



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD**

LEANDRO GOMES DA SILVA

**A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO
BRASIL**

**SOUSA– PB
2017**

LEANDRO GOMES DA SILVA

**A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO
BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito, Campus Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva

LEANDRO GOMES DA SILVA

**A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO
BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, Campus Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito.

Data de aprovação: 13/03/2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva
Universidade Federal de Campina Grande-UFCG
Orientador

Prof. Lourdemário Ramos de Araújo (UFCG)

Prof. Francisco César Martins de Oliveira (UFCG)

Aos meus pais, pelo exemplo de dedicação e esforço por sempre lutarem para proporcionar uma condição melhor de vida, principalmente o estudo que não tiveram. Aos meus irmãos, pois são verdadeiros amigos nessa jornada da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por conseguir vencer mais essa etapa em minha vida.

Agradeço a minha mãe, Vera Lúcia Gomes da Silva, meu maior exemplo, pela fonte inesgotável de amor, fé, sabedoria, garra e muita paciência.

Agradeço a meu pai Heleno Alves da Silva, meu ídolo, pela força, coragem e todos os dias mostrar que eu posso ser mais e mais tanto na vida quanto na profissão e que não há limites para sonhar e chegar a um objetivo.

Agradeço aos meus irmãos Lucas e Luan, por serem guerreiros, dois parceiros para toda a vida.

Agradeço a minha namorada Thaís, por ser amiga, companheira, parceira na vida, estando nos bons e maus momentos do meu lado.

Agradeço aos amigos que fiz no período de estágio na Procuradoria Federal do INSS, pois foram e são importantes para a vida e o crescimento jurídico, pois guardo um enorme carinho por todos. São eles: Andressa, Jéssica Carvalho, Priscila, Marcinho Boss, Mano Walter, Priscila, Alex, Pedro Matheus, Sâmia, Rayane, Ingrid e Jéssica Pereira

Agradeço a Rafaela e Dr. Fabiano pelo aprendizado no estágio realizado no Primeiro Juizado Especial Misto da Comarca de Sousa, TJPB. São pessoas sensacionais, alegres e o mais importante: humildes. Muito obrigado.

Agradeço aos amigos que fiz em São Paulo, mesmo com à distância a amizade se mantém e espero vê-los em breve.

Agradeço aos amigos que fiz em Sousa-PB nesse período da minha estadia na Paraíba, especialmente Cleuton, Kaio, Matheus Casimiro, Matheus Fialho, Henrique, Eduardo e a galera do Clube.

Agradeço aos amigos da sala, especialmente a galera do GDD, vocês são sensacionais!

Agradeço aos amigos que fiz e os mestres que conheci no meu início de curso na Faculdade São Francisco da Paraíba- FASP.

Agradeço a todos os professores que passaram em minha vida, demonstraram paixão pela docência mesmo em condições de trabalhos precárias que são oferecidas no Brasil. Ofertaram lições não só de cunho acadêmico, mas de vida. Muito obrigado!

Agradeço ao meu orientador e professor, Eduardo Pordeus Silva, pelos ensinamentos, dicas e por demonstrar ser uma pessoa humilde, solícita e amiga. Mestre brilhante.

Por fim, agradeço pela contribuição de todos, pois essa conquista é de vocês! “Nunca se esqueça de sua origem”!

*“Ser chamado de louco foi essencial na minha vida, porque são os loucos que fazem coisas extraordinárias”.
(Renato Saraiva).*

RESUMO

Este trabalho discute assuntos que estão relacionados ao direito à saúde no Ordenamento Jurídico pátrio, tendo como finalidade principal do estudo a possibilidade da utilização judicialização como meio de concretização daquele direito. Ocorre que a problemática está relacionada com as críticas formuladas acerca da utilização desse mecanismo, que são embasadas pela teoria da reserva do possível e o princípio da Separação dos Poderes. Entretanto, o Poder Público utiliza a teoria da reserva do possível de forma genérica, sem observar os preceitos daquela. O tipo de pesquisa a ser utilizado neste trabalho será a documentação indireta, tendo em vista a utilização de materiais bibliográficos, jurisprudencial e legal. O método procedimental que será utilizado é o histórico, pois torna-se necessário o conhecimento de como se deu o surgimento da temática e seu desenvolvimento. Também será utilizado o método dedutivo, uma vez que será analisado a relação da judicialização do direito à saúde com o princípio do mínimo existencial e os direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana e o direito a vida. O objetivo é analisar a possibilidade da judicialização da saúde como meio de efetivação dos direitos fundamentais, analisando e relacionando com os diversos princípios que estão elencados na Carta Magna vigente. O Estado Democrático de Direito trouxe nova roupagem para o Ordenamento Jurídico, uma vez que o Estado, como um todo, tornou-se protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Assim, o Poder Judiciário exerce papel de destaque na concretização dos direitos fundamentais, pois essa atuação decorre do próprio texto constitucional. Destarte, conclui-se que a judicialização poderá ser utilizada como meio de efetivação do direito à saúde, não violando a teoria da reserva do possível sem uma alegação com preceitos desta e a Separação dos Poderes, pois o julgador utilizará como critérios a proporcionalidade, razoabilidade e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto, promovendo o direito à saúde, dignidade da pessoa humana e o direito a vida.

Palavras-chave: Direito à saúde; Judicialização; Princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This paper discusses issues that are related to the right to health in the Brazilian legal system, with the main purpose of the study the possibility of using as a means of achieving judicialization of that right. It turns out that the problem is related to the criticisms about the use of this mechanism, which is based the theory of possible reservation and the principle of separation of powers. However, the Government uses the theory of possible reserve in a generic way, without observing the precepts of that. The type of research to be used in this work will be the indirect documentation, with a view to the use of bibliographic materials, case law and legal. The procedural method that will be used is the history, because it is necessary to the knowledge of how the emergence of the theme and your development. Will also be used the deductive method, since it will be analyzed the relationship of the judicialization of the right to health with the minimum existential principle and fundamental rights, especially human dignity and the right to life. The goal is to examine the possibility of the judicialization of health as a means of implementation of fundamental rights, analyzing and correlating with the various principles that are listed in the Magna Carta. The democratic State of law brought new guise to the legal system, since the State as a whole has become protagonist in implementation of fundamental rights, in particular social rights. Thus, the Judiciary exerts a major role in the implementation of fundamental rights, because this performance stems from the constitutional text itself. Thus, it is concluded that judicialization can be used as a means of operationalizing the right to health, not violating the recently possible without an allegation with precepts of this and the separation of powers, because the judge will use as criteria to proportionality, reasonableness and decisions handed down by the Supreme Court in this case, promoting the right to health, human dignity and the right to life.

Keywords: Judicialization; Principle of human dignity; Right to health.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ECLOSÃO E PROGRESSO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PONDERAÇÕES INICIAIS	12
2.1 EVOLUÇÃO E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
2.2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	23
3 O DIREITO À SAÚDE NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	26
3.1. DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	26
3.2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O MÍNIMO EXISTENCIAL	30
3.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	35
4 A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	41
4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SOCIAIS.....	41
4.2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	46
4.3 ANÁLISES DE JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE E FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS.....	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 elevou os direitos e garantias fundamentais a uma condição de destaque no Ordenamento Jurídico pátrio jamais vista em outras cartas constitucionais, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como base para deste sistema jurídico. Com a instauração do Estado Democrático de Direito, tornou-se imprescindível a observância dos direitos fundamentais nas relações privadas e públicas praticadas no país.

O rol de direitos fundamentais catalogados pela Carta Magna abarcou o direito à saúde, tornando-se a primeira Constituição brasileira a elevar este direito naquele rol. Percebe-se a íntima relação da saúde com outros direitos, especialmente a dignidade da pessoa humana e o direito a vida. Para muitos, a saúde é condição essencial para o exercício de outros direitos.

A CRFB/1988 garante que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que irá valer-se de políticas sociais e econômicas para concretização daquele, objetivando a redução dos riscos de doenças e outras situações, promovendo o acesso universal e igualitário para todos, observando a proteção e recuperação do indivíduo.

Todavia, o Brasil possui atualmente um Sistema Único de Saúde - SUS combatido e que não garante a efetividade da saúde, pois diariamente em todo país ocorrem diversas violações acerca daquele direito que entram em colisão com os preceitos constitucionais, ferindo assim a dignidade da pessoa humana. Percebe-se que os Poderes Executivo e Legislativo não estão cumprindo efetivamente as políticas públicas e sociais sobre a saúde.

Deste modo, diversas pessoas buscaram guarida no Poder Judiciário para que o direito à saúde fosse assegurado. Ocorre que a problemática consiste na possibilidade ou não daquele Poder efetivar aquele direito, pois são efetuadas diversas críticas acerca dessa situação. Os argumentos contrários a judicialização da saúde decorrem de premissas como usurpação de competência, violação ao princípio da Separação dos Poderes e a não observância da teoria da reserva do possível.

No presente trabalho de conclusão de curso, tem por objetivo principal, analisar a possibilidade da judicialização da saúde como meio de efetivação dos

direitos fundamentais, analisando e relacionando com os diversos princípios que estão elencados na Carta Magna vigente, sobretudo com os princípios da dignidade da pessoa humana e o direito a vida.

Estando estruturado em três partes, o presente trabalho iniciará o primeiro capítulo analisando os direitos fundamentais, como ocorreu se deu a evolução e suas dimensões, sem pretensão de esgotamento da temática, e ainda observando alguns aspectos gerais daqueles. Também será necessário observar os direitos fundamentais na Carta Magna de 1988.

No segundo capítulo, torna-se necessário tecer notas acerca dos direitos sociais na Constituição Federal, pois o direito à saúde está englobado nesta classificação, e assim será analisado aquele direito e suas peculiaridades, conseqüentemente serão analisados brevemente, a teoria da cláusula reserva do possível e o princípio do mínimo existencial.

No terceiro capítulo serão tecidas palavras acerca da judicialização das políticas públicas e sociais, por conseguinte a judicialização da saúde no Brasil e a importância desta como meio para efetivação dos direitos fundamentais.

Por fim, o presente trabalho utilizará diversos materiais como fonte de pesquisa bibliográfica, tais como: doutrina, artigos científicos, notícias públicas nos veículos de comunicação, jurisprudencial e legal, sendo assim a técnica de pesquisa é a documentação indireta. Ocorrendo também a observância do método histórico-evolutivo acerca da temática. Deste modo, o trabalho utilizará o método de abordagem dedutiva, devido ao fato da utilização de lições de diversos doutrinadores sobre o tema e as várias formas interpretativas de conceitos, divergências doutrinárias e outros aspectos.

2 ECLOSÃO E PROGRESSO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PONDERAÇÕES INICIAIS

Neste capítulo será analisada a evolução e dimensões dos direitos fundamentais apresentando de forma breve e sem pretensão de esgotamento da temática alguns aspectos gerais daqueles, tais como: distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, a diferença entre direitos e garantias, características do objeto em análise e sucintas palavras acerca da colisão de direitos fundamentais. Por fim, serão tecidas breves notas acerca dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

2.1 EVOLUÇÃO E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais desenvolveram-se de forma gradual no decorrer do lapso temporal histórico. O surgimento das civilizações, que se organizaram através de observância de diversas normas, sendo que estas foram transformadas, com o Estado analisando quais situações mereciam ser tuteladas. Tendo por base que o Direito é dinâmico, ao longo do tempo ocorreu a maturação e o progresso de acordo com as mudanças que afetava a sociedade de forma incessante.

Os surgimentos dos primeiros direitos fundamentais tiveram como ponto crucial a necessidade de limitar e controlar a atuação estatal para que não ocorresse excesso ou ato ilícito cometido por este, através de seus agentes. Em um primeiro momento, exigiu-se que o Estado tivesse uma atitude em não fazer, assim gerando uma abstenção deste, tendo em vista a liberdade individual.

Segundo a doutrina, a consolidação dos direitos fundamentais como normas de caráter obrigatório deve-se ao resultado de uma conscientização histórico-social e evolutivo, sendo possível notar que aqueles não são os mesmos em diversos períodos do tempo, pois ocorreram modificações nos direitos fundamentais com o intuito de estarem de acordo com os anseios sociais e terem uma coerência lógica (MENDES; BRANCO, 2015, p. 135-136).

Diversos doutrinadores apontam alguns documentos jurídicos de diversas nações que continham os direitos fundamentais, sendo que o ponto inicial destes é a famosa Magna Carta inglesa de 1215, pois direitos políticos contidos nesta

beneficiavam uma determinada classe social que limitavam atuação do Rei João Sem Terra.

As teorias contratualistas que foram desenvolvidas nos séculos XVII e XVIII influenciaram no sentido de que o Estado deveria defender certos direitos dos indivíduos, pois estes preexistem em relação aquele, assim a autoridade política teria uma submissão devido a essa preexistência acima. Assim, surgiram a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, e a Declaração francesa de 1789 que foram influenciadas por aqueles ideais. Deste modo, é tido como o início de desenvolvimento dos direitos fundamentais.

No século XX, exigiu-se uma atuação positiva do Estado para que garantisse diversos direitos que estão classificados na segunda geração de direitos, tais como direitos econômicos, culturais e sociais, visando assim garantir o bem-estar do indivíduo com essas prestações positivas do Estado.

Os direitos fundamentais tem o objetivo de garantir uma convivência pacífica, pois é conjunto de normas, princípios, entre outros. Nesse sentido, o professor Bulos preceitua que:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, origem, cor, condição econômica ou status social. (BULOS, 2015, p. 526).

O objeto desta análise obteve um papel determinante na evolução histórico-social dos povos, pois se mostraram limitadores das ações arbitrárias e ilícitas praticadas pelo Estado e garantiram liberdade ao indivíduo em face daquele.

Os direitos fundamentais não foram criados ou desenvolvidos em um único e determinado momento histórico. Os referidos direitos surgiram de forma lenta, vagarosa, pois observa a evolução histórico-social, consequência de maturação de diversas conquistas políticas no lapso temporal, de forma lenta, pelo homem. Aqueles ganharam importância dentro do meio social e, conseqüentemente, foram disciplinados nas cartas constitucionais.

Segundo MARMELSTEIN (2009), o entendimento normativo dos direitos fundamentais nasce com a solidificação dos pontos cruciais do Estado democrático de direito, sendo que foram criados instrumentos jurídicos para que a população participasse das decisões políticas, bem como elaboraram mecanismos para limitação do poder estatal.

Diversos doutrinadores traçaram um perfil histórico-temporal do que foi narrado alhures, tendo como expoente Paulo Bonavides com notável contribuição para a temática. Aqueles estreitaram os direitos em diferentes grupos, tendo uma nomenclatura denominada, gerações.

Entretanto, o primeiro jurista que formulou a ideia das “gerações dos direitos”, foi o tcheco naturalizado francês Karel Vasak, em uma aula inaugural proferida no Curso do Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estraburgo, na França. Nesta oportunidade, Vasak apresentou aquela teoria baseada nos ideais franceses (lema) da Revolução Francesa, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade. Sendo assim, Vasak classificou em três gerações de direitos, passando assim a definir uma sequência histórica de identificação e instituição desses direitos.

Essa teoria ganhou diversos adeptos no âmbito internacional, inclusive no Brasil, pois o Supremo Tribunal Federal admitiu aplicação daquela em decisão proferida no MS 22.164/SP, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, Pleno, MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, I, de 17-11-1995, p. 39206).

Em outro giro, insta salientar que, a terminologia “geração” recebe variadas críticas, pois remete a uma ideia de sobrepujar, que em outras palavras significa uma superação de uma geração de direitos por uma nova, ocorrendo, destarte, uma sucessão entre estes, tornando-a antiquada e ultrapassada. No cerne, os críticos adotam o termo “dimensão”, pois entendem o mais adequado levando em consideração que este representa uma evolução da palavra geração, ocorrendo assim, uma nitidez maior acerca das liberdades públicas.

Cumprindo obter que, o termo "geração" continua sendo logrado pela maioria dos doutrinadores acerca da temática, Masson leciona que:

A sucessão de "gerações" deve ser vista como uma evolução que amplia o catálogo de direitos fundamentais da anterior, sendo possível, inclusive,

modificar o modo de interpretá-los. Destarte, não há que se falar em sedimentação de direitos por "geração", tampouco em substituição da "geração" antecedente pela posterior. (MASSON, 2016, p. 196).

Mesmo com essa celeuma doutrinária levantada acerca de qual terminologia é a correta, há concordância no que diz dos objetos das dimensões e gerações de direitos. Por fim, utilizando a teoria das gerações de direitos, torna-se imperioso analisar detidamente cada uma delas, pois é necessário para a compreensão em qual período histórico os direitos foram nascendo. A seguir uma breve análise das gerações de direitos fundamentais.

A primeira geração são os direitos de liberdade, tais como os direitos civis e políticos, que foram responsáveis por influenciar o constitucionalismo ocidental, no final do século XVIII e início do século XIX. São direitos que pertencem aos indivíduos, exigem uma abstenção do Estado em não fazer ou não realizar uma prestação estatal. Deste modo, possuem caráter negativo e oponível ao Estado.

O contexto social anterior a conquista desta geração de direito, tinha por base um Estado Absolutista, que detinha o poder sobre todos setores da sociedade, em especial, político, econômico, social, jurídico, religioso, entre outros. Com base neste regime, o Estado cometia diversos abusos desde um procedimento de repressão penal que continham várias penas cruéis e que não garantiam o direito de defesa ao acusado, e até mesmo, a cobrança pesada de tributos dos seus súditos para o financiamento do clero e da nobreza.

Tais situações contribuíram para uma revolta popular, pois estes não detinham direito de participação nas decisões tomadas pelo Estado. Com o passar dos anos, surgiram diversas vozes para denunciar as atitudes nefastas que o Absolutismo cometia em face do povo.

Segundo Marmelstein a Reforma Protestante, tendo Martino Lutero como uma das figuras centrais daquela, contribuiu para que o poder político exercido pela Igreja Católica não influenciasse em demasia as decisões do Estado; o Iluminismo, movimento iniciado no século XVIII, mostrou que o livre pensamento seria uma viga mestra e condição intrínseca para o surgimento de ideias que colaborassem com o desenvolvimento da humanidade (MARMEELSTEIN, 2009, p. 43).

Em relação ao campo econômico, as ideias apresentadas por Adam Smith no livro "A riqueza das Nações", publicado em 1776, introduziram o pensamento que o Estado não poderia exercer o papel regulatório do mercado, pois este teria a

capacidade de se autorregular. Por fim, em 1789, Abade Sieyès publicou um livreto intitulado: “O que é o Terceiro Estado?”, Transmitia o pensamento que seria necessário a participação do povo na tomada de decisões políticas do Estado, com o intuito de evitar e controlar os atos praticados pela nobreza que eram danosos ao meio social.

Os séculos XVII e XVIII tiveram diversas revoluções denominadas liberais ou burguesas, sendo influenciadas por diversos posicionamentos, conforme alhures. As revoluções obtiveram êxito e promoveram mudanças na conjuntura da política mundial, tendo, deste modo, ocorrido a superação do Estado absoluto pelo Estado democrático de direito.

Os direitos de segunda geração estão relacionados com a igualdade entre homens, englobando direitos econômicos, sociais (serão analisados em momento oportuno) e culturais. Exigem uma ação positiva do Estado para que ocorra a efetivação daqueles, promovendo ações estatais que implantem políticas públicas para a concretização dos direitos desta geração.

A luta por esses direitos iniciou-se no final do século XIX e início do século XX, tendo como base a disparidade econômica entre as classes sociais que ocorreu no período da Revolução Industrial e o crescimento demográfico das cidades influenciaram para a desigualdade entre classes. Vale ressaltar que no período da Revolução Industrial, o crescimento econômico beneficiava uma minoria, mas em detrimento da maior parcela da sociedade que sofria diversos problemas sociais (fome, desemprego, jornadas de trabalho exaustivas, etc).

Conforme preceitua Marmelstein:

“o Estado não tinha mais capacidade em promover harmonia social, ocorrendo assim um desequilíbrio acentuado entre as classes sociais e deste modo, os operários organizaram-se em grupos politizados e buscaram por direitos e melhorias na seara trabalhista e social” (2009, p. 48).

Por fim, o Estado do bem-estar social nasce devido aos aspectos narrados acima, com o intuito de melhorar as condições de vida da sociedade, tornando-se assim um contraponto ao pensamento liberal que vigorava no período. Com uma atuação positiva do Estado na efetivação dos direitos sociais, buscou-se nestes alcançar uma justiça social.

Na terceira geração de direitos fundamentais, englobam-se os direitos de fraternidade e solidariedade. Masson preceitua que esses direitos visam tutelar

interesses coletivos ou difusos que estão relacionados a condição humana, atingindo assim todas as classes sociais sem distinção e de forma genérica (MASSON, 2016, p. 197).

Após a Segunda Grande Guerra, os Estados reconheceram a necessidade de uma mudança, no sentido de efetivação da proteção da pessoa humana, ocasionando assim uma expansão dos direitos já conquistados e o nascimento de outros.

Conforme se sabe, devido a esse movimento de internacionalização dos valores baseados em que estes são universais, e deste modo tornou-se comum o surgimento de diversos tratados internacionais pactuados entre os Estados, com o objetivo de proteção de valores ligados à dignidade da pessoa humana e com a finalidade de construir um padrão ético global (MARMELESTEIN, 2009).

Por fim, os direitos que estão englobados nesta geração são: o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à qualidade de vida, à propriedade sobre o patrimônio da humanidade, meio ambiente ecologicamente equilibrado, e direitos relacionados aos consumidores e infância e juventude.

Alguns doutrinadores enumeram o surgimento de novas gerações de direitos, tendo em vista que é constante a luta pela garantia da dignidade humana e que os textos jurídicos deverão acompanhar os anseios sociais e culturais que vão aparecendo.

A quarta geração de direitos fundamentais deve-se a globalização, conforme lição de Bonavides, leciona que:

Globalizar esses direitos equivale a universalizá-los no campo institucional. Assim, a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social (BONAVIDES, 2004, p. 571).

Nesta dimensão de direitos estariam à democracia, pluralismo e à informação e Masson, sinaliza que serão necessários para a concretização de uma sociedade aberta do futuro, atingindo o limite da dimensão de universalidade, levando em consideração que o mundo tem se mostrado disposto a inclinar-se para esta realidade nas relações de convivência (MASSON, 2016, p.198).

Na doutrina contemporânea, precisamente o professor Paulo Bonavides defende a existência da quinta geração de direitos fundamentais e que o direito englobado nesta categoria seria o direito à paz. Entretanto, Karel Vasak classificou o

direito à paz como integrante da terceira geração de direitos, sendo que foi de forma exemplificativa na primeira aula inaugural do Instituto Internacional de Direitos Humanos.

Contudo, Bonavides (2004) reconhece como uma geração autônoma, pois está intimamente ligado com a democracia e que legitima a liberdade e a convivência dos povos.

Em suma, com o surgimento e evolução dos direitos fundamentais, ocorreu, de forma considerável, uma limitação do poder estatal, evitando assim diversos abusos de poder praticado pelo soberano em face do indivíduo, prejudicando assim a vida particular deste. Destarte, foram breves notas acerca das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

2.2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após uma breve análise da evolução e das gerações dos direitos fundamentais no tópico anterior, torna-se imperioso um breve estudo acerca de alguns aspectos que estão relacionados com os direitos fundamentais. Serão estudados a seguir e na sequência: a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais; distinção entre direitos e garantias; características dos direitos fundamentais, e por fim, as colisões dos direitos fundamentais.

As denominações direitos humanos e direitos fundamentais em um primeiro momento poderão apresentar-se como sinônimos, conforme alguns doutrinadores apontam entretanto, observa-se que há uma situação em que demonstra distinção entre elas. Em que pese no plano de finalidade seja possível a identificação de que os direitos fundamentais como os direitos humanos visam assegurar a proteção do princípio da dignidade humana e estão interligados a valores que estão relacionados a sociedade. Todavia, no plano de consagração ocorre uma distinção que será abordada a seguir.

Os direitos humanos estão relacionados com as condições essenciais ao homem, tendo por base postulações realizadas pelos jusnaturalistas, com estrutura filosófica e a positivação não ocorrerá em um ordenamento jurídico interno.

Os direitos fundamentais estão concatenados com os direitos positivados em um ordenamento jurídico de um determinado Estado, sendo que aqueles serão

aplicados as pessoas deste Estado. Portanto, são direitos que estão tipificados e aplicados em um lapso temporal e territorial, e que por estes ocorrerá limitações.

Por fim, direitos humanos e direitos fundamentais distinguem-se, deste modo, no âmbito de consagração (positivação), pois os primeiros são exigíveis no cenário do Direito Internacional, enquanto os últimos estão relacionados a positivação no ordenamento jurídico interno de cada Estado.

Em outro passo, observando a sequência que fora apresentada no início do presente tópico, passa-se para a análise da distinção dos direitos e garantias fundamentais, pois a própria doutrina aponta a diferença entre aqueles, entretanto, demonstra que um depende do outro para a efetivação do bem pretendido e disposto na Carta Magna.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), não trouxe em seu bojo distinção expressa sobre denominações de direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, o intérprete terá que ter uma atenção acerca da diferença das palavras alhures, para que ocorra uma aplicação correta dos institutos no caso em concreto..

Os direitos fundamentais são bens que estão entabulados na Carta Magna. As garantias fundamentais também estão previstas no texto constitucional, pois são disciplinados como instrumentos que dão guarida aos direitos fundamentais. São mecanismos de proteção e oposição ao Estado que o indivíduo poderá utilizar para efetivação de seus direitos.

Lenza observa que existe uma distinção entre garantias fundamentais e remédios constitucionais, pois estes são uma espécie daquele gênero, tendo em vista que nem todas as garantias estarão em dispositivos definidos pela Constituição Federal como remédios constitucionais. Contudo, em situações específicas a garantia poderá estar disposta no texto de lei que tutela o direito (LENZA, 2015).

Destarte, os direitos e garantias fundamentais tem uma relação íntima e necessária, tendo em vista que estes são mecanismos/instrumentos que assegurarão a execução e proteção de direitos; enquanto os direitos fundamentais estão dispostos na norma constitucional e são verdadeiros bens assegurados aos indivíduos.

O terceiro aspecto a ser comentado no presente trabalho trata-se das características dos direitos fundamentais. Tendo em vista as várias subdivisões didáticas apresentadas no campo do Direito, estas geram diversas discussões entre

doutrinadores, pois estes delimitam várias nomenclaturas e aspectos acerca da temática. Conforme explicam Paulo e Alexandrino:

Enfim, deve-se entender que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, constituindo eles um conjunto aberto, dinâmico, mutável no tempo. Essa característica dos direitos fundamentais encontra-se expressa no § 2 do art. 5º da CFRB/88, nos termos seguintes: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 101).

Em que as dificuldades narradas acima, a doutrina majoritária aponta algumas características que são comuns dos direitos fundamentais, sendo que cada uma daquelas serão analisadas brevemente a seguir.

A primeira característica é a imprescritibilidade, pois afirma que os direitos fundamentais não extinguem-se pelo decurso do lapso temporal. Imperioso destacar que o instituto jurídico da prescrição afetará os direitos patrimoniais, mas os direitos personalíssimos não serão afetados.

Já a inalienabilidade diz que os direitos fundamentais não poderão ser alienados, nem por título gratuito ou a título oneroso, deste modo aqueles são inegociáveis, indisponíveis e intransferíveis.

Em outro passo, a irrenunciabilidade mostra que os direitos fundamentais poderão não ser exercidos, entretanto, não serão renunciados pelo homem em caráter absoluto.

A inviolabilidade é uma característica que detêm uma função importante, pois reforça a impossibilidade de atos infraconstitucionais ou atos de autoridade violarem os direitos fundamentais, sendo que estes atos poderão ser responsabilizados nas esferas civil, penal e administrativa;

Os direitos fundamentais possuem um caráter universal, pois abrangem todos os indivíduos independentemente de raça, religião, sexo, entre outras situações. Aqui, segundo Masson:

Esta característica aponta a existência de um núcleo mínimo de direitos que deve estar presente em todo lugar e para todas as pessoas, independentemente da condição jurídica, ou do local onde se encontra o sujeito- porquanto a mera condição de ser humano é suficiente para a titularização. (MASSON. 2016, p.198).

Vale ressaltar que alguns direitos não serão exercidos universalmente por todos os indivíduos, pois será possível que uma Constituição traga em seu bojo alguma limitação aos titulares de certas condições.

A efetividade demonstra que o Poder Público deve ter uma atuação positiva objetivando garantir os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico, sendo possível a utilização de mecanismos para efetivação daqueles.

Os direitos fundamentais detêm um caráter complementar, pois deverão ser interpretados conjuntamente e não isoladamente, sendo assim com objetivo de alcançar e efetivar as disposições elaboradas pelo legislador;

Possui uma característica denominada indivisibilidade, pois compõem um sistema afinado, consonante e harmonioso, ocorrendo uma impossibilidade de interpretação e aplicação daqueles separados, tendo em vista possuem ligações entre si, com o intuito de efetivar e proteger as disposições na Carta Magna; Por fim, merece ser citada a característica de historicidade que os direitos fundamentais possuem, pois são dotados de caráter histórico-evolutivo, uma vez que são proclamados em diversas épocas, e poderão desaparecer ou serão modificados com decurso do tempo, sendo que a existência de um direito fundamental só fará sentido se estiver contextualizado com o período histórico.

Com a superação do estudo acerca das características dos direitos fundamentais, passa-se para o último aspecto que será analisado no tópico, qual seja, a colisão dos direitos fundamentais, tendo em vista que estes possuem conteúdos essenciais de abertura e variação, sendo constatados quando aqueles relacionam entre si ou com outras normas constitucionais em determinados casos concretos.

A colisão de direitos fundamentais ocorre no caso concreto, quando um sujeito deste caso invoca determinado direito fundamental em seu favor e ao mesmo tempo a outra parte utiliza direito fundamental distinto daquele.

Paulo e Alexandrino preceituam que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, concluindo assim, pela não aplicação integral de um direito fundamental em detrimento total de outro. Deste modo, deve-se buscar uma conciliação entre aqueles, observando a extensão e relevância de cada direito fundamental em determinado caso concreto (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

Nesse conflito acima, o intérprete poderá utilizar mecanismos para solucionar aquele de uma melhor maneira, tais como o princípio da

proporcionalidade e a ponderação, visando assim uma solução útil para esse problema, levando em consideração as peculiaridades da situação fática.

O princípio da proporcionalidade busca uma maneira de aplicação equilibrada e otimizada no caso em concreto. Com base naquele princípio, os direitos fundamentais em situação de colisão de direitos, poderão ser relativizados, mas preservando sua essência, ou seja, seu núcleo fundamental.

A proporcionalidade possui três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que estes relacionam entre si como corolários, tornando necessário que essa análise daquelas regras seja efetuada nesta ordem pré-definida.

MASSON leciona que:

[...] adequação quando o modo escolhido possibilita que uma determinada meta possa ser alcançada, ou, estimulada. Em outro passo, a necessidade é confirmada quando a meta pretendida não poderá ser estimulada, com a mesma energia, através de outro instrumento que demarque o direito fundamental em uma menor extensão, com uma menor consequência. (MASSON, 2016, p. 211).

O terceiro elemento que é a proporcionalidade em sentido estrito, pode ser entendido no sentido de que a ponderação entre a intensidade do controle e limitação do direito fundamental debatido e a relevância da aplicação do direito fundamental que está em conflito com aquele, é o que norteia para aplicação de uma medida restritiva.

A técnica da ponderação baseia-se na premissa que os princípios constitucionais possuem pesos diversos, todavia, essa situação abstrata é um dos fatores da técnica alhures. Para Barroso: “é uma técnica a ser utilizada em uma decisão judicial que será utilizada em casos com alto grau de complexidade, pois a subsunção não foi capaz de solucionar o caso concreto” (BARROSO, 2015, p. 373).

Em suma, ocorrendo conflito entre os direitos fundamentais, será necessário que ocorra uma conciliação entre aqueles, utilizando-se o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação, podendo assim ocorrer uma solução para tal conflito. Vale ressaltar, que é necessária uma análise minuciosa do caso em concreto, levando em consideração todas as peculiaridades abarcadas, para que possa ter uma aplicação de um direito fundamental, entretanto, sem vedar de forma integral aplicação de outro direito fundamental conflitante.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 elevou os direitos fundamentais em uma condição precursora que reconheceu a efetivação dos direitos fundamentais, deste modo, o estado democrático de direito fora adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

No corpo normativo-constitucional brasileiro em vigor estruturou os direitos fundamentais no título II e em cinco categorias diversas: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e direitos dos partidos políticos.

Os direitos individuais estão tipificados no capítulo I- dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º da CRFB/1988). Estão relacionados diretamente aos princípios da dignidade humana e direitos ligados a sua própria personalidade (liberdade, dignidade, vida, etc.); direitos coletivos concatenados com diversos grupos sociais.

Os direitos sociais dispostos no capítulo II- dos direitos sociais (arts. 6º ao 11), estão atrelados ao Estado Social de Direito, isto significa que o Estado promoverá atuações positivas com intuito de concretizar a igualdade material entre os indivíduos com melhorias de condição de vida.

Em relação aos direitos de nacionalidade que estão descritos no capítulo III- da nacionalidade (arts. 12 e 13), determinam o vínculo jurídico político dos indivíduos com um Estado específico, sendo que o direito a nacionalidade é um direito básico e que o indivíduo poderá exigir do Estado uma proteção, pois está capacitado devido a este direito, no entanto, importa alguns deveres ao destinatário desse direito.

Os direitos políticos encontram-se no capítulo IV (arts. 14 a 16) e conforme Paulo e Alexandrino:

[...] é um conjunto de regras que regulam a forma de atuação da soberania popular, sendo que estes objetivam a permissão do indivíduo, de forma livre e consciente, para que atue nos negócios jurídicos do Estado, e por fim será atribuído características relacionadas a cidadania. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p.107).

Os direitos relacionados aos partidos políticos estão dispostos no capítulo V (art. 17), sendo estes relacionados à existência, organização e participação

daqueles no âmbito social. São de suma importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, tendo autonomia e liberdade para que atuem na concretização do sistema representativo.

Todavia, essa organização que foi estabelecida pelo Título II, não busca exaurir os direitos fundamentais, de acordo com a lição de Masson:

essa sistematização foi importante, pois deu agilidade e organização a tentativa de tipificação dos principais direitos fundamentais, entretanto, não é um rol exaustivo, mas sim exemplificativo, tendo em vista que é possível a identificação de outros direitos fundamentais em trechos diversos do Título II na Constituição Federal (MASSON, 2016, p.215).

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, § 1º, dispõe que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (BRASIL, 1988). Essa sistemática constitucional buscou superar o entendimento de Estado de Direito Formal, pois os direitos fundamentais só tinham importância quando positivados em lei. Assim, o neoconstitucionalismo demonstra preocupação para que, os direitos fundamentais, descritos no corpo jurídico constitucional não passem de retórica ou dependam do legislativo para que tenham eficácia.

Segundo Paulo e Alexandrino:

essa norma tem a finalidade de revelar os dispositivos que determinem direitos e garantias fundamentais que tenham um cunho preceptivo, não um caráter programático. Destarte, os aplicadores do direito terão que conferir aplicabilidade imediata para os direitos alhures, independente de regulamentação ou atuação do legislador ordinário. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 113).

Todavia, aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não é regra absoluta no ordenamento jurídico, pois existem normas de cunho relativo e garantias fundamentais que não tem autoaplicabilidade, necessitando assim de regulamentação e atuação legislativa para que ocorra a produção dos efeitos integrais daqueles dispostos em lei.

Deste modo, é nítido à relativização sofrida e conforme preceitua Tavares:

A primeira leitura leva à conclusão de que esses direitos são, em sua totalidade, aplicáveis de imediato pelo operador do Direito. [...] Não há como pretender a aplicação imediata, irrestrita, em sua integralidade, de direitos não definidos de maneira adequada, cuja própria hipótese de incidência ou estrutura claramente a depender de integração por meio de lei. (TAVARES, 2012, p. 530).

Masson exemplifica essa situação citando os direitos fundamentais de caráter social (direitos de segunda geração), que em grande parte tem eficácia condicionada, pois dependem de uma suplementação legislativa ou prestação positiva do Estado para que aqueles tenham eficácia (MASSON, 2016).

Destarte, em regra, os direitos que estão no corpo normativo constitucional terão eficácia e aplicabilidade imediata, todavia, existem alguns dispositivos que não produzirão integralmente seus efeitos de forma imediata, pois dependerão de atuação legislativa ou atuações positivas do Estado. Por fim, vale ressaltar que a norma constitucional descrita no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, aplica-se não só o rol descrito no artigo 5º daquela, mas a outros direitos que estão elencados fora deste rol.

3 O DIREITO À SAÚDE NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Neste capítulo, será realizado um breve estudo acerca dos Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988, dando destaque ao direito à saúde, pois é objeto de importância nesta pesquisa. Subsequente a este estudo realizado, será necessário analisar de forma sucinta a importância da cláusula reserva do possível e do princípio do mínimo existencial.

3.1. DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos sociais encontram-se classificados na segunda geração de direitos fundamentais, conforme visto no primeiro capítulo desta pesquisa. Estão relacionados, em regra, como uma prestação positiva do Estado, ou seja, este tem papel fundamental na promoção e melhoria na condição do indivíduo que se encontra em situação de hipossuficiência, objetivando à efetivação da igualdade social. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

Estes direitos reconhecem o princípio da igualdade entre pessoas, em diversas esferas dentro da sociedade que aquele compõe, tais como: jurídica, social e política. Bulos preceitua que: “são liberdades públicas que tutelam indivíduos que estão em condições de fragilidade social, para assim proporcionar melhores condições de vida decente, priorizando a igualdade real” (BULOS, 2015, p. 809).

Conforme exposto alhures, observando essa prestação estatal, Silva, conceitua que direitos sociais 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 individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2006, p. 286-287).

Tendo em vista que estes direitos estão relacionados ao Estado Social de Direito, cobram uma atuação positiva do Estado em prol dos menos favorecidos,

torna-se imperioso analisar brevemente o contexto histórico do surgimento dos direitos sociais, para que ocorra um melhor entendimento acerca da temática.

A história dos direitos sociais está relacionada diretamente com a crise do liberalismo que culminou em diversas situações desiguais para as classes sociais. Os preceitos liberais zelavam pela não intervenção estatal, corroborando para a efetivação da liberdade do indivíduo, conforme já exposto, demonstrando assim que todos os homens seriam livres, sem as amarras do Estado.

Todavia, essa igualdade e não intervenção estatal que foram norteadores do pensamento liberal mostrou-se ser "da boca para fora", pois em vários textos jurídicos, como exemplo a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trazia algumas distinções normatizadas. Destarte, não havia o interesse real de levar essa igualdade para todos os setores da sociedade.

Marmelstein aduz que a manifestação liberal era de mão única, não sendo válida para todos os grupos sociais. Complementa ainda que, citando como exemplo John Locke e Thomas Jefferson, defensores do liberalismo, eram favoráveis a escravidão e Jefferson possuía escravos sob seu domínio (MARMELSTEIN, 2009, p.46).

Com os fatos narrados acima, ensejou-se a concepção do Estado Social, no início do século XX, que tinha como escopo atuação positiva do Estado em vários campos dentro da sociedade, tendo o objetivo de reduzir esse abismo desigual que afligia a sociedade.

Segundo preceitua Dallari:

Notou-se que não teria eficácia reconhecer a liberdade plena aos sujeitos, mas não ter garantias mínimas para atividade daquela, mostrando assim que o reconhecimento da igualdade formal perante a lei não era suficiente, tornando imperioso o reconhecimento e proporcionar na prática, o mínimo de dignidade e igualdade nas oportunidades apresentadas no campo social. (DALARI, 2004, p. 46, *apud*, MASSON, 2016, p. 309).

Deste modo o surgimento dos direitos sociais estaria relacionado diretamente na mudança do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Cunha Júnior e Novelino preceituam que:

A declaração de direitos sociais nas diversas Constituições se fortaleceu a partir do século XX. Com o fim da 1ª Grande Guerra Mundial, nasce um novo modelo de Estado, resultante de uma transformação superestrutural do Estado Liberal, o qual se mostrou incapaz de atender às demandas sociais do século anterior. O Estado Social buscava superar o antagonismo

existente entre a igualdade política e a desigualdade social, por meio da consagração de direitos sociais, econômicos e culturais (direitos fundamentais de **2ª dimensão**), voltados à redução das desigualdades existentes. (Grifos do autor). (CUNHA; JÚNIOR, NOVELINO, 2015, p. 169).

Tendo em vista o reconhecimento daqueles direitos, tornou-se necessário que fossem positivados, para que ocorresse a efetivação daqueles perante atuação do Estado, sendo que no início do século XX, algumas cartas constitucionais passaram a conter os direitos supracitados.

Segundo MARMELSTEIN (2009, p. 49), as primeiras cartas constitucionais que positivaram esses direitos foram a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919, sendo que com esse destaque jurídico que fora dado, caminhou-se para a obtenção da igualdade econômica e social como instrução prescrita no texto constitucional.

Vale ressaltar que no Brasil, todas as constituições trouxeram positivados o objeto, ora em análise, mas cumpre observar que, a intensidade entre aquelas variavam, fazendo mínimas menções como a Constituição de 1824 que se tratou o direito à saúde com criação da casa do Socorro Público; outrossim, as Constituições de 1934 e 1946 trouxeram diversos comandos normativos que tratavam de diversos direitos sociais, portanto ensejando o início de um Estado do bem-estar-social.

A Carta Magna de 1988 demonstrou uma preocupação enorme com os direitos de segunda geração ao normatizar estes em seu texto constitucional. MENDES e BRANCO (2015, p. 647), afirma que a CFRB/1988 rompeu com a tradição de outras constituições brasileiras em reservar um capítulo específico para os direitos sociais, pois a CFRB/88 trouxe em seu bojo um leque maior daqueles, tornando assim o mais amplo da história do constitucionalismo brasileiro.

A Constituição Cidadã traz no artigo 6º um rol de direitos sociais, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Todavia, o rol alhures não tem a premissa de esgotar os direitos sociais na Carta Magna, pois os dispositivos estão espalhados em todo o texto maior, como por exemplo, os arts, 7º, 11 e o título VIII da Ordem Social que contém capítulos como: da seguridade social (saúde, previdência social e assistência social) e da educação, da cultura e do desporto.

Torna-se necessário apresentar lição de MASSON (2016, p. 309), pois afirma que direitos sociais são direitos fundamentais, detêm normatividade e força vinculante, dando ensejo a possibilidade dos indivíduos que são titulares de direitos a possibilidade de pleitear, em face do sujeito passivo, ou seja, o Estado, para que atue em prol de assegurar condições mínima de subsistência ao indivíduo , para assim tentar alcançar a finalidade que é igualdade real.

Vale ressaltar que a própria CFRB/88 criou mecanismos que possibilitam uma forma de controle em face da inércia do Poder Legislativo, conforme Mendes e Branco:

Ademais, como já dito, a Constituição de 1988 conferiu significado ímpar ao direito de acesso à justiça e criou mecanismos especiais de controle da omissão legislativa (ação direta por omissão e mandado de injunção), destinados a colmatar eventuais lacunas na realização de direitos, especialmente na formulação de políticas públicas destinadas a atender às determinações constitucionais. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 647).

Esses mecanismos são importantíssimos para a defesa e aplicação dos direitos sociais, pois em diversas situações estes não são observados pelo próprio Estado. Vale frisar que a CFRB/1988 tem o intuito de praticar uma justiça distributiva, conforme afirma Masson:

Em desfecho, vale frisar que a Constituição da República de 1988 enuncia como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF/88), objetivos que somente serão concretizados com o incremento na efetivação dos direitos sociais. (MASSON, 2016, p. 310).

Analisando o compromisso firmado no texto constitucional vigente, é notável que os direitos fundamentais individuais como os coletivos, foram elevados a uma condição de destaque, conforme exposto acima pelo Poder Constituinte Originário. Em nenhuma outra Carta constitucional brasileira ocorreu essa situação de destaque dos direitos fundamentais, sendo que a CFRB/1988 foi apelidada carinhosamente de Constituição Cidadã por esse motivo.

Entretanto, os preceitos constitucionais são violados dia após dia no Brasil, principalmente aqueles que dependem de uma prestação positiva estatal, ou seja, os direitos sociais. Desde a promulgação da Magna Carta, 05 de outubro de 1988, é notável o disparate que se encontra tipificado no ordenamento jurídico para a realidade brasileira.

O direito à saúde que será analisado em tópico específico, sofre mitigação e descaso pelo Poder Público em sua implementação, devido diversas situações degradantes que ocorrem diariamente e afetam diretamente a dignidade da pessoa humana, sendo assim, ocorrendo a colisão com os preceitos constitucionais.

Infelizmente a sociedade que depende do Sistema Único de Saúde-SUS sofre com filas, medicamentos escassos, falta de médicos, estruturas hospitalares comprometidas, desvios de dinheiro público e entre outras situações que corroboram para a não efetivação do direito à saúde que está elencado no rol dos direitos sociais de segunda dimensão.

Destarte, os direitos sociais são importantíssimos para que ocorra um fortalecimento de uma sociedade mais justa, igualitária e humana. Todavia, cabe ao Estado atuar em prol desse objetivo, ou pelo menos, promover mínimas condições para que os indivíduos tenham uma igualdade formal e não uma mera "igualdade da boca para fora".

3.2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Após um breve estudo realizado acerca dos direitos sociais na CFRB/1988, ficou constatado a importância daqueles para o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária, tendo o Poder Público papel importante com uma atuação positiva em prol dos menos favorecidos. Assim, no presente tópico será analisado de forma breve, o direito à saúde na Magna Carta vigente.

O direito à saúde não teve seu conteúdo delimitado na Carta constitucional, assim como outros direitos contidos nesta. Percebe-se que ocorre uma certa dificuldade em extrair uma interpretação que englobe todas as ações exigidas pelo Estado em prol da promoção deste direito. Todavia, essa narração alhures não autoriza o Estado ter uma atitude omissa referente ao dever constitucional em fornecer a população uma saúde adequada.

Levando em consideração todo o desenvolvimento histórico social que afetou os direitos fundamentais, conforme já explorado anteriormente, não foi diferente com o direito à saúde, pois este se encontra no rol dos direitos de segunda dimensão, conforme exposto no tópico anterior deste capítulo. O desenvolvimento

de um conceito acerca da saúde caminhou de forma lenta, devido ao fato histórico do Estado pouco se preocupar em relação aquele direito, sendo que o progresso ocorreu no decorrer do Século XX.

Em outra senda, atualmente o direito à saúde possui uma abrangência que abarca diversas situações, em prol da defesa daquele, promovendo assim uma qualidade de vida mais proveitosa ao indivíduo, conforme afirma Figueiredo:

O direito à saúde caminha em direção a uma ampla proteção do indivíduo, envolvendo a criação e a manutenção de estruturas públicas voltadas a essa proteção e a garantia de condições de vida, de um meio ambiente e de trabalho que não comprometam esse bem essencial. Sendo preservada em níveis progressivamente mais altos, a saúde, salvaguarda do patrimônio genético e a proteção da integridade física, mental e emocional dos indivíduos. (FIGUEIREDO, 2007, p. 77, *apud*, ARAÚJO, 2016, p. 16).

Deste modo, de forma breve, é possível delimitar o conteúdo da saúde, tendo em vista que o direito abarca diversas variantes, segundo a conclusão de Araújo que diz:

[...], o conteúdo do direito fundamental à saúde deve ser apreciado de maneira dilatada, englobando a possibilidade de garantir, por parte dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), o bem-estar físico, mental e psicológico do cidadão, não se limitando, por exemplo, às interferências curativas, mas sim, dispensarem um comportamento progressivo a assegurar a plenitude da saúde do indivíduo. (ARAÚJO, 2016, p. 18).

Não há dúvidas da importância do direito à saúde no direito pátrio, pois este deverá ser analisado e relacionado intimamente com outros direitos, percebendo assim, uma universalidade e amplitude que possui este direito, ora em análise. Também deve ser observado pelo Estado e que este terá de garantir aquele. Masson apresenta a seguinte lição:

A saúde é um direito fundamental de segunda geração e de suma importância, pois indispensável à fruição plena dos demais. Listada como direito social (no art. 6º, CF/88), apresenta-se como um dos mais relevantes deveres do Estado, que deverá garanti-la (mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos) e torná-la acessível de forma universal e igualitária. (MASSON, 2016, p.143).

Tendo em vista a situação narrada alhures, nota-se a preocupação do Poder Constituinte Originário sobre direito à saúde devido a forte influência do neoconstitucionalismo, modificando assim o paradigma que outrora atingia o Brasil,

visto que aquele direito não era consagrado nos textos constitucionais que tiveram vigência no Brasil, mas tinha mera referência. Assim vê-se o seguinte:

A Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de "socorros públicos" (art. 179, XXXI). (MENDES; BRANCO, 2015, p. 660).

Partindo da premissa que o direito à saúde foi elevado pela CF/1988 como direito fundamental, percebe-se que a Magna Carta trata a vida humana como bem supremo, pois está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o direito à saúde possui uma condição de fundamentalidade, e deste modo, encontra-se elencado ao rol de direitos que estão relacionados ao mínimo existencial (será analisado posteriormente).

Os preceitos contidos nas cartas constitucionais são essenciais para o respeito da dignidade humana do indivíduo, entretanto, como já foi afirmado em outras passagens desta pesquisa, diversos direitos no Brasil são desrespeitados diariamente, mas resta salientar que, o respeito e a concretização dos preceitos descritos na CF/1988 são esperanças para uma sociedade se tornar mais justa.

A saúde pode ser citada como exemplo de preceito violado, em razão das dificuldades que assolam este direito, desde a falta de estrutura de hospitais e até a imensa dificuldade de implementação no país. Conforme lições de Amado que afirma que o direito à saúde possui alto custo e isso é uma das causas de dificuldade para implementação, pois afirma que "a saúde é certamente um dos direitos fundamentais mais difíceis de ser implementado com qualidade, justamente em razão dos seus altos custos de operacionalização" (AMADO, 2015, p. 60).

Adentrando no texto constitucional, é possível perceber que o tema saúde é tratado em diversos artigos ao longo daquele, demonstrando assim, sua importância. O Constituinte Originário organizou o Título VIII que foi dedicado à "Ordem Social" e capitulou a Seguridade Social que engloba a saúde, previdência social e assistência social.

No mesmo passo, definiu-se que o direito à saúde é um direito de todos e dever que compete ao Estado assegurar, conforme o art. 196, caput, da CF/1988, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

A primeira percepção que salta ao olhar é que o artigo não faz distinção do indivíduo que será beneficiado com as políticas públicas acerca da saúde. Em outro passo, o Estado tem papel determinante na execução e promoção de políticas relacionadas à saúde. Conforme lições:

Por sua vinculação direta à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde é titularizado por todas as pessoas que estejam no território brasileiro, independentemente da nacionalidade (brasileiro ou estrangeiro) e do país de domicílio (ver comentário ao art. 5º). O principal destinatário do dever, sem dúvida, é o Estado (gênero), sendo todos os entes federativos **solidariamente responsáveis** (CF, art. 23, II [...]). (grifo nosso). (JÚNIOR; NOVELINO, 2015, p. 857).

Observando o entendimento dos festejados autores sobre a responsabilidade solidária entre os entes federativos, percebe-se que está de acordo com a jurisprudência pátria, pois MASSON (2016, p. 1344) apresenta decisão proferida pelo STF, no RE626.382-AgR, cujo relatora foi a Ministra Rosa Weber e que o Tribunal Supremo entendeu:

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da **responsabilidade solidária** dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles-União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. (grifos do autor).

A posição firmada pelo STF corrobora com o entendimento que foi criado e maturado no decorrer do lapso temporal histórico-evolutivo, de um Poder Estatal garantidor dos direitos fundamentais e que promova o direito à saúde para os indivíduos que estão em todo o seu território.

Todavia, os entes federativos por muitas vezes buscam esquivar-se de tal responsabilidade, muito embora o entendimento acima fora pacificado pela jurisprudência, apresentando diversos argumentos, como o exemplo apresentado por VERÍSSIMO (2013), que a judicialização do direito à saúde (o tema judicialização da saúde será aprofundado em tópico específico), traria elevado ônus ao ente federado e sem autorização legislativa ou previsão orçamentária, deste modo estaria indo de encontro com os preceitos estabelecidos pela Constituição,

uma vez que o Poder Judiciário estaria usurpando a competência de outro Poder, e assim tal ato e estaria entrando no mérito administrativo.

Felizmente esse argumento fora rechaçado por diversas vezes pelos tribunais e pela Corte Suprema, conforme jurisprudência descrita por VERÍSSIMO (2013), tendo o STF apresentado o entendimento no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA 175 AgR/CE), relator Ministro Gilmar Mendes, sendo decidido que "[...] é necessária a comprovação de danos à ordem econômica, à saúde e à segurança pública".

O posicionamento adotado acima reflete a preservação do princípio da dignidade humana, corolário elencado na Constituição Cidadã, sendo de observância para outros direitos encontrados no ordenamento jurídico pátrio e pelo Estado em suas atuações.

O Estado poderá se valer de políticas públicas para a promoção da saúde e prevenindo doenças, visando cumprir o artigo 196, caput, CFRB/1988, utilizando-se de diversos mecanismos e recursos disponíveis, conforme afirma Mendes e Branco:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta [...]. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 661).

Para a execução de políticas públicas e sociais torna-se necessário a observância de recursos, pois é certo que para à implementação de algum direito gerará um custo econômico. Percebendo esta ligação íntima e as condições financeiras do Estado que muitas vezes possui uma economia fraca, surgiu a teoria da reserva do possível que poderia ser alegado pelo Ente para não promover tal direito pleiteado.

Destarte, o Estado deve assegurar o direito à vida do homem, valendo-se de meios eficazes para a garantia daquele. Diversos princípios norteadores do direito como o princípio da dignidade da pessoa humana contribuem para a exigência de um Estado que assegure o direito à saúde. Resta cristalino o entendimento de que a efetivação do direito à saúde é primordial para o exercício de outros direitos, como exemplo o direito à vida.

3.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Superado o breve estudo acerca do direito à saúde na CRFB/1988, foram feitas referências sobre a cláusula da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial no âmbito dos direitos sociais. Devido ao fortalecimento dos direitos da segunda geração no decorrer do século XX, conforme já fora abordado, são direitos que exigem uma prestação positiva do Estado para efetivação daqueles, objetivando assim garantir qualidade de vida digna ao indivíduo.

Neste sentido, Novelino leciona que o Estado utiliza de diversas políticas públicas que poderão efetivar direitos de cunho individual ou coletivo, levando em consideração os aspectos dos direitos sociais que exigem atuações positivas daquele, ressaltando ainda que são denominados de direitos de promoção ou prestativos (NOVELINO, 2009, p. 491). Essas políticas públicas tem a finalidade de diminuir a desigualdade social, promovendo assim o mínimo de dignidade ao indivíduo hipossuficiente e fragilizado.

Todavia, como é cediço, é possível constatar que para efetivação de qualquer direito que esteja normatizado no ordenamento jurídico pátrio, ocorre a geração de um ônus econômico ao Estado, dependendo da intensidade do direito, pois alguns necessitam de um investimento financeiro maior do que os outros. Percebeu-se que os recursos são finitos, o Estado passou a utilizar uma ponderação em seus atos e definir prioridades de direitos para que fossem implantados no meio social.

Nesta situação fática, nasce a teoria da cláusula da reserva do possível, que foi criada em prol da limitação orçamentária que o Estado possui. Deste modo, poderá ser alegada em qualquer momento por aquele. Entretanto, a doutrina desenvolveu o princípio do mínimo existencial como um contraponto a teoria já citada, pois está relacionada intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que busca priorizar um número determinado de direitos que são essenciais para o indivíduo viver uma vida com dignidade.

A cláusula da reserva do possível tem origem por volta de 1970, pois o Tribunal Constitucional Alemão adotou em julgamento, levando em consideração que um grupo de pessoas ajuíza uma ação que questionava o número limitado de vagas do curso superior de medicina oferecidas pelas faculdades daquele país,

apontando como argumento que a Carta Magna alemã garantia a escolha ao indivíduo de qualquer profissão a ser exercida.

Masson exemplifica que o Tribunal Federal alemão julgou improcedente o pedido, alegando que não era possível garantir o acesso ao ensino superior para todos os indivíduos do país, uma vez que o Estado não teria recurso orçamentário suficiente para promoção daquele direito. Neste sentido, entende-se que a decisão proferida do Tribunal Constitucional alemão levou em consideração que para o indivíduo exigir alguma prestação positiva do Estado, deveria estar relacionado a razoabilidade de implantação de tal direito, observando uma racionalidade do pleito individual para que a sociedade concretizasse aquele, estando assim, sujeito a cláusula da reserva do possível (MASSON, 2016, p. 3160).

Cumprir observar a possibilidade de extração de duas premissas dessa decisão proferida alhures, sendo que a primeira é que restou demonstrada que o Estado não poderia oferecer o ensino superior para todos os estudantes, devido as ideias da reserva do possível, deste modo, essa ideia foi derrubada; outrossim, a segunda premissa constada é que a teoria concebida pela Corte Constitucional alemã levava em consideração a razoabilidade da implementação do direito em relação a sua efetivação, podendo assim ser deduzido que a teoria não levava em consideração a questão financeira e orçamentária do Estado de forma absoluta.

É impossível a implantação e efetivação de um direito sem que o Estado não disponha de recursos orçamentários suficientes para efetivação daquele. Caso ocorresse essa atitude pelo ente estatal, traria diversos prejuízos dentro da sociedade ao invés de benefícios com a tentativa de implementação do direito. Cumprir observar que o Estado não possui capacidade para a realização de todos os direitos fundamentais, em razão de que os recursos orçamentários disponíveis não poderão ser utilizados somente para a concretização daqueles direitos, uma vez que o Estado possui diversas obrigações.

Partindo para análise da aplicação desta teoria no direito pátrio, torna-se necessário observar a decisão tomada pelo STF no julgamento da ADPF nº 45, relator Celso de Mello, trouxe uma nova roupagem para aquela, pois transformou-se em uma reserva do financeiramente possível, conforme o trecho da decisão a seguir:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro

subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (ADPF nº 45-MC DF, Rel. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345 do STF).

O STF considerou como limitador para efetivação dos direitos fundamentais a falta ou insuficiências de recursos orçamentários do ente estatal. Neste sentido, MARMELSTEIN (2009, p. 322), afirma que a reserva do possível é um delimitador racional, pois a atuação jurisdicional (será analisado posteriormente) terá que observar para as matérias relacionadas na efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Na mesma decisão que deu nova roupagem a reserva do possível, uma vez que foi delimitado ao Poder Público para invocar aquela, seria necessário que demonstrasse o justo motivo e objetivamente verificável que impediria a realização de determinada política pública, conforme a seguir:

[...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - **ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível** - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF nº 45-MC DF, Rel. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345 do STF). (grifos nossos).

As delimitações impostas ao Poder Público nesta decisão foram plausíveis, tendo em vista os preceitos contidos na Carta Magna vigente que priorizam a efetivação dos direitos fundamentais, sendo que o Estado não poderá alegar de forma aleatória a cláusula da reserva do possível objetivando a não realização dos direitos, conforme o seguinte entendimento:

Ressalta-se, ainda sobre esta dimensão da teoria da "reserva do possível", a impossibilidade de a cláusula da reserva do possível servir de fundamento, o Poder Público, para frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. [...] A alegação da cláusula é, portanto, um ônus que recai sob o Poder Público quando este alegar como defesa frente ao não atendimento das prestações solicitadas, cabendo-lhe, o dever de comprová-la satisfatoriamente, não sendo

suficiente a alegação genérica de que não há possibilidade orçamentário-financeira se cumprir o direito, será preciso demonstrá-la cabalmente. (MASSON, 2016, p. 320).

Todavia, mesmo com essa delimitação imposta pela Suprema Corte ao Poder Público, infelizmente a cláusula, ora em análise, é invocada de forma genérica, com o intuito unicamente de esquivar-se da obrigação de promoção de políticas públicas, e assim prejudicando meio social em geral.

Neste sentido, afirma Marmelstein que:

a cláusula da reserva do possível é de limitação lógica, entretanto o Poder Público banalizou tal instituto em suas defesas no âmbito judicial, não apresentando elementos concretos que comprovem tal alegação. Completa ainda que, tal argumento por parte do Poder Público deve ser olhado com desconfiança, devido aqueles fatos acima. (MARMELESTEIN, 2016, p. 323).

Uma teoria que possui premissas importantes para a manutenção do equilíbrio social e político de um Estado, porém como fora afirmado que sua aplicação genérica não atende sua finalidade. Para parte da doutrina, como Bernardes e Ferreira, o princípio da reserva do financeiramente possível pode estar relacionado como princípio que contraria a efetivação dos direitos sociais, assim a doutrina insurgiu e acerca desse aspecto e construiu um raciocínio que o princípio não poderá ser tido absoluto, e nem ser usado como escusa pelo Estado. Deste modo, traçou-se que o Estado deveria custear as prestações que estão elencadas ao mínimo existencial (BERNADES; FERREIRA, 2015, p. 718).

Adentrando no estudo acerca da teoria do mínimo existencial, teoria de origem alemã, percebe-se a íntima relação entre a dignidade da pessoa humana e aquela, tendo em vista que este fundamenta a teoria supracitada. Para um melhor entendimento acerca desta teoria, cumpre tecer breves palavras acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se corolário do neoconstitucionalismo, devido aos acontecimentos no âmbito social-jurídico. Entende-se que a dignidade da pessoa humana configura:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem

menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2013, p. 48).

Este princípio possui dimensões importantes para a humanidade, priorizando as condições básicas do indivíduo, buscando assim a promoção de direitos e garantias ao sujeito. Vale ressaltar que este princípio serve como parâmetro de ponderação quando ocorrer conflitos de direitos (item estudado nos aspectos gerais dos direitos fundamentais),

Neste sentido, afirma que: “a dignidade da pessoa humana torna-se vetor dos direitos fundamentais, sendo transformado em um núcleo essencial do neoconstitucionalismo. Deste modo, ocorrendo colisões de direitos, será utilizado a dignidade como parâmetro para soluções de conflitos” (LENZA, 2015, p. 1507).

Percebe-se que o mínimo existencial encontra-se implícito no ordenamento jurídico pátrio, possuindo relação direta com o princípio supra, demonstrando que é um limitador da aplicação da cláusula da reserva do possível. Em relação aos preceitos contidos nesta teoria, apresenta-se o seguinte conceito:

Conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo do patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado. (BARROSO, 2011, *apud*, MASSON, 2016, p. 320).

Paulo e Alexandrino complementam que:

[...] garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue [...] o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, [...]. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 260).

O Estado possui papel fundamental na execução dos direitos prestacionais, ou seja, garantir que as normas que delimitam os elementos contidos na segunda geração de direitos, sejam efetivados através de políticas públicas e sociais uma vez que alguns doutrinadores classificando como normas de caráter programático, essas possam ser exigíveis do Poder Público para promoção de condições mínimas de dignidade ao indivíduo.

Devido ao que foi exposto alhures, ocorreu uma judicialização excessiva, tanto em âmbito individual como no coletivo, pleiteando políticas e ações públicas do

Poder Público omissa em prol dos direitos alhures. Cabe observar, em situações normais o Poder Judiciário não poderia intervir, pois estaria ferindo o princípio da Separação dos Poderes, usurpando assim competências que a Magna Carta não lhe conferiu.

Todavia, a intervenção judicial em relação as políticas públicas (será realizado o estudo em tópico específico), torna-se necessária quando ocorrer a constatação de que a conduta do Poder Público tenha sido omissa, arbitrária e inadequada. Justifica-se o pleito jurisdicional e não contraria o preceito da Separação dos Poderes. Deste modo, o Estado exerce uma função de garantidor de direitos e assim terá o dever de fazer o possível, desde que seja razoável, visando a implementação daqueles para garantir o mínimo existencial e uma vida com dignidade ao indivíduo.

4 A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Superado o estudo acerca do direito à saúde na CFRB/1988 e as teorias do mínimo existencial e a reserva do possível, passa-se para análise da judicialização das relações sociais e políticas, conseqüentemente, a judicialização da saúde no Brasil. Por fim, merece destacar os critérios fixados pelo STF acerca da judicialização da saúde e a importância deste para efetivação dos direitos fundamentais.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SOCIAIS

Após a constatação que o direito à saúde exerce papel fundamental para o exercício de outros direitos, tais como a vida e a dignidade da pessoa humana, torna-se imperioso tecer palavras acerca do tema principal desta pesquisa: a judicialização do direito à saúde. Observando as possibilidades de concretização deste direito através da atuação do Poder Judiciário.

O pós-positivismo elevou os princípios a uma condição de protagonismo no neoconstitucionalismo, pois o Ordenamento Jurídico buscou dar mais importância aqueles do que as regras, ocorrendo assim a solidificação do Estado Democrático de Direito que decorreu de um longo processo de evolução que permeou diversas sociedades ao longo dos séculos.

Uma vez que o Direito é uma ciência que está relacionada diretamente ao social, impondo meios que visão garantir direitos, solucionar e dirimir celeumas que ocorrem na sociedade, dada sua natureza, é um de seus objetivos alcançar a pacificação social. O Poder Judiciário obteve notoriedade nos últimos anos tornando-se protagonista para garantir direitos previstos no Ordenamento Jurídico brasileiro, muito pelo fato da omissão que os Poderes Executivo e Legislativo passam nessas últimas décadas em implantação de políticas públicas e sociais.

O Direito Constitucional ganhou nova roupagem no Estado Democrático de Direito após a 2ª Grande Guerra, pois os princípios e direitos fundamentais emergiram e tornaram-se protagonistas dos Ordenamentos Jurídicos de diversas Nações e dos Tratados e Convenções Internacionais. A partir de 1988 ocorreu o

processo de redemocratização no Brasil, devido à promulgação da Carta Magna, tendo grande influência no modo de atuação das instituições do Estado brasileiro, e, principalmente, resultando na gênese dos direitos e garantias fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, apelidada carinhosamente de “Carta Cidadã” e a Emenda Constitucional de nº45/2004 que fortaleceu ainda mais o Poder Judiciário, e, tornou-se assim um Judiciário progressista que efetiva os direitos previstos na legislação pátria que foram negligenciados por outros Poderes do Estado. Deste modo, a Judicialização ganha visibilidade no país que carece de efetivação de direitos e políticas públicas previstos em lei.

Conforme narrado alhures, essa influência exercida pela Carta Magna fez com que os magistrados tivessem uma atuação mais ativa e progressista visando a garantia e aplicação dos dispositivos constitucionais e infralegais, havendo assim um fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Em outro passo, as terminologias ativismo e judicialização muitas vezes são utilizadas como sinônimos, todavia possuem conteúdos distintos, pois não são gerados pelas mesmas situações. Nas palavras de BARROSO (2008), a distinção se faz:

[...] A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (BARROSO, 2008, p. 5).

Observando o ensinamento do ilustre doutrinador, percebe-se desde logo a diferença quanto ao conteúdo dos institutos, pois a judicialização tem base no neoconstitucionalismo, devido a importância dada aos direitos sociais, e, o ativismo explora uma ampliação do conteúdo constitucional, através da interpretação deste conteúdo, de uma maneira proativa do intérprete.

Para entender o significado de Judicialização, torna-se imperioso visitar as seguintes lições:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como o intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações

significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro [...]. (BARROSO, 2008, p. 3).

As lições de Barroso vêm a corroborar com as ideias expostas acima, pois a judicialização ocorre devido a uma transferência de decisões sobre a realização de um direito para o âmbito do Poder Judiciário, tendo em vista que em um primeiro momento, essas decisões deveriam ser tomadas Pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Barroso leciona que um dos fatores que contribuíram para a crescente Judicialização das políticas públicas e sociais, deve-se ao fato do ordenamento jurídico conter um sistema de controle de constitucionalidade que pode ser considerado complexo, pois mesclando dois sistemas diversos, quais sejam o concentrado e o difuso. Afirma ainda que, qualquer celeuma ou questão poderá ser alçada ao STF (BARROSO, 2016).

Entretanto, a Judicialização sofre diversas críticas por parte da doutrina, pois alegam que o Poder Judiciário estaria usurpando competência de outros Poderes, adentrando no mérito administrativo e conseqüentemente ferindo o princípio da Separação dos Poderes que consta na Carta Magna vigente, e, que como os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo, poderia ser gerado prejuízo para a democracia, podendo ser violada com essa atuação do Judiciário.

Partindo da premissa que o princípio da Separação dos Poderes exerce influência na divisão funcional entre os Poderes, delimitando as funções essenciais de cada um para sua atuação, tornando- os independentes e harmônicos entre si. Todavia, vale ressaltar que quando fora criada essa teoria, delimitou-se também o sistema de freio e contrapesos, pois um Poder poderia conter um abuso cometido por outro, assim mantendo a harmonia social, jurídica e política.

Vale ressaltar que a teoria da Separação dos Poderes fora criada baseando-se nos direitos de primeira geração, ou seja, um modelo em que o Estado teria que ter uma atuação negativa, em outras palavras, manter-se inerte, não intervir no meio social. Cumpre observar que após a incorporação dos direitos sociais nos textos constitucionais de diversos países, inclusive o Brasil, ocorreu uma mitigação acerca da teoria, pois esses direitos cobram uma atuação positiva do Poder Público para efetivação daqueles. Portanto, os direitos fundamentais não poderão ser submissos

a teoria quando for verificada uma má prestação ou não atuação dos outros Poderes, e ocorrendo prejuízos para a promoção dos direitos sociais.

Em relação à questão que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos pelo povo, temos o seguinte entendimento:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. [...] Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. (BARROSO, 2015, p. 422-423).

Percebe-se desde logo que a judicialização encontra amparo na Constituição Federal vigente, observando a grande influência exercida pelo Estado Democrático de Direito, restando demonstrado o compromisso do Estado, como um todo, em observar e efetivar os preceitos contidos na Carta Magna, desde que sempre observando a razoabilidade para a promoção dos direitos.

O Poder Judiciário tem o intuito de efetivar as disposições contidas na Carta Magna e não tem pretensão de criar uma instância para que ocorra discussão acerca de soluções para serem aplicadas no âmbito do Direito Administrativo. Deste modo, o Poder Judiciário não pode ficar omissos em situações que os Poderes Executivo e Legislativo não realizam condutas de acordo com o disposto em lei para garantir a efetivações dos direitos individuais e coletivos. Assim não ocorrerá invasão na esfera de atuação de outro poder, pois objetivo que pretende ser alcançado é o respeito à Carta Magna.

Torna-se necessário citar o voto do ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF nº45:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora embases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político - jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou

coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

A atuação do Poder Judiciário torna-se imprescindível para a efetivação dos direitos sociais, como fora afirmado acima. Observando o voto do Ministro alhures, observa que a atuação não será de forma aleatória, feita de qualquer maneira, pois estaria indo de encontro com todo o Ordenamento Jurídico. Como preceituado no segundo capítulo desta pesquisa, a intervenção jurisdicional irá ocorrer desde que fique constatada a omissão ou recusa arbitrária praticada pelo Poder Público em promover tal política pública ou social.

A atuação do juiz constitucional deve ser pautada com cautela e com zelo, pois deve ser observado o texto constitucional e outros aspectos, como por exemplo a reserva do possível (já estudada no segundo capítulo), que aduz:

O juiz constitucional não deve desconhecer seus limites. Quanto mais intensa a atividade jurisdicional constitucional, maiores serão os questionamentos acerca da legitimidade da interferência judicial em regime democrático. (MARMELSTEIN, 2009, p. 323).

Nos últimos anos observou-se um aumento considerável de ações públicas sendo judicializadas, dependendo assim de uma manifestação do STF para solucionar a celeuma. Barroso cita como exemplo de casos judicializados:

O pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros. (BARROSO, 2008, p.3-4).

Destarte, mostra-se necessário a atuação do Poder Judiciário em efetivação das políticas públicas, quando outros Poderes não tiverem atuações condizentes para a efetivação dos preceitos constitucionais. Entretanto, deverá ser pautada com responsabilidade e outros aspectos já mencionados neste tópico, para que ocorra a preservação do Estado Democrático de Direito.

4.2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Após breves notas acerca da judicialização de políticas públicas e sociais, torna-se imperioso estudar o tema central desta pesquisa, qual seja: a possibilidade da judicialização como meio de efetivação da saúde. Observando que a temática ganhou destaque no debate acerca da judicialização (gênero) dos direitos, percebe-se diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da temática.

Essa situação decorre devido a importância que fora dada pela Constituição Federal de 1988 acerca dos direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais que engloba o direito à saúde. Em outras passagens desta pesquisa, foi afirmado que o direito à saúde tem íntima ligação com outros, dentre eles o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Restando demonstrada a importância do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio.

Doutrinadores brasileiros demonstram em suas obras a importância do direito à saúde e seus efeitos no meio social, como por exemplo;

O direito à saúde, se não o mais sensível, é um dos mais sensíveis direitos do ordenamento jurídico pátrio. Sensível para a ciência jurídica, pois é gravitacional em relação ao direito à vida. Sensível para todo ser humano porque desperta paixões individuais. Afinal quem nunca esteve próximo de uma doença grave e não sofreu junto com ela? (VIEIRA, 2015, p. 200).

São palavras que merecem observação e compreensão, pois de forma brilhante o autor lecionou que a saúde mexe com o íntimo do sujeito, sendo que o lado emocional supera a racionalidade na maioria das situações cotidianas, uma vez que a possibilidade da perda de uma pessoa próxima ou os procedimentos para o tratamento de uma doença grave influenciam para que ocorra uma comoção no meio social em variadas esferas.

Dia após dia fica nítido os problemas que afligem a saúde pública brasileira e que corroboram para o aumento das demandas sobre o direito à saúde no Poder Judiciário. Aqueles problemas vão desde a falta de medicamento, número reduzido de leitos hospitalares, corrupção entre outros aspectos negativos que prejudicam o SUS.

Observando a judicialização da saúde, é possível afirmar que se trata de um tema complexo e de relevância, envolvendo diversos aspectos para o pleito judicial como a urgência enquanto concretização deste direito, conforme preceitua-se que:

Quando a judicialização trata do **direito à saúde** o assunto ganha ainda maior relevância e intensifica a polêmica, especialmente em razão da ineficiência do sistema público de saúde e da atuação marcadamente ineficiente das instâncias políticas tradicionais na condução de uma política pública de qualidade. (Grifos do autor). (MASSON, 2016, p. 322).

Infelizmente tornou-se rotineiro a notícia que informa acontecimentos desagradáveis e de grandes prejuízos para a sociedade. Como exemplo desses acontecimentos corriqueiros que ocorrem no Brasil, em 2016, fora veiculado uma reportagem realizada por SELMA SCHMIDT, no sítio OGLOBO, que trazia um levantamento de que morria no mínimo 60 pessoas em filas devido a espera por cirurgia em alguns hospitais federais. Essas mortes ocorreram por vários fatores desde cortes de investimentos na saúde, estruturas comprometidas, filas enormes, extinção de setores específicos de tratamento de diversas doenças, atrasos em diagnósticos por falta de insumos, recursos humanos dentre outras situações.

Percebe-se que o Poder Público esquia-se ou não promove políticas públicas de direito à saúde de qualidade, ficando nítido assim as violações que ocorrem acerca daquele direito. Portanto à população através de ações individuais e coletivas recorrem ao Poder Judiciário para defender este direito, tendo em vista que não encontram soluções promovidas por meio da Administração Pública.

Como já foi visto que o Poder Judiciário atuará em situações excepcionais nas políticas públicas, adotando medidas ou ações que asseguram os direitos essenciais, não tendo nenhum prejuízo ao princípio da Separação dos Poderes. Entretanto, críticas continuam a serem realizadas em face da judicialização da saúde, como por exemplo a crítica realizada pelo Ministro da Saúde, Ricardo Barros, em 2016, veiculada por Gabriel Luiz, no site G1.globo.com, que afirmava que o STF teria que garantir a harmonia entre os direitos constitucionais em um julgamento referente ao fornecimento de medicamentos de alto custo. O Ministro continuou afirmando que a judicialização prejudica e desestrutura o planejamento realizado pelo governo federal, e, de um lado estaria o indivíduo que necessitaria da assistência social e do outro quem pagava imposto.

Merece críticas ao posicionamento do Ministro da Saúde, mesmo levando em consideração o princípio da Reserva do Possível que preceitua sobre a razoabilidade e possibilidade de atuação do Poder Público em prol da promoção de políticas públicas, pois os direitos fundamentais não são submissos a um princípio de ordem econômica, conforme já explorado no segundo capítulo.

Não há como manter a credibilidade diante de um Estado que não garante os preceitos esculpidos em sua Constituição. As omissões cometidas pelos Poderes supracitados são prejudiciais para a população que têm diversos direitos não respeitados e garantidos por aquele.

Tendo em vista o narrado alhures, ocorreram diversos julgamentos, posicionamentos e uma audiência pública realizada pelo STF que contribuíram ao longo dos anos para efetivação do direito à saúde no Brasil. Entretanto, vale ressaltar que torna-se uma medida paliativa para a situação caótica que aquele direito se encontra no Brasil.

O início das demandas judiciais relacionadas a temática iniciou-se por volta de 1990, conforme preceitua WANG (20-?, *apud* SOUZA, 2016, p. 48), os primeiros litígios envolvendo direito à saúde estavam relacionados ao fornecimento de medicamentos relacionados ao HIV. Os argumentos utilizados nesses pleitos é que o direito à saúde por ser um direito fundamental deveria ser assegurado pelo Estado, pois todos os indivíduos teriam direito (conforme o que já foi abordado por esta pesquisa).

Em outro passo, vale ressaltar os impactos positivos da audiência pública realizada em 2009 pelo STF, reuniu diversos setores da sociedade como juízes, promotores, defensores públicos, médicos, usuários do SUS e entre outras pessoas para debater sobre o tema. Foram levantados diversos aspectos acerca do tema, cita-se o seguinte::

O evento teve a finalidade especial de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no que concerne ao Sistema Único de Saúde, em suas várias vertentes. O objetivo específico foi esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde e o SUS. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 674).

Foram dados os primeiros passos, mesmo sendo lentos, para uma solução para a saúde no Brasil, no âmbito judicial, tendo a participação de toda a sociedade, pois torna-se imperioso apresentação de propostas de aperfeiçoamento e criação de políticas públicas que contribuirão em prol da melhoria daquela, efetivando assim, os preceitos contidos na Carta Magna vigente.

Por fim, resta demonstrado que a Judicialização da saúde em um primeiro momento poderá ser vista por vários setores, dentre eles os Poderes Executivo e Legislativo, como prejudicial para a saúde financeira do Estado, argumento que fora

refutado por esta pesquisa. Todavia, o Poder Público não poderá esquivar-se da obrigação de promover e fornecer uma saúde que respeite os preceitos constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana, observando a razoabilidade para sua prestação.

4.3 ANÁLISES DE JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE E FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS

Analisando os ensinamentos da doutrina, textos legais e jurisprudência elencados nesta pesquisa, percebe-se que a judicialização da saúde é aceita no Ordenamento Jurídico pátrio, mesmo com algumas críticas, torna-se necessário essa intervenção realizada pelo Poder Judiciário, sem que caracterização de ofensas aos princípios contidos na CF/1988, como exemplo a Separação dos Poderes.

O Poder Judiciário, mais precisamente o STF, proferiu diversas decisões acerca da temática, tendo assim, uma parcela de responsabilidade, pois tiveram decisões proferidas que modificaram e nortearam o cenário jurídico pátrio, passando a exercer influência em diversos julgados proferidos no país e os entendimentos firmados pela doutrina.

São diversos objetos pleiteados judicialmente e conforme alhures, as decisões do STF foram proferidas ao decorrer dos anos, solidificando assim o processo de judicialização da saúde no país. Neste sentido, preceitua-se que:

Os contornos do direito à saúde há tempos vêm sendo desenvolvidos em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal. Relacionam-se estes a diversas espécies de prestações, como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, próteses e próteses, criação de vagas de UTI's e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 670).

Diversos casos ganharam notoriedade no cenário nacional devido ao seu objeto pleiteado na esfera judicial. Vale ressaltar um julgamento proferido pela Suprema Corte, no ano de 2000, que analisou o artigo 196 da CF/1988 e concluiu que geraria direito subjetivo, para aos indivíduos, observando os hipossuficientes,

para tratamento. Marmelstein apresenta o trecho da ementa do RE 271.286/RS, relator Ministro Celso de Mello, que preceituou:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (MARMELESTEIN, 2009, p. 312).

O STF por ser guardião da constituição, observou aqueles preceitos descritos alhures, de forma plausível, demonstrando assim o respeito a dignidade da pessoa humana e o direito a vida, ampliando o alcance do direito à saúde dentro da sociedade brasileira. Sem uma promoção da saúde digna ao indivíduo, o exercício de outros direitos restarão prejudicados e ferirão o texto constitucional vigente.

Prosseguindo acerca de decisões proferidas pelo STF, vale fazer menção o indeferimento da suspensão da tutela antecipada nº 175, que fora julgada em 2010, devido ao agravo regimental interposto pela União contra decisão do Presidente do Tribunal, que julgou improcedente o pedido para suspensão da tutela antecipada. Segundo Masson essa decisão mostrou-se importante, pois delimitou alguns parâmetros para atuação do Poder Judiciário quando o tema fosse relacionado ao direito à saúde. A audiência pública realizada no ano anterior exerceu forte influência para fixação desses preceitos e aplicação nos casos concretos naqueles litígios alhures (MASSON, 2016).

Essa demanda judicial versava sobre o fornecimento de um medicamento denominado Zavesca, não registrado pela ANVISA, cujo o valor mensal estaria estimando em torno de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês, destinado para um paciente que estava acometido de uma doença rara. Assim, a União, Estado do Ceará e o município de Fortaleza teriam que fornecer este medicamento para aquele, tendo em vista o indeferimento daquele agravo regimental alhures.

A União utilizou diversos argumentos para esquivar-se da obrigação, entretanto, não surtiram efeito para o convencimento dos Ministros do STF para que o pleito fosse favorável ao Poder Público. Felizmente, a Corte Suprema demonstrou

sensibilidade com a temática ao decidir favorável ao paciente que necessitava desse medicamento de altíssimo custo, deste modo preservando o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Com a decisão proferida pelo STF, constatou que alguns critérios estipulados por este para que ocorresse de forma razoável as demandas judiciais sobre a saúde. De forma brilhante, o Ministro Gilmar Mendes participou deste julgamento, e em sua obra esquematizou aqueles critérios estabelecidos. Faz mister, valer-se das lições de Mendes e Branco acerca da temática, citando alguns parâmetros a título ilustrativo desta decisão:

1.1. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é preciso verificar se a falta de prestação de saúde decorre de: 1.1.1. omissão legislativa ou administrativa; 1.1.2. decisão administrativa de não a fornecer; ou 1.1.3. vedação legal expressa à sua dispensação. [...] 2. O segundo dado a ser considerado é a manutenção para o não fornecimento de determinada ação e saúde pelo SUS. [...] Nesta hipótese, podem ocorrer duas situações 2.1. A primeira, quando o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente. [...] 2.2. A segunda situação ocorre quando o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesses casos, é preciso diferenciar (2.2.1.) os tratamentos puramente experimentais dos (2.2.1.) novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. [...] 3. Em todo caso, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se como um obstáculo à concessão de medidas cautelares. [...]. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 675-677).

A conclusão que a Suprema Corte chegou levando em consideração as ponderações realizadas na análise do caso concreto, observando que o medicamento tinha registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), foi que devido ao lastro probatório juntado aos autos, demonstravam a necessidade urgente do paciente para obtenção do medicamento para tratar da moléstia grave, restando comprovado que os entes federados não comprovaram os requisitos da teoria da reserva do possível, tais como a grave lesão que poderia ocorrer para a ordem pública, econômica e a saúde para justificar a escusa na prestação do medicamento. Deste modo, restou o indeferimento da suspensão da tutela.

Todavia, vale mencionar que a celeuma entre o fornecimento ou não de medicamentos que não estão registrados na ANVISA pelo Poder Público, encontra-se pendente de julgamento, pois fora reconhecida a repercussão geral da temática.

Em outro passo, vale mencionar que recentemente, precisamente por volta ano de 2015, ganhou notoriedade na sociedade brasileira, uma celeuma envolvendo diversos setores da sociedade como: uma parcela da população que estava

acometida com o câncer, ANVISA, Associação Médica Brasileira - AMB e o Poder Judiciário, acerca de uma substância denominada fosfoetilonamina sintética ou popularmente chamada "pílula do câncer" que teria efeitos benéficos contra aquela moléstia.

Na década de 1970, um professor da Universidade de São Paulo-USP, Gilberto Chierice, atualmente aposentado, estudou e desenvolveu aquela substância alhures, objetivando o uso contra o câncer. Constatou-se que por vários anos essa "pílula do câncer" fora utilizada e distribuída gratuitamente pela USP para portadores da patologia supracitada .

Vale frisar que essa substância fora testada apenas em camundongos sem que tivesse sido testada em humanos. É possível encontrar diversos relatos dos efeitos da fosfoetilonamina sintética nos portadores da patologia já citada, sendo que a maioria afirmam que os efeitos foram benéficos contra aquela. Todavia, mesmo esse medicamento sendo distribuído aos doentes, este não detinha aprovação e registro na ANVISA.

No ano de 2015 observou um aumento significativo de demandas judiciais, por todo o país, tendo como pleito a concessão da pílula do câncer. Essa questão chegou ao STF em 2015, sendo que em sede de liminar, o Ministro Edson Fachin deferiu a liberação da droga para um paciente do estado do Rio de Janeiro, justificando a concessão devido a excepcionalidade do caso, e, complementou que a substância deveria ser pesquisada pelos setores responsáveis da saúde, conforme salientou RODAS (2015) em reportagem publicada no Consultor Jurídico.

A comoção acerca do tema foi tão grande que, em abril de 2016, o Congresso Nacional editou e aprovou a Lei nº 13.269/2016 que versava sobre a livre distribuição da "pílula do câncer" ao portador da patologia supracitada. Entretanto, a AMB ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade - ADI em face desta lei, argumentando que a fosfoetilonamina não fora testada em humanos, os efeitos dela teriam sido proveitosos somente contra o câncer de pele, e por aquela não ter passado em testes e pesquisas pelos órgãos competentes acarretaria riscos para a saúde dos indivíduos entrando assim em conflito com os preceitos constitucionais em vigência.

O STF apreciou a medida cautelar, sendo que não analisou o mérito da ADI, e concordou com a AMB nos termos da tese defendida e suspendeu a eficácia da

Lei alhures. Vale apresentar a ementa deste julgado que Cavalcante apresenta os seguintes termos:

É inconstitucional a Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, mesmo sem que existam estudos conclusivos sobre os efeitos colaterais em seres humanos e mesmo sem que haja registro sanitário da substância perante a ANVISA. STF. Plenário. ADI 5501 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19/5/2016 (Info 826). (CAVALCANTE, 2017, p. 48).

A Corte Suprema observou diversos preceitos constitucionais para proferir tal decisão, sendo que esta pode ser considerada como fixadora de parâmetros para judicialização da saúde, conforme ocorreu na STA/175/2010, proferida pelo mesmo tribunal. Sendo assim, merece breves palavras acerca dos critérios adotados na decisão.

O primeiro critério observado foi que a Lei supracitada estaria ferindo o artigo 196 da CRFB/1988, sendo que o Estado tem o dever de fornecer medicamento para à população em para que ocorra o tratamento de patologia. Todavia, tem o dever de agir com responsabilidade no fornecimento, zelando pelo direito à vida e integridade física do indivíduo, observando testes e pesquisas dos órgãos competentes.

O segundo critério que foi defendido pela decisão do STF é que estaria configurado uma ofensa ao princípio basilar da Separação dos Poderes, pois o Poder competente para aprovar e regulamentar o medicamento seria o Executivo, através da ANVISA, vinculada aquele Poder pelo Ministério da Saúde.

Vale frisar que esta ADI não teve o seu mérito julgado, mantendo-se suspensa a eficácia da Lei já citada. Observa-se que após essa celeuma, foram iniciadas pesquisas sobre a fosfoetanolamina para saber os efeitos colaterais que esta teria nos seres humanos e se seria efetiva no tratamento contra o câncer. Por último, percebe-se que a atuação judicial nesta temática foi de extrema importância, tendo em vista que desde os anos de 1970, essa substância é relacionada no meio social com a cura do câncer, entretanto, diversos setores da área, inclusive a AMB e o Ministério da Saúde não produziram pesquisas acerca da pílula do câncer, para que ocorresse um resultado definitivo sobre a eficácia ou não daquela para solucionar essa celeuma.

Vale observar que existem outras decisões proferidas pela Suprema Corte, entretanto, as decisões analisadas alhures tiveram papéis determinantes na temática explorada. Essa atuação exercida pelo STF corrobora com os preceitos constitucionais, preservando a dignidade da pessoa humana que é o princípio basilar do Ordenamento Jurídico pátrio.

Observando o texto constitucional que legitima essa guarida ao indivíduo em buscar auxílio ao Poder Judiciário para que ocorra a preservação de um direito, é a inafastabilidade de jurisdição, pois no art. 5º, XXXV da CFRB/1988, preceitua que "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL,1988). Deste modo, a atuação judicial está legitimada e que o compromisso para efetivação de algum direito contido na Carta Magna compete a todos os Poderes do Estado.

Pelo exposto, o julgador quando se deparar com alguma demanda na seara da saúde, terá que julgar valendo-se da ponderação de valores, adotando assim os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (trabalhados no primeiro capítulo desta pesquisa), podendo ainda observar os critérios estabelecidos pelo STF nas decisões proferidas nos casos alhures, e, por fim, a teoria da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial exercem também papéis importantes na judicialização da saúde, conforme já estudado em tópicos específicos.

Destarte, conclui-se pela importância e necessidade da Judicialização da saúde no Brasil, pois o STF tem o dever de proteger os preceitos contidos na Constituição Federal vigente, mesmo não sendo a via mais adequada para solucionar os problemas que afligem a saúde, uma vez que os Poderes Executivo e Legislativo deveriam estabelecer e promover esse direito de forma adequada para toda a população.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico demonstrou que os argumentos que foram usados de baliza para refutação da judicialização da saúde no Brasil mostraram-se frágeis, tendo sido analisados em comparação aos preceitos constitucionais vigentes no Brasil. Deste modo, torna-se imperioso a realização de breves considerações baseadas no que foi exposto pelo presente trabalho que levaram a esta primeira conclusão.

Observando que o Poder Constituinte Originário ampliou consideravelmente o rol dos direitos fundamentais no texto constitucional, abrangendo também os direitos sociais, especialmente o direito à saúde que pela primeira vez fora elevado a condição de direito fundamental em uma Carta constitucional brasileira. Corroborou para isso, a influência do neoconstitucionalismo e do Estado Social de Direito. Constata-se que o Ordenamento Jurídico brasileiro está em consonância com o Estado Democrático de Direito devido à tamanha importância dada aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais exercem funções determinantes no Estado brasileiro, são normas essenciais para os seres humanos, servindo de parâmetros para as relações privadas e públicas, sendo que o Poder Público deverá atuar dentro dos limites delimitados na Constituição Brasileira para que não ocorra o cometimento de atos ilícitos ou violações acerca daqueles. Ocorrendo assim, o respeito a diversos direitos, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Sob a influência do Estado Social de Direito contido na Carta Magna de 1988, o Estado brasileiro selou compromisso na promoção e efetivação dos direitos sociais, especialmente o direito à saúde. Tendo em vista que são direitos que exigem uma atuação positiva do Estado para à implementação daqueles. Não seria diferente com o direito à saúde, pois para sua promoção necessita da atuação estatal.

Todavia, como é sabido, para implementação de qualquer direito ocorrerá um ônus econômico ao Estado, deste modo fomentou-se a teoria da reserva do possível para delimitar atuação estatal em promoção dos direitos. Entretanto, ganhou força o princípio do mínimo existencial que serviu de contraponto aquela teoria que vinha sendo utilizada de forma genérica para escusa do Estado das obrigações impostas pela Carta Magna vigente.

Deste modo, chega-se a conclusão que o direito à saúde está inserido no rol dos direitos fundamentais, tornando-se imprescindível para o exercício e concretização de outros direitos, especialmente o direito a vida e a dignidade da pessoa humana. Por fim, cabe observar que o Poder Público, em todas as esferas, deverá promover este direito, conforme preceitua o texto constitucional, e, caso o Poder Público seja omissivo ou não promova uma política pública de saúde de qualidade, estará violando os preceitos positivados.

Entretanto, percebe-se que a saúde é negligenciada no Brasil, devido a má prestação de serviços ou não realização de políticas públicas pelo Poder Público, ensejando assim, os indivíduos buscarem o Poder Judiciário para assegurarem a promoção do direito à saúde, sendo que as demandas judiciais abarcam os mais variáveis pedidos relacionados a temática.

Teses contrárias refutam a judicialização como meio de efetivação do direito à saúde, entretanto, estas não se sustentam, pois a atuação do julgador decorre da própria Constituição Federal de 1988, levando em conta a inafastabilidade da jurisdição quando ocorrer ameaça ou violação ao direito da pessoa humana. Assim, a atuação jurisdicional torna-se necessária para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde. Vale ressaltar que o STF proferiu diversas decisões sobre a saúde, sendo que duas podem ser consideradas como parâmetros para atuação de outros juízes.

O julgador quando deparar-se com o caso concreto acerca da temática, observando quando o Poder Público for omissivo ou suas atuações não forem condizentes, pautará sua atuação utilizando a ponderação de princípios, valendo-se da razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e poderão utilizar-se os parâmetros fixados nas decisões da STA 175 e ADI 5501 como norteadores em seus julgamentos. Destarte, resta confirmado a necessidade da atuação judicial como meio para efetivação do direito à saúde.

Por fim, devido à exposição realizada no presente trabalho monográfico conclui-se pela possibilidade da atuação judicial para que ocorra a efetivação do direito à saúde no Brasil, observando os meios de ponderação narrados alhures, consequentemente a preservação da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, sendo que o dever de promoção dos direitos fundamentais compete a todas as esferas do Poder Público. Assim, constata-se que objetivo deste trabalho fora alcançado e demonstrado pelo que fora exposto.

REFERÊNCIAS

ADPF nº 45-MC DF, Rel. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345 do STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Último acesso em 30 de dezembro de 2016.

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário**. In: GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). *Coleção sinopses para concursos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

ARAÚJO, Rodrigo Alves de. **Ativismo judicial e a judicialização do direito à saúde; parâmetros para intervenção judicial nas políticas públicas de saúde**. 2016. P. 93. Trabalho monográfico, área Direito Constitucional. Universidade Federal de Campina Grande. Sousa-PB.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**.

Disponível em :

<http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Último acesso em 13 de fevereiro de 2017.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito constitucional tomo I: Teoria da constituição**. In: GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). *Coleção sinopses para concursos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo:Malheiros, 2004.

_____. **A quinta geração dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em 10 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa Federal**. In: *Vade Mecum*. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Márcio Andre Lopes. **PRINCIPAIS JULGADOS DO STF E STJ COMENTADOS- ABRANGE OS JULGADOS DO ANO DE 2016**; Autor: editora Juspodivm, Salvador. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUIZ, Gabriel. 2016. **Judicialização da saúde atrapalha planejamento do governo, diz ministro**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/judicializacao-da-saude-atrapalha-planejamento-do-governo-diz-ministro.html>>. Último acesso em 15 de fevereiro de 2017.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais, 2 ed. editora Atlas, São Paulo, 2009.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10 ed., editora Atlas, São Paulo. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RODAS, Sérgio. **Fachin defende liberação de droga para câncer, mas aponta necessidade de testes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-20/fachin-defende-liberacao-droga-cancer-teste-clinico>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

SCHMIDT, SELMA. 2016. **Pelo menos 60 pacientes morreram em filas de espera por cirurgia em cinco hospitais federais**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/pelo-menos-60-pacientes-morreram-em-filas-de-espera-por-cirurgia-em-cinco-hospitais-federais-15021575#ixzz4ZLFhkDv6>>. Último acesso em 19 de fevereiro de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Francisca Regiane de. **Sistema único de saúde: a judicialização como meio para efetividade do direito à saúde**. 2016. P. 56. Trabalho monográfico, área Direito Constitucional. Universidade Federal de Campina Grande. Sousa-PB

STF, Pleno. MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, I, de 17-11-1995, p. 39206. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. **Responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26215/responsabilidade-solidaria-dos-entes-federativos-quanto-ao-fornecimento-de-medicamentos>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

VIEIRA, Bruno Barrozo Herkenhoff. **O ônus da prova no tratamento alternativo fornecido pelo sistema único de saúde (SUS)**. In: ROSSATO, Luciano Alves. (Org.). *Temas atuais da advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015.