, p. 623.

¹⁰³ SEVERO, *op. cit.*, p. 86-87.

¹⁰⁴ SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 156-158.

¹⁰⁵ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 623.

¹⁰⁶ SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 162-163.

2.2- IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS NA DISTRIBUIÇÃO DE RENDA PARA INVESTIMENTO E A JUDICIALIZAÇÃO

Para que o Estado invista em saúde ou qualquer outra política pública, em primeiro lugar é essencial a aquisição de recursos. O retorno dos gastos efetuados pelo Poder Público depende em muitos casos do investimento em setores que por vezes não é prioritário ao mínimo existencial, e isso por um lado representa um prejuízo a uma parcela populacional mas que por outra perspectiva se atinge uma das finalidades a que os recursos se reservam.¹⁰⁷

O importante de se captar com essa observação é que o direito à saúde (como direito social de 2ª geração e, logo, exigível mediante ato estatal comissivo) submete-se ao contexto real do orçamento do Poder Público. É preciso optar por diversas alternativas, todas com mesmo grau de relevância social, mas que partindo da ideia de prioridade em face da escassez, implica-se em restringir a consolidação de direitos sociais em casos específicos apoiada nos limites financeiros práticos.¹⁰⁸

É cediço que para manter a máquina pública em funcionamento e garantir os direitos ditos fundamentais ao homem, o Estado necessita de renda e de receita suficientes para atender todos os setores do sistema burocrático do Poder Público. Não só os direitos prestacionais inerentes ao cidadão demandam custos, como também os direitos negativos de 1ª geração dependem de sustento por parte das verbas públicas.¹⁰⁹ Dessa forma, para que o Estado promova renda própria ele cobra tributos dos seus governados, de acordo com seu poder de império, tributos estes que terão como destino o custeio da Administração Pública¹¹⁰

É claro que os cidadãos fornecerão suas respectivas parcelas tributárias de acordo com as capacidades específicas de cada um. Esse é o postulado constitucional da capacidade contributiva previsto no artigo 145, § 1º,¹¹¹ que prevê que a arrecadação de tributos se dará de

¹⁰⁷ PEREIRA, Flávia do Canto; COELHO, Helenira Bachi. LIMITES DA JURISDIÇÃO: Direito à Saúde Limite da Obrigação do Estado. In: ASSIS, Araken de (Coord.). ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO E DO DIREITO À SAÚDE. 1. ed. Porto Alegre: Notadez Informação Ltda. 2007. p. 163.

¹⁰⁸ PEREIRA, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁹ SCAFF, Fernando Facury. COMO A SOCIEDADE FINANCIA O ESTADO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). CONSTITUCIONALISMO, TRIBUTAÇÃO E DIREITOS HUMANOS. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 11.

¹¹⁰ SCAFF, *op. cit.*, p. 12-13.

¹¹¹ "Constituição Federal: Art. 145 [...]§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

maneira genérica e proporcionalmente gradual conforme a aptidão econômica dos obrigados.¹¹²

Cumprir frisar que nenhuma das políticas públicas, que serão cumpridas valendo-se da renda auferida pelo Estado, poderão comprometer a integridade elementar dos indivíduos sob pena de violação à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, não de ser garantidos os componentes básicos necessários à existência humana, ou seja, o *mínimo existencial* como pressuposto da igualdade e da ordem jurídica e democrática de direito. Conclui-se com base nessas afirmações a importância de que o Poder Público poderá determinar destinação concreta de tributos recolhidos aos serviços de saúde em casos específicos (em casos de judicializações, por exemplo).¹¹³

Sob outra perspectiva, o fornecimento de saúde encontra a eterna contrariedade entre a necessidade humana e a escassez de recursos. Portanto, a aplicação e distribuição orçamentária em determinado ramo de políticas públicas depende de um juízo político de ponderação, em face do princípio da *reserva do possível* que pressupõe a limitação dos recursos, acarretando em colisões entre direitos fundamentais.¹¹⁴

De um modo geral, a garantia do *mínimo existencial* contrapondo o princípio da *reserva do possível* ocorrerá com base em política distributiva e alocativa de recursos, pois a escassez econômica demanda essas operações por parte do Estado. Essa política fica à cargo do Poder Público, legitimado a estimar a conveniência específica dos investimentos das verbas públicas, que fatalmente privilegiará um bem jurídico em detrimento do outro dada a natureza da saúde como direito social, conforme leciona Gilmar Mendes¹¹⁵:

"Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação

¹¹²DIAS, Jean Carlos. O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO E O PRINCÍPIO TRIBUTÁRIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). CONSTITUCIONALISMO, TRIBUTAÇÃO E DIREITOS HUMANOS. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 180.

¹¹³BARCELLOS, Ana Paula de. O DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.); SARMENTO, Daniel (Coord.). DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2008. p. 809.

¹¹⁴LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.); SARMENTO, Daniel (Coord.). DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2008. p. 287.

¹¹⁵MENDES, *op. cit.*, p. 162.

popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros."

A grande problemática cinge-se na ineficiência da gestão pública. A satisfação dos direitos sociais de um modo geral é deixada, primordialmente, ao exercício administrativo e legislativo. Pressupõe-se que a delimitação e precisão das políticas públicas e as alocações de renda venham sendo cumpridas de modo a garantirem a efetividade dos direitos e a satisfação populacional como um todo, não havendo justificativa de apreciação do Poder Judiciário.¹¹⁶

Porém, a retrospectiva de financiamento estatal em saúde na última década é desanimadora aos anseios populacionais. À título de ilustração, em 1995 o Poder Público investiu 9.64% da receita corrente auferida às ações e serviços de saúde pública, ao passo que essa despesa do SUS declinou no ano de 2006 passando a representar 6,98% da receita.¹¹⁷

Do total de gastos com saúde no ano de 2004, apenas 51,4% foi destinado à parcela da população que usa os serviços públicos de saúde, configurando muita desproporção uma vez que essa parcela representa 80% da população brasileira. Em outras palavras, com esses gastos somente 40 milhões dos 150 milhões de brasileiros à época tinha acesso à saúde pública.¹¹⁸

Esses dados insinuam que o investimento em saúde está abaixo do esperado e é rigorosamente ineficiente diante dos objetivos e princípios do SUS e das exigências populacionais.¹¹⁹ Uma fração de 2/3 da população depende dos atendimentos do SUS, sendo que o valor atribuído à saúde pública é praticamente o mesmo da saúde privada, que abarca 1/3 apenas da população, o que causa, além de uma evidente desobediência à equidade, um descontentamento geral à população que concebe a receita estatal em conformidade com a lei mediante pagamento de tributos e não recebe o retorno esperado.¹²⁰

¹¹⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 162.

¹¹⁷ DAIN, Sulamis. OS VÁRIOS MUNDOS DO FINANCIAMENTO DA SAÚDE NO BRASIL: Uma Tentativa de Integração. *Ciência e Saúde Coletiva* [online], v. 12, p. 1851-1864, 2007. Suplemento. p. 6-7. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S010288392004000300005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em: 16 abr. 2013.

¹¹⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. DIREITO À SAÚDE, RECURSOS ESCASSOS E EQUIDADE: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, Mar. 2009. Dis<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S001152582009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 abr. 2013.

¹¹⁹ FERRAZ, *op. cit.*

¹²⁰ ROMANELLI, Paulo Roberto Stocco. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO: Quem Paga a Conta?. p. 2. *SAÚDE PÚBLICA: Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temáticas*. p. 30. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/SUS_abr2009.pdf> Acesso em: 16. abr. 2013.

Malgrado haja previsão constitucional e infraconstitucional das atribuições e deveres do SUS, a deficiência distributiva de recursos não o capacita a suprir todas as demandas de serviços de saúde. Aliado a essa ineficiência, o constante aumento da noção da população de seus direitos levou as discussões ao apreço do Poder Judiciário visando a garantia das necessidades não providas pelo Poder Público.¹²¹

O advento da judicialização da saúde estimulou a afirmação desse direito, consolidando a garantia do *mínimo existencial*, bem como estimulou a efetivação das políticas públicas ineficientemente aplicadas pelos seus próprios criadores, quais sejam, o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Todavia, a judicialização extrapola os limites da *reserva do possível* e o orçamento na medida em que determina a concretização de um direito sem que haja recursos para tal, delimitando esforços desproporcionais e fora de um padrão de razoabilidade.¹²²

Dentro desse raciocínio, infere-se que além das decisões judiciais serem superficiais em relação às decisões técnicas que justificam a implementação das políticas públicas, a análise do Poder Judiciário aos casos concretos prejudicam toda a política orçamentária que envolve o direito à saúde pública. As consequências de uma eventual concessão de um magistrado da pretensão de saúde de um indivíduo envolvem questões globais e de desenvolvimento que as políticas públicas visam atingir, pois a alocação de verba pública para determinado fim será desviada para atender aquele pleito em particular.¹²³

A enorme contingência de causas judiciais que têm como objeto o fornecimento de saúde faz surgir um certo desconcerto ao financiamento público nessa área, além de fornecer medicamentos de forma desordenada gerando desigualdades, tendo em vista que há uma maior prontidão àqueles que possuem condições de constituir advogado particular para acessar o Judiciário. As demasiadas concessões de serviços de saúde distorcem a realidade orçamentária do Estado, pois está estritamente ligada à *reserva do possível*.¹²⁴

¹²¹ SOUZA, Hórtis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A INFLUÊNCIA DA GESTÃO DO SISTEMA DE SAÚDE NA UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL PARA ACESSO A PRODUTOS E SERVIÇOS. In: BLIACHERIENE, Ana Clara (Org.); SANTOS, José Sebastião dos Daniel (Org.). DIREITOS À VIDA E À SAÚDE: Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010. p. 163.

¹²² MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE DAS POLÍTICAS DE SAÚDE E DE MEDICAMENTOS. In: BLIACHERIENE, Ana Clara (Org.); SANTOS, José Sebastião dos Daniel (Org.). DIREITOS À VIDA E À SAÚDE: Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010. p. 89.

¹²³ MARRARA, *op. cit.*, p. 88-89.

¹²⁴ VIEIRA, Fabíola Sulpino. AÇÕES JUDICIAIS E DIREITO À SAÚDE: Reflexão Sobre a Observância aos Princípios do SUS. Revista de Saúde Pública [online], v. 42, n. 2, p. 365-369, 2008. Disponível em: <

Essas distorções devem ser apaziguadas com uma discussão harmônica entre os três poderes, visando achar um desfecho conjunto para essa situação que possibilite a garantia do atendimento de todos os direitos dos cidadãos brasileiros e de todas as diretrizes do SUS previstas em lei.¹²⁵

Conforme leciona Fabíola Sulpino, a intervenção jurisdicional não pode ser suprimida apesar das inúmeras incongruências do Poder Judiciário em fornecer medicamentos previstos ou não em políticas públicas de saúde¹²⁶:

"É preciso reconhecer que a sociedade não pode abdicar da via do Poder Judiciário para garantia de seus direitos. Entretanto, faz-se necessário apontar os paradoxos que envolvem as ações judiciais que demandam do Poder Público a aquisição de medicamentos. O Judiciário determina o fornecimento de medicamentos incluídos nas políticas, muitas vezes negados aos usuários por conta de sua indisponibilidade nas unidades de saúde do SUS, constituindo-se assim em demandas pertinentes. Entretanto, este mesmo Judiciário também determina o fornecimento de produtos farmacêuticos não incluídos nessas políticas, as quais estabelecem a oferta de outros medicamentos ou abordagens terapêuticas."

Uma coisa é certa, a atividade fim do Poder Judiciário não permite aos magistrados que se omitam em atender os pleitos dos indivíduos em razão dos eventuais impactos na sociedade que suas decisões podem vir a causar. Tal noção está em desacordo com o direito de petição garantido constitucionalmente bem como com o princípio da inafastabilidade de apreciação do Judiciário das questões conduzidas à sua análise, o que acarretaria na inviabilidade da judicialização de direitos. Cumpre observar, porém, que toda e qualquer decisão judicial que fixa determinações ao Poder Público (bem como à esfera privada) causa reflexos na sociedade.¹²⁷

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S003489102008000200025&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 16 abr. 2013.

¹²⁵ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. DISTORÇÕES CAUSADAS PELAS AÇÕES JUDICIAIS À POLÍTICA DE MEDICAMENTOS NO BRASIL. Revista de Saúde Pública [online], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489102007000200007&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 16 abr, 2013.

¹²⁶ VIEIRA, *op. cit.*

¹²⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizete; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA André Evangelista de. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: Prós e Contras. In: BLIACHERIENE, Ana Clara (Org.); SANTOS, José Sebastião dos Daniel (Org.). DIREITOS À VIDA E À SAÚDE: Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010. p. 272.

2.3- PARTICIPAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS NO PROVIMENTO DA SAÚDE E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000

A Constituição Federal e a Lei 8080/90 (Lei de Organização de Saúde - LOS, ou Lei do SUS) dispõem que dentre os princípios e competências do Sistema Único de Saúde há a previsão da descentralização, que atribui a todos os entes da federação a responsabilidade de fornecimento de saúde, cada uma com seus próprio encargos definidos em lei e na respectiva área de competência.¹²⁸

Quanto ao tema da saúde, a Lei Maior prevê competências legislativas concorrentes (art. 24, inciso XII)¹²⁹ e atribuições administrativas comuns (art. 23, inciso II)¹³⁰ entre todos os entes da federação, possibilitando à cada um a elaboração de políticas públicas de saúde.¹³¹

A Lei nº 8080/90 dita com maiores minúcias as atribuições de cada ente, em seus artigos 16 (União), 17 (Estados) e 18 (Municípios), de modo que ao Distrito Federal cabe as mesmas responsabilidades previstas aos Municípios e Estados (art. 19). À título de exemplificação, atribui-se dentre outras competências: à **União**, descentralizar aos demais entes as ações e serviços de saúde, participar na formulação e implementação de políticas públicas à proteção do meio ambiente, ao saneamento básico e ao ambiente de trabalho e etc; aos **Estados**, a descentralização para Municípios das ações de saúde, participar de forma suplementar do acompanhamento das política de insumos e equipamentos de saúde e etc; aos **Municípios**, participar da organização da rede do SUS em colaboração à direção estadual, formar consórcios intermunicipais administrativos e etc.¹³²

São muitas as competências especificadas pela LOS aos entes federados. Visando melhorar a compreensão geral dessas competências, deve-se ter em mente o caráter

¹²⁸ AITH, *op. cit.*, p 403.

¹²⁹ "Constituição Federal: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde."

¹³⁰ "Constituição Federal: Art. 23. 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."

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: BLIACHERIENE, Ana Clara (Org.); SANTOS, José Sebastião dos Daniel (Org.). DIREITOS À VIDA E À SAÚDE: Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010. p. 885

¹³² AITH, *op. cit.*, p. 408-409.

subsidiário dos demais entes em relação aos Municípios. Esse é o fenômeno da municipalização, que concede aos Municípios a primazia da responsabilidade de distribuição de medicamentos em geral e da efetivação das políticas de saúde, conforme previsão do art. 7º, inciso IX, alínea 'a'¹³³ da Lei do SUS.¹³⁴

Dessa forma, observando esse caráter subsidiário dos Municípios e as dezenas de atribuições destinadas aos Estados e União Federal, conclui-se que estes desempenham seus respectivos papéis suprimindo eventuais omissões daqueles.¹³⁵

A inclusão da responsabilidade estadual e municipal com o advento da lei instituidora do SUS abrangue a garantia do direito à saúde intensamente nas últimas décadas. Estatísticas mostram que a reforma sanitária no Brasil ampliou o número de atendimentos médicos em 105% entre os anos de 1989 a 2002 e o número de internações hospitalares em 46% entre os anos 1989 e 2004.¹³⁶

Além disso tudo, e não menos importante, o artigo 198 da Carta Maior¹³⁷ prevê em seu parágrafo único que o SUS será financiado com a obtenção de renda proveniente da seguridade social recolhida da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, inferindo-se, dessa forma, que cada ente colaborará no investimento público de saúde e nas questões administrativo-financeiras.¹³⁸

A LOS dispõe sobre a colaboração dos entes no investimento da máquina pública, sendo as verbas auferidas da seguridade social remetidas ao Fundo Nacional de Saúde (FNS) e depois transferidas aos fundos estaduais e municipais, sob vistoria dos conselhos de saúde

¹³³ "Lei nº 8080/90: Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios."

¹³⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 886.

¹³⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 886.

¹³⁶ SOARES, Adilson. FORMAÇÃO E DESAFIOS DO SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL: Uma Análise de Investimentos Realizados para Ampliação da Oferta de Serviços. Cadernos de Saúde Pública [online], v. 23, n. 7, p. 1565-1572, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102311X2007000700007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 16 abr. 2013.

¹³⁷ "Constituição Federal: Art. 198: [...] Parágrafo único. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes."

¹³⁸ SAKURAI, Sergio Naruhiko; JÚNIOR, Rudinei Toneto; GREMAUD, Amaury Patrick. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000: Influência Sobre a Execução Orçamentária dos Estados e Municípios Brasileiros em Saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Clara (Org.); SANTOS, José Sebastião dos Daniel (Org.). DIREITOS À VIDA E À SAÚDE: Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010. p. 3.

correspondentes, aumentando, assim, a participação estatal e municipal.¹³⁹ O Poder Público cobra tributos, contribuições e taxas para realizar as políticas sociais.¹⁴⁰

A destinação orçamentária do SUS mudou substancialmente nos últimos anos. Enquanto que em 1995 a transferência financeira da União aos Municípios e Estados era de somente 7,9% do total das despesas do Ministério da Saúde, hoje esse valor aumentou mais de sete vezes alcançando 58,3% em 2005, representando uma maior participação estatal e municipal no provimento de saúde.¹⁴¹

Além da descentralização do SUS, grande parte dessa contribuição de transferência aos Estados e Municípios se deve à Emenda Constitucional nº 29/2000. Na década de 90, as políticas públicas e as diretrizes de financiamento para o setor da saúde eram instáveis e exigiam medidas contingentes e precárias diante da escassez de recursos públicos, tendo em vista que não havia um critério legal específico que determinasse a destinação de verbas públicas para saúde.¹⁴²

A EC nº 29/2000 veio para evitar que esses problemas se reprisassem e assegurar a regularidade do gasto do SUS, vinculando os dispêndios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com saúde mediante um percentual orçamentário mínimo e progressivo.¹⁴³

A referida emenda incluiu o texto do artigo 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dispondo como os recursos mínimos destinados à área da saúde serão equivalentes em todos os entes políticos da federação até o exercício do ano de 2004.¹⁴⁴

¹³⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 886.

¹⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. O FINANCIAMENTO DA SAÚDE. Brasília, 2011. (Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS). p. 62

¹⁴¹ *Idem.* p. 77.

¹⁴² CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M.. O CUMPRIMENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29 NO BRASIL. Cadernos de Saúde Pública [online], v. 23. n. 7, 2007. p. 1613-1623. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000700012>. Acesso em: 16 abr. 2013.

¹⁴³ CAMPELLI, *op. cit.*

¹⁴⁴ "Atos das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: I – no caso da União: a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos

Da mesma forma, Sergio Naruhiko Sakurai expõe a forma como os gastos deverão ser efetuados pelos Municípios, Distrito Federal e Estados com o advento da EC nº 29/2000¹⁴⁵:

"Em particular, para os entes subnacionais a Constituição Federal, a partir da emenda, passou a adotar a forma clássica de vinculação, similar à que já vigorava para a educação, ou seja, um percentual da receita de impostos e de transferências. Para os Estados, o percentual é de 12%, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios. Para os municípios, o percentual é de 15%. O alcance dessas metas deveria ser gradual, a partir de um patamar de 7% no ano 2000."

O novo parâmetro de distribuição orçamentária com o desiderato de financiamento da área de saúde para todos os entes, com base na descentralização do SUS, mudou o panorama de investimento no Brasil. No ano de 1993, o governo federal arcava com 72% dos recursos, ao passo que os municípios contribuíam com 16%, demonstrando claramente uma maior centralização na esfera federal. Em 2002, após a edição da EC 29/2000, a União e os Municípios arcavam, respectivamente, com 58% e 22%, mudança essa significativa para os propósitos do SUS.¹⁴⁶

Cumprе salientar que o § 3º do artigo 198¹⁴⁷ da Constituição Federal prevê a edição de Lei Complementar que regule os rateios e as fiscalizações dos gastos realizados pelos entes subnacionais. Portanto, observe-se que o panorama orçamentário mencionado nos parágrafos anteriores segue os ditames do § 4º do artigo 77¹⁴⁸ do ADCT, ou seja, a partir de 2005 a aplicação deste artigo manteve-se em atividade, uma vez que somente em janeiro de 2012 foi

impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º; [...]."

¹⁴⁵ SAKURAI, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁶ SOLLA, Jorge José Santos Pereira et al. MUDANÇAS RECENTES NO FINANCIAMENTO FEDERAL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: Atenção Básica à Saúde. Rev. Bras. Saude Mater. Infant. [online], v. 7, n. 4, 2007. p. 495-502. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292007000400018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 abr. 2013.

¹⁴⁷ *"Constituição Federal: 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: [...] § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I – os percentuais de que trata o § 2º; II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União."*

¹⁴⁸ *"Atos das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: [...] § 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo."*

publicada a norma de regulamentação do § 3º do artigo 198 da Constituição Federal (Lei Complementar nº 141/2012).

Na mesma linha, portanto, repare-se que a Lei Complementar nº 141 de 2012 (que regula a Emenda Constitucional nº 29/2000) dispõe em seu artigo 7º que os municípios¹⁴⁹ devem investir pelo menos 15% da arrecadação de impostos e recursos especificados pela Constituição Federal na área da saúde.¹⁵⁰

Ainda nesse contexto, na Audiência Pública de Saúde promovida pelo Supremo Tribunal Federal, houveram debates de personalidades experientes com conhecimento técnico e científico no que se refere ao Sistema Único de Saúde em todos os sentidos, para se discutir, dentre outros assuntos, a legitimidade da intervenção judicial na seara da saúde.¹⁵¹

Restou assentado na audiência, dentre as inúmeras conclusões, a consolidação da atribuição a todos os entes federativos em comum no fornecimento da saúde, especialmente aos Municípios, conforme apresenta Gilmar Mendes¹⁵²:

"Nessa questão, não há dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços da saúde. A audiência demonstrou que deve ser reforçada, por sua vez, a ação conjunta dos entes federativos no cumprimento do mandamento constitucional, especialmente pelo fato que a Constituição incorporou o princípio da lealdade federal (bundestreue) na execução de tarefas comuns. [...] Na audiência, o quadro revelado foi o de uma crescente transferência, aos Municípios, dos deveres e responsabilidades que antes eram principalmente atribuídas aos Estados e à União, o que aponta para uma necessidade de reavaliação dessa questão, do ponto de vista institucional."

Desta feita, é possível concluir que com o advento da EC nº 29/2000 a participação municipal e estadual aumentou consideravelmente nos últimos anos. A fixação de gastos mínimos a todos os entes federativos determina exatamente a alocação das verbas públicas destinadas à saúde, assegurando uma maior homogeneidade entre os Estados e Municípios instigando o respeito ao princípio da isonomia.¹⁵³

¹⁴⁹ "Lei Complementar nº 141/2012: Art. 7º: *Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.*"

¹⁵⁰ MENDES, *op. cit.*, p. 625-626.

¹⁵¹ MENDES, *op. cit.*, p. 637.

¹⁵² MENDES, *op. cit.*, p. 638.

¹⁵³ SAKURAI, *op. cit.*, p. 10.

3º Capítulo - O JUÍZO DE PONDERAÇÃO COMO INFLUÊNCIA AO PODER JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE SAÚDE E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 - REGRAS E PRINCÍPIOS NA SOLUÇÃO ENTRE CONFLITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS: PLANO DA ABSTRAÇÃO

A saúde, como direito fundamental de 2ª geração, deve ser garantida por uma ação positiva por parte do Estado, um ato comissivo, mediante a instituição de políticas públicas que visem o seu fornecimento.

Pode ocorrer, porém, de um medicamento registrado junto ao Ministério da Saúde e previsto pelas políticas públicas estaduais e municipais não poder ser fornecido em razão de falhas na gestão pública. A política pública estabelece o fornecimento de determinado medicamento, mas o acesso não é possível graças à ineficiência administrativa do Estado.¹⁵⁴

Nesse contexto, surge a judicialização do direito à saúde, pleiteando o cidadão individualmente direito subjetivo que a Carta Maior lhe confere. A ineficiência estatal não pode prejudicar a população na aquisição de insumos médicos essenciais, acarretando na condução da questão à apreciação do Poder Judiciário.¹⁵⁵

Os direitos de prestações positivas, como se viu, visam diminuir as desigualdades sociais, e, por isso, dependem da real situação econômica à sua realização, estando sujeitas a determinadas condições. Essa escassez exige do Estado uma opção inteligente de investir em determinado ramo os recursos materiais, de maneira ponderada e minuciosamente analisada. Assim, ao se atender as demandas de saúde, sejam elas requeridas judicialmente ou não, é possível que surja um viés em relação ao princípio da equidade, resultando em desrespeito à normatividade constitucional e comprometimento na distribuição de bens e serviços à coletividade.¹⁵⁶

¹⁵⁴ MENDES, *op. cit.*, p. 630.

¹⁵⁵ MENDES, *op. cit.*, p. 630.

¹⁵⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 162.

Nascem, portanto, conflitos entre os direitos individuais e coletivos e colisões entre normas (em especial, os princípios), pois as decisões de alocação de recursos atribuídas aos órgãos políticos acarreta no favorecimento de um bem jurídico em detrimento de outro.¹⁵⁷

No decorrer da história, a tradição não considerava os princípios como normas, mas somente possuíam o papel assistencial do Direito dentro da hermenêutica da ordem jurídica e no preenchimento de lacunas normativas. Não eram vistos, portanto, como norma jurídicas, e sim como instrumentos de aplicação do direito. Os princípios eram acessórios e resumiam-se à normatividade suplementar.¹⁵⁸

Robert Alexy¹⁵⁹, na tentativa de diferenciar as regras de princípios, ensina que ambos são normas, pois os dois juízos demonstram mandato de permissão e proibição: "*Tanto las reglas como los principio son normas porque ambos establecen lo que es debido. Ambos pueden ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso, y la prohibición.*"

Para o autor, as regras e os princípios são espécies do gênero norma, pois ambos instauram uma ordem de conduta. Porém, a distinção entre ambos, em síntese, reside no fato de que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto¹⁶⁰:

"El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídica [...]."

Essa classificação das regras e princípios como espécies do gênero norma deveu-se ao período posterior à Segunda Guerra Mundial, conhecido também como período pós-positivista.¹⁶¹

¹⁵⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 162.

¹⁵⁸ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 154.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 64-65

¹⁶⁰ ALEXY, *op. cit.*, p. 67-68.

¹⁶¹ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 154-155.

Ao passo que as regras, estabelecidas por um enunciado legal, preveem uma consequência pré-determinada caso ocorra um certo fato ou a prática de uma conduta, os princípios são aplicados de maneira diversa, havendo a possibilidade de mitigação quanto à imposição, pois, no caso concreto, um princípio cederá espaço à outro quando em colisão¹⁶²: *"Cuando dos principios entran en colisión - tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro principio, lo mismo está permitido - uno de los principios tiene que ceder ante el otro."*

Cumprе salientar que, quando em colisão, por mais que um princípio sobressaia sobre outro, o princípio afastado não será considerado inválido. Não haverá impedimento de que o princípio excluído prevaleça em detrimento de outro num caso concreto diverso, pois ele não será suprimido permanentemente da ordem jurídica, mas apenas do caso específico e a depender das circunstâncias fáticas.¹⁶³

Assim, atualmente os princípios possuem características normativas, ligando ética, moral e Direito numa relação que atribuem aos mandamentos legais características axiológicas, segundo leciona Dirley da Cunha Júnior¹⁶⁴:

"Em suma, os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por via de consequência, obrigam e vinculam, distinguindo-se das regras na medida em que eles são normas providas de intensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores), enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, dispostas a concretizar os valores normatizados pelos princípios."

José Sérgio da Silva Cristóvam¹⁶⁵ também adere à teoria da elevação dos princípios à importância de norma assim como as regras, supondo uma nova teoria chamada de "novo constitucionalismo". Ele defende um novo paradigma que assegure uma melhor realização do modelo constitucionalista como ferramenta substancial que garanta os direitos fundamentais dentro de um estado :

"O modelo constitucionalista de teoria do Direito propõe um amplo redimensionamento da noção de sistema jurídico, a partir da estreita

¹⁶² ALEXY, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶³ MENDES, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶⁴ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 160.

¹⁶⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica. 1. ed (ano 2006), 2. tir (ano 2007). Curitiba: Juruá Editora. 2007. p. 25

relação entre Direito e moral. O dogma positivista da separação entre as questões jurídicas e morais é superado pela construção de uma concepção aberta e dinâmica de ordenamento jurídico, onde os elementos do discurso prático são incorporados ao Direito pela via dos princípios jurídicos"

Nesse diapasão, assevera que a mera aplicação subsidiária de princípios normativos em relação às regras absolutas já não condiz com a atual realidade dos ordenamentos jurídicos constitucionais¹⁶⁶:

"A separação das normas jurídicas em regras e princípios, estes com as qualidades de força normativa e vinculatividade próprias das normas, é outra concepção central ao novo constitucionalismo. Os princípios jurídicos já não mais admitem a aplicação enquanto meras fontes normativas subsidiárias, dotados simplesmente daquelas funções marginais de completar os espaços deixados pelas regras ou contribuir na interpretação do significado e alcance das disposições normativas. Sua posição passa a ser central e fundamental à própria concepção de sistema jurídico."

Porém, a carga axiológica dos princípios implica em conflitos de normas em determinadas situações, pois todos são protegidos como direitos fundamentais.¹⁶⁷ A nova tese do constitucionalismo deve criar um teoria capaz de indicar qual dos princípios reconhecidos pela lei deve ser aplicado ao caso concreto quando colidem¹⁶⁸:

"De fato, o problema da colisão entre princípios constitucionais desponta como uma das mais importantes e inquietantes questões a demandar respostas pelo modelo constitucionalista de discurso jurídico. Em um ordenamento extremamente complexo como o nosso, marcado por uma Constituição prolixa e aberta, garantidora de um amplo catálogo de princípios, o fenômeno da colisão entre princípios constitucionais faz parte da prática comum do Direito, o que exige a estruturação de mecanismos hábeis à resolução dessas contrariedades normativas."

Num eventual cotejo entre princípios em determinado caso concreto, não se solucionará como se fossem regras em confronto, oportunidade em que uma se sobressai em detrimento absolutamente. Quando fala-se em princípios, deve-se buscar uma conformidade de acordo com a respectiva importância de cada um na situação concreta.¹⁶⁹

É preciso proceder com análises das circunstâncias em torno da situação fática à qual os princípios recaem, infiltrando na definição dos valores a respeito do seu peso à

¹⁶⁶ CRISTÓVAM, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶⁸ CRISTÓVAM, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 183.

circunstância, ao passo que as regras devem ser aplicadas observando seus campos de validade. Nesse sentido, leciona José Sérgio da Silva Cristóvam¹⁷⁰:

"As colisões entre princípios constitucionais, [...], não podem ser solucionadas a partir do prisma da validade, que é próprio das regras jurídicas. No caso dos princípios, quando em relação de contrariedade, deve-se vencer o prisma da validade e alcançar o âmbito do valor, do peso ou importância. Os princípios são definidos como mandamentos de otimização, que somente alcançam a total extensão de sentido quando em relação com outros princípios. A realização de um princípio constitucional depende de sua relação com o conjunto de princípios que constituem o ordenamento e das situações de tensão que formam a partir da análise do problema prático."

Portanto, uma das maneiras de solucionar as colisões entre valores axiológicos é levar em consideração os princípios e o juízo de razoabilidade de quem interpreta as normas. Os princípios situam-se no plano do peso, da carga que possui à situação prática. As regras encontram-se no plano da validade, ou seja, uma regra será aplicada ou não à circunstância fática sem se fazer juízos de valores.¹⁷¹

Nesse deslinde, a incidência de um princípio a um fato¹⁷² não garante sua aplicação eterna quanto aos casos semelhantes. Deve-se ponderar caso a caso:

"Nesse sentido, a solução das colisões entre princípios constitucionais depende da relação de precedência condicionada que se forma a partir das circunstâncias do caso concreto. O caso concreto oferece parâmetros para a decisão acerca da prevalência de um princípio sobre outros, determinando o afastamento daqueles que ostentem menor peso ou importância. Não se admite, portanto, a invalidação de um princípio pelo fato de ter sido preterido na solução de determinado problema prático. Há somente seu afastamento naquela situação, até porque em outra, alteradas as circunstâncias do caso concreto, o mesmo pode preponderar."

Para o exercício do juízo de ponderação há que se fazer uma ligação ao princípio da proporcionalidade, o qual prima pela aplicação de um princípio em detrimento de outro de modo que o sacrifício do princípio cedido tenha trazido o maior dos benefícios dentro de um juízo de razoabilidade para a solução do problema prático.¹⁷³

¹⁷⁰ CRISTÓVAM, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷¹ CRISTÓVAM, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷² CRISTÓVAM, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷³ MENDES, *op. cit.*, p. 184.

Alexy ensina que a solução da colisão de princípios na esfera dos direitos sociais exige a consideração dos argumentos contra e dos argumentos em favor¹⁷⁴:

"Considerados os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumento de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. [...] De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos."

O valor da saúde pública pode ocasionar manifestas situações de conflitos entre normas, onde preceitos fundamentais do homem podem ser postergados em detrimento de um interesse maior. É o caso de se limitar o direito de ir e vir quando sejam necessários confinamentos (com o isolamento de indivíduo em quarentena por exemplo), ou em hipótese de vacinação obrigatória ou de cirurgias de emergência que envolvem o mandamento da integridade física.¹⁷⁵

É fatal o uso do princípio da proporcionalidade para a respectiva análise valorativa ao caso concreto quando princípios encontram-se em conflito, especialmente quando o assunto são os direitos sociais. Veja-se uma análise do Ministro Gilmar Mendes¹⁷⁶ em julgado de suspensão de mandado de segurança impetrado pelo estado de Pernambuco atinente à saúde pública:

"[...] parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos."

Enfim, infere-se que tanto princípios como regras são normas. As primeiras possuem um alto grau de abstração e são dotadas de elevado grau de generalidade, ao contrário das regras que têm abstração e generalidade reduzidas. Isso decorre da circunstância

¹⁷⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 511-512.

¹⁷⁵ MENDES, *op. cit.*, p. 185.

¹⁷⁶ SS 2.361/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30/04/2010. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087064/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2361-pe-stf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

de que os princípios são normas fundamentais com conceitos basilares que se aplicam ao ordenamento jurídico como um todo, ao passo que as regras se restringem a traçar suposições precisas de um acontecimento hipotético. Em outras palavras, as regras preveem uma ocorrência fática hipotética à qual incide uma consequência cominada caso o indivíduo incorra na situação legalmente prevista.¹⁷⁷

3.2- A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA REFLEXÃO ACERCA DO CONFLITO ENTRE INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

O Poder Público possui enorme dificuldade em prestar a saúde de maneira universal e integral, conforme prevê a Constituição Federal e a Lei Orgânica e Saúde. Não só o direito à saúde encontra esse contratempo, mas os direitos sociais como um todo. O tema da efetivação da prestação dos direitos sociais tem sido amplamente discutido no âmbito do direito constitucional nos últimos anos.¹⁷⁸

Nesse aspecto, um sensível avanço ocorreu nos últimos anos, predominando anteriormente nos debates que os direitos sociais previstos eram apenas normas programáticas, impedindo os indivíduos de valerem-se do fundamento de que era possível demandar a prestação desses direitos contra o Estado em juízo. Prevalecia de maneira mais rigorosa o princípio da separação dos poderes, que atribuía aos Poderes Executivo e Legislativo as tomadas de decisões atinentes às políticas públicas que visavam garantir os direitos sociais. Dessa forma, o Poder Judiciário raramente intervia nessa seara dos direitos sociais.¹⁷⁹

Esse cenário se inverteu atualmente, tornando cada vez mais frequentes as demandas que pleiteiam e as decisões judiciais que determinam a prestação aos cidadãos de todo o país dos direitos sociais previstos na Lei Maior. Hoje, o Poder Judiciário trata com mais esmero os

¹⁷⁷ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷⁸ SARMENTO, Daniel. A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2008. p. 553.

¹⁷⁹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 553.

direitos sociais, considerando-os como fundamentais, e o cidadão está cada vez mais ciente da legitimidade que possui de exigir a prestação de seus direitos.¹⁸⁰

A todos é assegurado o direito à saúde, e ao Estado incumbe fornecê-lo para que se possa garantir aos indivíduos o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo o cidadão, na eminência de grave perigo ao seu direito à vida e outros direitos fundamentais, demandar tutela jurisdicional diante da ineficiência da atuação do Poder Público.¹⁸¹

Surge, portanto, a *Judicialização* dos direitos sociais, especialmente o direito à saúde. Demonstração prática da judicialização dos direitos sociais é a força que tem a palavra última do Poder Judiciário em face da desídia estatal em efetivá-los, acarretando na procura pelas pessoas da apreciação judicial para o fornecimento do escopo constitucional e das políticas públicas.¹⁸²

De um modo geral, a judicialização cinge-se em oferecer à análise do Poder Judiciário o reconhecimento e a consequente tomada de decisões atinentes à concretização de direitos que, em tese, caberiam aos demais Poderes da República. Esses processos judiciais repercutem consideravelmente nas searas sociais, econômicas e políticas, influenciando cada vez mais nas decisões dos órgãos judicantes na solução desses conflitos.¹⁸³

Para Gustavo Amaral¹⁸⁴, não compete ao Poder Judiciário a apreciação de demandas como essa ora em questão, quando estão em conflito interesses individuais e coletivos atinentes aos direitos fundamentais:

"Ao nosso ver, deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam "escolhas dramáticas", é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. Muito pelo contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias, para que possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões de momento."

A Administração dispõe de recursos escassos para atender à necessidades naturalmente ilimitadas do homem, sendo indispensável sempre escolher a melhor alternativa

¹⁸⁰ SARMENTO, *op. cit.*, p. 554.

¹⁸¹ RIGO, Vivian. SAÚDE: Direito de Todos e de Cada Um. In: ASSIS, Araken de (Coord.). ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO E DO DIREITO À SAÚDE. 1ª. ed. Porto Alegre: Notadez Informação Ltda. 2007.

¹⁸² GANDINI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁸³ GANDINI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁸⁴ AMARAL, Gustavo. INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONFLITO ENTRE PODERES. In: TORRES, Ricardo Lobo. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda. 1999. p. 112

possível de alocação e distribuição desses recursos. Diante de um dilema, no qual há milhares de pessoas com doenças comuns e um pequeno número de pessoas acometidas por doenças raras que demandem alto custo financeiro, o que o Poder Público deve fazer, supondo que possui recursos para atender somente uma das duas situações?¹⁸⁵ Para Gustavo Amaral¹⁸⁶ o Poder Judiciário não detém legitimidade para apreciar controvérsia versada nessas circunstâncias: "*Nessa situação, não seria possível deslocar a apreciação para o Judiciário, pois a legitimidade da pretensão das duas categorias de doentes é igualmente legítima, mas são faticamente excludentes.*"

Os juristas João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza¹⁸⁷, *a contraiu sensu*, exibem seus pontos de vista diferentemente, de uma maneira mais abrangente acerca da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas dos direitos sociais:

"A natureza desses direitos pressupõe uma prestação positiva do Estado, que é atendida/cumprida por meio de políticas públicas. É importante frisar que a implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, na necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam: saúde, moradia, educação e alimentação."

A intervenção do Poder Judiciário na efetivação das políticas sociais implementadas pelo Poder Executivo (instáveis, porém) não caracteriza-se pela violação ao princípio da separação dos poderes, muito pelo contrário, garante a participação harmônica dos mesmos nos termos do artigo 2º¹⁸⁸ da Constituição Federal.¹⁸⁹

Ato contínuo, os autores supramencionados justificam seus argumentos, sob o fundamento de que a aplicação da judicialização dos direitos sociais não gera políticas públicas, mas tão somente implementa aquelas já em vigor¹⁹⁰ que não foram consolidadas :

"Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. O Estado tem, pois, o dever de prestar a tutela

¹⁸⁵ AMARAL, *op. cit.*, p. 110.

¹⁸⁶ AMARAL, *op. cit.*, p. 110.

¹⁸⁷ GANDINI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁸⁸ "Constituição Federal: Art. 2º São Poderes da União, independentes e **harmônicos** entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

¹⁸⁹ RIGO, *op. cit.*, p. 176-177.

¹⁹⁰ GANDINI, *op. cit.*, p. 259.

jurisdicional, como decorrência do princípio do acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF"

Caso o Poder Executivo cumprisse com os mandamentos assentados pelas políticas sociais e econômicas (cujas competência de instituição é do próprio Poder Executivo!), os processos judiciais relativos à efetivação adequada do direito à saúde seriam desnecessários.¹⁹¹

Se ao Poder Judiciário não compete criar políticas públicas, cabe-lhe a verificação de eficiência das mesmas, se estão atendendo às previsões legais e constitucionais de acesso universal e igualitário a todos os cidadãos e etc, e os motivos que levaram à ineficiência do Poder Público no provimento dos serviços de saúde.¹⁹²

Quando o assunto é efetivação do direito à saúde, a cada um dos Três Poderes atribui-se uma parcela de competência. Ao **administrador** cabe a edição das políticas públicas e a suas concretizações, sendo que na área da saúde é exercida a complexa tarefa de prever quais as necessidades que mais precisam de atenção das decisões políticas de alocação de recursos, de modo que as necessidades são estritamente ligadas à dignidade da pessoa humana e à vida, bem como garantir que os recursos financeiros em disposição do Poder Público sejam suficientes para atender à toda a conveniência populacional.¹⁹³

As tomadas de decisões da Administração Pública são norteadas pela garantia do *mínimo existencial* aos indivíduos, devendo equilibrar com a máxima eficiência o investimento dos recursos finitos com as necessidades humanas, pois o direito à saúde está pautado pela igualdade e as escolhas de distribuição não podem favorecer poucos, mas sim o máximo de pessoas possíveis.¹⁹⁴

Já o **legislador** consignou o direito à saúde no sistema normativo, erigindo-o ao patamar de direito fundamental e regulamentando-o de modo a deixar a ideia de otimização na sua efetivação. A Constituição Federal determina valores percentuais mínimos a serem destinados ao âmbito dos serviços públicos de saúde, pressupondo mediante a aplicação da interpretação sistemática da norma constitucional que todas as necessidades sejam atendidas, pois o orçamento prevê o cumprimento das metas previstas em lei.¹⁹⁵

¹⁹¹ RIGO, *op. cit.*, p. 177.

¹⁹² MENDES, *op. cit.*, p. 630.

¹⁹³ GANDINI, *op. cit.*, p. 269.

¹⁹⁴ GANDINI, *op. cit.*, p. 270.

¹⁹⁵ GANDINI, *op. cit.*, p. 270.

É necessário um entendimento entre a ambição legislativa e a instituição de políticas públicas pelo Poder Executivo, bem como uma organização concisa deste para investir adequadamente na saúde pública os recursos previstos na legislação para tal efetivação. Diante desse plano ideal, estaremos indo ao encontro da dispensabilidade de intervenção do Poder Judiciário para a garantia do direito à saúde.¹⁹⁶

Caso o direito à saúde fosse precisamente prestado, o **Poder Judiciário** não teria razão em determinar a sua efetivação. Se o legislador regulamentasse todas as necessidades e o administrador de fato as atendesse, a atuação jurisdicional não teria qualquer justificativa.¹⁹⁷

Ocorre que o plano teórico não condiz com a realidade prática. A ineficiência administrativa quanto à efetividade dos objetivos das políticas públicas e a má distribuição alocativa de recursos, aliadas ao mau desempenho do Poder Legislativo conduz ao descontentamento geral, acarretando na procura ao Poder Judiciário para garantia de direitos.¹⁹⁸

Porém, as decisões judiciais que determinam ao Estado o fornecimento das pretensões da população, ou seja, o fornecimento dos serviços de saúde demandados, são constantemente criticadas sob o aspecto da desobediência à equidade. O argumento que possui mais força é o prejuízo que sofre a coletividade em detrimento do interesse individual, porquanto fere-se o interesse coletivo na medida em que recursos são destinados a uma única pessoa que demanda serviços de saúde pública individualmente.¹⁹⁹

Vejamos as reflexões feitas por Marlon Alberto Weichert acerca do conflito entre interesses individuais e coletivos da judicialização da saúde:

*"São marcantes os efeitos do envolvimento do Poder Judiciário nas demandas sobre serviços e insumos de saúde. Para muitos, a intervenção do Poder Judiciário é causa de iniquidade, pois subtrai as rotinas administrativas de fixação de prioridades, bem como resulta em privilégios a alguns, em detrimento da grande maioria da população, que não tem acesso à Justiça."*²⁰⁰

Há instrumentos a serem utilizados pelo magistrado para apaziguar os casos concretos e métodos para mitigar de um modo geral os impasses entre interesses individuais e coletivos

¹⁹⁶ GANDINI, *op. cit.*, p. 270.

¹⁹⁷ GANDINI, *op. cit.*, p. 271.

¹⁹⁸ GANDINI, *op. cit.*, p. 271.

¹⁹⁹ GANDINI, *op. cit.*, p. 271.

²⁰⁰ WEICHERT, Marlon Alberto. O DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE. In: SOUZA, André Evangelista de et al. DIREITO DA SAÚDE NO BRASIL. SANTOS, Lenir (Org.). Campinas: Saberes, 2010. p. 99-140 .

decorrentes da judicialização do direito à saúde. Para diminuir esses conflitos, além das fiscalizações da destinação e da implementação das verbas públicas arrecadadas com impostos para a área da saúde pública, é importante inspecionar a distribuição de remédios e as receitas médicas.²⁰¹

Nesse contexto, seria indispensável uma melhor distribuição de medicamentos gratuitos fiscalizada pelo Estado. São os casos de receitas médicas prescritas sem critério por profissionais que nem sequer realizaram devidamente exames médicos, acarretando, por muitas vezes, em fornecimento de remédios a pessoas que de fato deles não necessitam.²⁰²

Outra situação causadora da violação à equidade e das colisões dos conflitos particulares e coletivos é o grande número de ajuizamento de ações individuais nas quais se pleiteia o direito à saúde. De um modo geral, seria mais benéfico social e economicamente se essas discussões ocorressem na esferas das ações coletivas.²⁰³

Por vezes, há medicamentos registrados pela ANVISA, mas que não se encontram na lista do SUS. Nesse caso, o diálogo institucional é incentivado com as demandas coletivas, bem como se ampara o atendimento em igual condições para todos. A preferência dos demandantes ainda é ajuizar ações individuais, pois as vêem como atalho no alcance de suas pretensões.²⁰⁴

Em pesquisa realizada por Florian Hoffman e Fernando Bentes, constatou-se que das demandas relativas à saúde e à educação em cinco Estados Brasileiros, bem como em julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, 96% referiam-se ao direito à saúde e somente 4% referiam-se ao direito à educação. Porém, de todos os litígios da saúde apenas 2% eram ações coletivas, ao passo que das ações acerca da educação 81% eram coletivas.²⁰⁵ Com base nesses dados, é patente a ausência de participação simultânea das instituições interessadas para solução dos impasses de saúde, havendo clara preferência pelas demandas individuais que parece ser o caminho mais célere e fácil de alcançá-la.²⁰⁶

²⁰¹ RIGO, *op. cit.*, p. 182.

²⁰² RIGO, *op. cit.*, p. 182.

²⁰³ MENDES, *op. cit.*, p. 631.

²⁰⁴ MENDES, *op. cit.*, p. 631-632.

²⁰⁵ HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A LITIGÂNCIA JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: Uma Abordagem Empírica. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.); SARMENTO, Daniel (Coord.). DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2008. p. 391

²⁰⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 632.

Quando as desavenças geram contornos massificados, geradas pela incansável evolução da sociedade, as ações coletivas se fazem necessárias a propiciarem a melhor e mais prática solução dos impasses que englobam grande número de interesses, como por exemplo o direito à saúde. São instrumentos processuais coletivos a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e etc.²⁰⁷

Quanto aos casos concretos, Marlon Alberto Weinert entende que a falta de compreensão do direito sanitário por parte dos magistrados influi no conteúdo nas tomadas de decisões judiciais das questões particulares e, conseqüentemente, nos impactos orçamentários:

*"De fato, o sistema de Justiça também comete erros. Eventualmente, a magistratura não consegue, no estreito espaço do processo e da demanda individual, conhecer todos os aspectos envolvidos e subjacentes à pretensão ou à sua recusa administrativa. O caminho é o aprofundamento da compreensão dos fenômenos do direito sanitário e o estreitamento da relação entre direito e saúde. As demandas judiciais em matéria de saúde pública reclamam, por parte dos agentes da Justiça, a quebra de paradigmas, seja pela insuficiência da abordagem sob o prisma exclusivo do direito individual, seja pela dificuldade de produzir verdades absolutas genéricas e apriorísticas."*²⁰⁸

A mais importante perspectiva que os juizes devem seguir para decidirem os impasses decorrentes da judicialização da saúde é a real situação fática de cada caso concreto, sendo indispensável para tal o exercício de juízos de ponderação e de valores nas soluções das colisões de interesses e de princípios, conforme elucida Gilmar Mendes²⁰⁹:

"No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro."

Assim, ao analisar as demandas diante de um conflito axiológico e de interesses, o magistrado deve realizar um juízo de valor. Por exemplo: diante de uma situação proeminente de risco de morte do demandante e dos prejuízos econômicos reflexos da eventual procedência do pleito causado à sociedade, é por razoável e prioritário o direito à vida se sobrepor à integridade da economia social, mesmo que esta também possua amparo legal.

²⁰⁷ ROCHA, *op. cit.*, p. 79-84.

²⁰⁸ WEICHERT, *op. cit.*, p. 99-140.

²⁰⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 183.

Ante à primazia do direito à vida, a questão do prejuízo econômico causado é de menos relevância, acabando por ser postergado.²¹⁰

A ponderação de interesses deve ser feita gradativamente em cada caso concreto pela tutela jurisdicional. Nos casos de extrema urgência, ao juiz não caberá outra alternativa que não seja aquela que privilegie a saúde (e indiretamente, a vida, como bem maior protegido constitucionalmente) e a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.²¹¹

Não se pretende aqui exaurir todos os métodos de diminuição da ineficiência do provimento de saúde, muito menos recomendar resoluções definitivas para tal impasse, mas sim instigar reflexões acerca do tema, sugerindo alguns instrumentos de mitigação geral e de soluções aos casos concretos dos conflitos entre interesses individuais e coletivos atinentes ao direito à saúde.

3.3- O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À SAÚDE

Quando o assunto é a participação judicial no provimento de saúde, pode-se afirmar que no Brasil a jurisprudência é vasta nesse sentido, sendo a participação do Poder Judiciário uma das mais intensas na defesa desse direito.²¹²

A polêmica que circunda o direito à saúde vem sendo há muito tempo debatida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Seus julgados cingem-se em diversos aspectos da judicialização de direitos e acerca dos mais variados serviços de saúde e insumos médicos pretendidos pelos cidadãos.²¹³

Quanto ao aspecto da responsabilidade estatal, o STF prolatou acórdão no RE 195.192-3/RS²¹⁴ no qual restou assentado que todos os entes políticos da Federação respondem solidariamente pelo fornecimento de saúde:

²¹⁰ GANDINI, *op. cit.*, p. 271- 273.

²¹¹ GANDINI, *op. cit.*, p. 262.

²¹² SARMENTO, *op. cit.*,

²¹³ MENDES, *op. cit.*, p. 633.

²¹⁴ RE 195.192-3/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 22/2/2000. disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SA%DADE+AQUISIC3O+E+FORNECIMENTO+DE+MEDICAMENTOS+DOEN%C7A+RARA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cyevknz>> Acesso em: 16 abr. 2013.

"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."

No aspecto da constitucionalidade do Poder Judiciante em intervir por causa da omissão administrativa na efetivação das políticas sociais, a Suprema Corte sedimentou no julgamento da ADPF-MC 45/DF²¹⁵ o entendimento de que a atuação jurisdicional não visa criar políticas públicas (atribuição esta que fica à cargo do Poder Executivo), mas tão somente implementar as já existentes, conforme a seguinte ementa:

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

O julgamento de agravo regimental interposto em Suspensão de Segurança 2.361/PE²¹⁶ de relatoria do Ministro Gilmar Mendes talvez tenha sido o julgado mais relevante e completo relativo ao tema em questão, um divisor de águas. Nele, o relator abarca praticamente todo o assunto proposto no presente arrazoado, conforme se verá nas exposições a seguir.

Narrando brevemente a demanda da SS 2.361/PE, trata-se na origem de Mandado de Segurança impetrado em face do Estado de Pernambuco, na qual o demandante pleiteara o fornecimento de determinado medicamento, pretensão essa concedida em sede de medida

²¹⁵ ADPF-MC 45/DE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04/05/2004. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>> Acesso em: 16 abr. 2013.

²¹⁶ SS 2.361/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30/04/2010. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087064/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2361-pe-stf>> Acesso em: 16 abr. 2013.

liminar, ensejando ao Estado impetrado o oferecimento de Suspensão de Segurança à apreciação da Presidência do Pretório Excelso, que indeferiu a cautelar.²¹⁷

Ato contínuo, o Estado de Pernambuco agravou da decisão monocrática da presidência, alegando, em síntese, violação ao princípio da separação dos poderes, às normas regulamentadoras do SUS, à ordem econômica, à função exclusiva da Administração Pública de criar as políticas sociais e impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário. A demanda foi à julgamento do plenário do STF, avaliando o relator que era indispensável para deliberação da causa (dada a sua imensa complexidade) enxergar o tema sob um prisma mais amplo, senão vejamos²¹⁸:

"Diante da relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público, inclusive por determinação judicial, entendo necessário, inicialmente, retomar o tema sob uma perspectiva mais ampla, o que faço a partir de um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, [...]."

Para tanto, além do vasto arcabouço jurisprudencial e doutrinário acerca do assunto, o relator, para incrementar seu acórdão, se aproveita dos dados adquiridos na Audiência Pública²¹⁹ realizada no âmbito STF, convocada justamente com o intuito de auxiliar as demandas do Tribunal atinentes à judicialização do direito à saúde²²⁰:

"Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública - Saúde, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009."

A imprescindibilidade da convocação dessa Audiência Pública se deu graças à complexidade do caso e à imensidão de demandas processuais constantes das prateleiras do STF relativas aos pleitos de fornecimento de medicamentos, serviços médicos, hospitalares e etc²²¹:

"No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do

²¹⁷ *Idem.* p. 2-3.

²¹⁸ *Idem.* p. 4.

²¹⁹ A possibilidade de convocação de audiência pública tem previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 21, inciso XVII, nos seguintes moldes: " Art. 21. São atribuições do Relator: [...] XVII - convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante."

²²⁰ *Idem.* p. 5.

²²¹ *Idem.* p. 18.

Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamentos fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros)."

Inaugurando as teses contidas no acórdão, Gilmar Mendes expõe que o direito à saúde, conforme sua natureza de direito fundamental de 2ª geração, é um postulado prestacional atrelado ao binômio "reserva do possível" e "mínimo existencial"²²²:

"As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar 'mínimo existencial' e 'reserva do possível'."

Nessa linha de raciocínio, assegura o relator que, dada sua natureza prestacional, o direito à saúde requer procedimentos criados pelo Poder Público para a sua efetivação (as políticas públicas), ou seja, para o fornecimento dos serviços de saúde deve haver uma ação estatal comissiva²²³:

"Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação."

Diante de tal afirmação, é cediço que o direito à saúde é um direito subjetivo. Logo, é exigível perante o Estado de acordo com as formulações das políticas públicas por parte do administrador²²⁴:

"A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis."

Inferre-se, pois, que a instituição de políticas públicas de saúde vincula-se à escassez de recursos, dada a sua natureza prestacional. Dessa forma, imperioso destacar a imprescindibilidade de política distributiva de alocação desses recursos, de modo a obedecer

²²² *Idem.* p. 5.

²²³ *Idem.* p. 6.

²²⁴ *Idem.* p. 7.

aos princípios constitucionais e legais do direito à saúde e a atender a incessante necessidade individual e coletiva da demanda populacional contraposta à carência financeira²²⁵:

"Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macrojustiça."

Assim, diante das alternativas do Poder Público de alocação dos recursos para atenderem esse ou aquele indivíduo, é certo que em relação aos direitos sociais o Estado deve investir um determinado recurso a uma determinada destinação em detrimento de outra, tudo visando as garantias constitucionais inerentes aos cidadãos, conforme a seguinte assertiva²²⁶:

"Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos."

A política pública formulada deve levar em conta certos fatores quando na distribuição de recursos, gerando, por vezes, ineficiência administrativa no fornecimento de recursos e acendendo o descontentamento geral da população, o que acarreta no fenômeno da judicialização da saúde²²⁷:

"É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc."

Diante dessa celeuma, é indispensável nos casos concretos que o magistrado utilize um juízo de ponderação nas soluções de eventuais conflitos relativos à prestação de saúde, o que nos remete ao assunto do impasse entre interesses individuais e coletivos e colisões entre princípios, por exemplo. Vejamos a exímia análise de Gilmar Mendes em seu julgado ora em análise²²⁸:

"De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de

²²⁵ *Idem.* p. 7.

²²⁶ *Idem.* p. 7.

²²⁷ *Idem.* p. 8.

²²⁸ *Idem.* p. 10.

ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos."

Cumpra salientar as considerações do relator do acórdão feitas ao Sistema Único de Saúde, expondo acerca da importância do aproveitamento dos recursos destinados ao SUS para que ele possa exercer suas atribuições da maneira mais eficiente possível:

"O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos."

Gilmar Mendes reproduz, ainda, as características do Sistema Único de Saúde em seu voto²²⁹: *"As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único."*

Desta feita, observam-se presentes nas discussões do acórdão em análise o tema da judicialização da saúde, matéria objeto deste trabalho, seja acerca da natureza desse direito, bem como a participação do Estado em seu provimento, os conflitos provenientes dos interesses dos indivíduos, a participação do SUS e etc. É um assunto polêmico e envolto de complexidades tais que leva a concluir que não há (e talvez nunca haverá) uma solução definitiva para todos os embates.

²²⁹ *Idem. p. 14.*

CONCLUSÃO

Ao lado dos direitos fundamentais negativos de 1ª geração (garantidos mediante uma ação omissiva por parte do Estado), o Constituinte Originário erigiu ao ordenamento constitucional brasileiro, dentre outros, o direito à saúde como norma fundamental que deve ser garantido mediante ações comissivas pelo Poder Público, dada a sua configuração de direito social previsto no artigo 6º da Carta Maior.

O Estado encontra imensa dificuldade no fornecimento dos direitos prestacionais, ao contrário dos direitos de defesa os quais o Poder Público simplesmente se abstém de adentrar na esfera jurídica dos indivíduos para garanti-los. A disposição legal da saúde, norma de caráter programático que estabelece as diretrizes orientadoras da atuação dos órgãos estatais, deve ser assegurada mediante a edição de políticas públicas e sociais, em face da escassez de recursos no seu provimento que encontra dissonância na constante ascendência das necessidades humanas.

Dessa forma, é imperioso estabelecer um critério igualitário de distribuição das finanças públicas para garantir a saúde e obedecer os princípios constitucionais do Sistema Único de Saúde, tarefa essa extremamente árdua que se atrela à conveniência estatal na alocação de recursos.

Porém, os Poderes Executivo e Legislativo não têm cumprido suas funções em conformidade com as determinações constitucionais. Aliados a essa ineficiência estatal, os indivíduos, cada vez mais indignados com a morosidade da máquina pública e conscientes das garantias e dos direitos a eles assegurados, procuram o amparo jurisdicional para verem seus privilégios constitucionais satisfeitos, dever este atribuído ao Poder Judiciante, qual seja, promover a justiça e ver os direitos serem perfeitamente executados em consonância com os ditames legais e constitucionais.

Contudo, a judicialização de direitos encontra demasiadas críticas de juristas por todo o país. Há quem defenda a tese de que a intervenção do Judiciário fere o princípio da separação dos poderes, uma vez que a edição normativa de saúde e a sua efetivação mediante políticas públicas cabem, respectivamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, carecendo a atuação jurisdicional de legitimidade para interferir na questão.

Há também quem entenda que a judicialização da saúde causa desvios aos destinos orçamentários pré determinados pelas políticas públicas, gerando desobediência ao princípio

da isonomia. Se o provimento de saúde demanda recursos públicos, a determinação judicial de garantia de determinado medicamento ou serviço de saúde à um indivíduo significa que um gasto público será efetuado, sacrificando-se, conseqüentemente, algum setor público para a retirada desse montante que agora será destinado ao fornecimento individual desse determinado medicamento ou serviço.

Por outro lado, a população não pode ser manter inerte diante da ineficiência estatal. A indignação surge na medida em que os impostos são devidamente pagos e o retorno não corresponde às expectativas. Cumpre suscitar a incongruência que há em um indivíduo em dia com suas obrigações tributárias ser prejudicado diante da incapacidade do Poder Público, justificando-se, assim, a interveniência do Poder Judiciário.

Feitas as observações supracitadas, resta claro que estamos diante de colisões entre princípios. Diferentemente das regras, as quais anulam-se de imediato e apenas uma prevalecerá em face do caso concreto, os princípios devem ser sopesados a depender da situação circunstancial, sendo aplicáveis a quaisquer outros casos se, diante de uma análise de ponderação, ele não for aplicado no caso em comento. Em outras palavras, se há uma situação fática à qual dois princípios poderiam ser aplicados, mas se encontram em divergência, o princípio inaplicado não se anulará *ad eternum*, mas poderá ser aplicado em outros casos parecidos com aquele que foi desconsiderado, a depender das circunstâncias.

A título de ilustração, veja-se o exemplo do direito à saúde que, *prima facie*, é imediatamente assegurado a qualquer um, esbarrando-se, dessa forma, no princípio da *reserva do possível*. Os indivíduos têm o direito de receber saúde, mas a previsão deste privilégio, como direito prestacional de 2ª geração que depende de uma ação comissiva por parte do Estado, não encontra justificativa de existência caso não haja recursos para provê-lo. O que se pretende demonstrar aqui é que, por mais que a população demande seus direitos perante o Poder Judiciário, e este de fato entenda pela concessão dos pleitos desejados, o Estado nada pode fazer se não possuir recursos para tanto. Assim, o princípio da *reserva do possível* prevalecerá caso haja outra medida de urgência a qual o Poder Público deva atender.

Sob outro prisma, construindo-se uma análise hipotética, se há dois demandantes e o Estado disponha de recursos para atender somente um indivíduo, o magistrado deve se atentar à situação fática que está diante dele e fazer um juízo de valor ao caso concreto. Suponha-se que um indivíduo 'x' está em eminente perigo de morte caso não receba o atendimento de saúde que pleiteia, sendo que o outro indivíduo 'y' exige tão somente remédios para uma

doença de menor complexidade que não põe em risco sua vida de maneira imediata. À primeira vista (logo, *prima facie*), a saúde é direito de todos e dever do Estado, assim ambos têm direito de receberem seus respectivos requerimentos. Porém, diante da situação circunstancial e axiológicamente conflituosa que o magistrado se encontra, é razoável conceder atendimento médico ao indivíduo 'x', uma vez que seu direito à vida está em jogo, ao passo que ao caso do indivíduo 'y' não há considerável urgência.

Dessa forma, haverá nesses casos embates entre princípios que, quando em divergência, há de prevalecer um em detrimento do outro de maneira a ser garantido com a maior otimização possível, conforme os ensinamentos de Robert Alexy ventilados neste ensaio.

Do ponto de vista orçamentário, assim como o fenômeno da judicialização da saúde, a característica prestacional do direito à saúde influencia na distribuição de renda para provimento da saúde. O Poder Público dispõe de discricionariedade na alocação dos recursos, com base na sua própria conveniência, de modo que um setor ou uma região será abdicada em detrimento de outra. Eis a árdua tarefa que se insurge ao gestor público.

Cumprir observar que há ausência da participação democrática no orçamento público, e por vezes o Poder Público dispõe dos recursos governamentais sem que se dê azo à opinião populacional. O orçamento participativo é uma importante ferramenta decisória por parte dos cidadãos, que lhes dá margem democraticamente para influenciar na destinação dos gastos com saúde.

Ante a distribuição dos recursos escassos destinados à área da saúde, os princípios constitucionais do Sistema Único de Saúde não são, por óbvio, obedecidos absolutamente. Por mais descentralizada e regionalizada que seja a atenção do SUS, o acesso de fato não é universal, igualitário e integral. Nesse diapasão, a judicialização da saúde surge como instrumento apaziguador das desigualdades sociais que, se não considerado o mais legítimo, torna-se o mais eficaz à garantia da saúde do que a própria atuação da Administração Pública.

Dessa forma, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Segurança 2.361 de Pernambuco e diante de todas as exposições aqui aventadas, infere-se que a intervenção do Poder Judiciário (em outras palavras, a aplicação da judicialização da saúde), é legítima e não fere o princípio da separação dos poderes desde que

apenas vise consolidar as políticas públicas já implementadas, sempre valendo-se de um juízo de ponderação para fazer uso da melhor e mais justa aplicação da lei a cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando Mussa Abujamra. TEORIA GERAL DO DIREITO SANITÁRIO BRASILEIRO. 2006. 2 v. Tese (Doutorado) - Universidade De São Paulo, São Paulo, 2006.
- ALEXY, Robert. ON CONSTITUTIONAL RIGHTS TO PROTECTION. *Caderno de Pesquisa: Legisprudence*, Oxford, v. 3, n. 1, p. 1-17, jul. 2009.
- ALEXY, Robert. TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.
- ALEXY, Robert. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012
- ASSIS, Araken de. ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO E DO DIREITO À SAÚDE. Porto Alegre: Notadez Informação Ltda. 2007.
- BLIACHERIENE, Ana Clara; SANTOS, José Sebastião dos Daniel. DIREITOS À VIDA E À SAÚDE: Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.
- BOBBIO, Norberto. A ERA DOS DIREITOS. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. O FINANCIAMENTO DA SAÚDE. Brasília, 2011. (Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS).
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 abr. 2013.
- BRASIL. Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde - CNS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm>. Acesso em: 17 abr. 2013.
- BRASIL. Lei Complementar nº. 141/2012, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle de despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 17 abr. 2013.
- BRASIL. Lei nº. 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 abr. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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 45/DE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04/05/2004. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saúde - aquisição e fornecimento de medicamentos - doença rara. RE 195.192-3/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 22/2/2000. disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SA%DADE+AQUISI%C7%C3O+E+FORNECIMENTO+DE+MEDICAMENTOS+DOEN%C7A+RARA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cyekvz>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno : [atualizado até março de 2011]. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_marco_2011.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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. Fornecimento de medicamento: ENBREL (Etanercepte). Fármaco registrado na ANVISA. 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. Acórdão em Suspensão de Segurança n. 2361-PE. Alcina de Andrade Gonçalves de Lima, Alessandro Feitosa Tomé de Souza e Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 17 mar. 2010. <Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087064/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2361-pe-stf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M.. O CUMPRIMENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29 NO BRASIL. Cadernos de Saúde Pública [online], v. 23. n. 7, 2007. p. 1613-1623. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000700012>

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 7ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica. 1. ed (ano 2006), 2. tir (ano 2007). Curitiba: Juruá Editora. 2007.

DAIN, Sulamis. OS VÁRIOS MUNDOS DO FINANCIAMENTO DA SAÚDE NO BRASIL: Uma Tentativa de Integração. *Ciência e Saúde Coletiva* [online], v. 12, p. 1851-1864, 2007. Suplemento. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S010288392004000300005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. DIREITO À SAÚDE, RECURSOS ESCASSOS E EQUIDADE: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, Mar. 2009. Dis<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011525820090010100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 abr. 2013.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 6ª. ed. Salvador: Editora JusPodvim. 2012.

LOPES, Mauricio Caldas. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

LURCONVITE, Adriano dos Santos. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: Suas Dimensões e sua Incidência na Constituição. In: *Ambito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 48, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528> Acesso em: 09 jul. 2013

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À SAÚDE. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 8ª. ed. Brasília: Editora Saraiva. 2013.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: Contribuição para uma teoria. São Paulo: Editora LTr. 1997.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2008.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. DIREITO DA SAÚDE: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo: LTr. 1999.

ROMANELLI, Paulo Roberto Stocco. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO: Quem Paga a Conta?. p. 2. In: *SAÚDE PÚBLICA: Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temáticas*. p. 30. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/SUS_abr2009.pdf> Acesso em: 16 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998

SARLET, Ingo Wolfgang. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

SCAFF, Fernando Facury. CONSTITUCIONALISMO, TRIBUTAÇÃO E DIREITOS HUMANOS. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

SCHWARTZ, Germano. DIREITO À SAÚDE: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, José Afonso da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 34ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

SOARES, Adilson. FORMAÇÃO E DESAFIOS DO SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL: Uma Análise de Investimentos Realizados para Ampliação da Oferta de Serviços. Cadernos de Saúde Pública [online], v. 23, n. 7, p. 1565-1572, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102311X2007000700007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>

SOLLA, Jorge José Santos Pereira et al. MUDANÇAS RECENTES NO FINANCIAMENTO FEDERAL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: Atenção Básica à Saúde. Rev. Bras. Saude Mater. Infant. [online], v. 7, n. 4, 2007. p. 495-502. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292007000400018&lng=en&nrm=iso>.

TORRES, Ricardo Lobo. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda. 1999.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. AÇÕES JUDICIAIS E DIREITO À SAÚDE: Reflexão Sobre a Observância aos Princípios do SUS. Revista de Saúde Pública [online], v. 42, n. 2, p. 365-369, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0034-89102008000200025&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. DISTORÇÕES CAUSADAS PELAS AÇÕES JUDICIAIS À POLÍTICA DE MEDICAMENTOS NO BRASIL. Revista de Saúde Pública [online], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489102007000200007&script=sci_abstract&tlng=pt>

WEICHERT, Marlons Alberto. O DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE. In: SOUZA, André Evangelista de et al. DIREITO DA SAÚDE NO BRASIL. SANTOS, Lenir (Org.). Campinas: Saberes, 2010.