

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR – MG
CURSO DE DIREITO
GABRIELLY DE CASTRO ALMEIDA

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

FORMIGA
2018

GABRIELLY DE CASTRO ALMEIDA

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do UNIFOR, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Juliano Vitor Lima.

FORMIGA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca UNIFOR-MG

A447 Almeida, Gabrielly de.
Judicialização do direito à saúde / Gabrielly de Castro Almeida.
– 2018.
56 f.

Orientador: Juliano Vitor Lima.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-Centro
Universitário de Formiga-UNIFOR, Formiga, 2018.

1. Judicialização. 2. Saúde. 3. Estado. I. Título.

CDD 347

Catalogação elaborada na fonte pela bibliotecária
Rosana Guimarães Silva – CRB6-3064

GABRIELLY DE CASTRO ALMEIDA

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para a obtenção de título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Juliano Vitor Lima
Orientador

Prof.
UNIFOR-MG

Prof.
UNIFOR-MG

RESUMO

A efetividade do direito à saúde é um tema de grande destaque na sociedade atual, visto o número crescente de demandas judiciais com a finalidade de condenar o Estado ao fornecimento de determinado medicamento ou tratamento médico. Desta forma, a judicialização excessiva relacionado ao direito à saúde resultou no fenômeno denominado “Judicialização da Saúde”. Assim, este trabalho propõe-se a estudar o fenômeno como consequência da omissão, ou ineficiência do Estado na prestação da assistência do direito constitucional à saúde, bem como as condições orçamentárias do Estado, apontando os principais desdobramentos da questão. O trabalho traz um levantamento sobre o contexto histórico-evolutivo do direito à saúde, ressaltando os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal frente às inúmeras demandas envolvendo tal direito, destacando-se a importância da Suspensão da Tutela Antecipatória 175 (STA 175) e da Audiência Pública nº 4 no estabelecimento de parâmetros judiciais. Por fim, foram encontradas propostas na doutrina e jurisprudência para melhorar a apreciação judicial deste tipo de demanda, com potencial de reduzir seus impactos, destacando-se o estabelecimento de parâmetros judiciais, auxiliados a uma política de prevenção como uma possível hipótese de solução.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à saúde. Políticas de prevenção.

ABSTRACT

The effectiveness of the right to health is a prominent issue in today's society, given the growing number of lawsuits aimed at condemning the State to supply a particular medicine or medical treatment. In this way, the excessive judicialization related to the right to health resulted in the phenomenon called "Health Judicialization". Thus, this study proposes to study the phenomenon as a consequence of the omission, or inefficiency of the State in the provision of assistance of the constitutional right to health, as well as the budgetary conditions of the State, pointing out the main developments of the issue. The paper presents a survey of the historical-evolutionary context of the right to health, highlighting the Federal Supreme Court's position on the numerous demands involving this right, highlighting the importance of the Suspension of Guardianship 175 (STA 175) and the Public Hearing 4 in the establishment of judicial parameters. Finally, proposals were found in the doctrine and jurisprudence to improve the judicial assessment of this type of demand, with the potential to reduce its impacts, highlighting the establishment of judicial parameters, aided by a prevention policy as a possible solution.

Keywords: Judiciary. Right to health. Prevention policies.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	7
2 PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS ACERCA DO TEMA	8
2.1. Introito	8
2.2. Características dos Direitos Fundamentais	10
2.3. O conceito de direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro	12
2.4. Evolução dos direitos fundamentais no contexto histórico	13
2.4.1. Cartas e Declarações Inglesas	14
2.4.2. Declaração de Virgínia.....	15
2.4.3. A declaração Norte-Americana.....	15
2.4.4. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.....	16
2.5. As “dimensões” ou “gerações” de direitos fundamentais.....	16
2.5.1. Direitos de primeira dimensão	17
2.5.2. Direitos de segunda dimensão	18
2.5.3. Direitos de terceira dimensão ou “direitos transindividuais”	19
2.5.4. Direitos de quarta e quinta dimensão.....	20
2.6. A eficácia dos direitos fundamentais	21
2.7. Natureza jurídica dos direitos fundamentais	22
3 DIREITOS SOCIAIS	23
3.1. Aspectos gerais	23
3.2. Conceito dos direitos sociais.....	24
3.3. Titularidade e destinatários	25
3.4. Classificação	26
4 O DIREITO À SAÚDE COMO UMA DAS ESPÉCIES DE DIREITO SOCIAL.....	26
4.1. Direito à previdência Social	26
4.2. Considerações preliminares sobre o Direito à Saúde.....	28
4.3. Sistema Único de Saúde.....	29
4.3.1. Princípios	30
.....	30
4.3.2. Financiamento	31
4.4. Direito de proteção à saúde e parcerias com setor privado	33
4.5. A proteção do direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal.....	34
4.5.1. Suspensão de tutela antecipatória nº 91	36

5 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	37
5.1. Início da judicialização da saúde no Brasil: o caso AIDS	41
5.2. Reserva do Possível.....	42
5.3.Parâmetros para solução da Judicialização do Direito à Saúde.....	44
5.3.1. A Audiência Pública nº 4 e a Suspensão da Tutela Antecipada 175	44
5.4. Críticas à Judicialização Excessiva	47
5.5. Hipótese: políticas de prevenção.....	49
6 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são de suma importância, visto que visam amparar e garantir diversas questões atreladas ao cidadão individualmente considerado, bem como, a coletividade.

Desta forma, tais direitos surgiram de maneira progressiva e complementar, na medida em que a sociedade sofria alterações tanto na área social, econômica ou tecnológica. Assim tornava-se necessário o aparecimento de outros direitos a fim de garantir a proteção diante das modificações sociais, sem extinguir os direitos já adquiridos.

Neste sentido, o direito à saúde encontra-se previsto na “segunda dimensão de direitos”, no rol dos direitos sociais, nos quais, sua concretização, depende da formulação e execução de políticas públicas por parte do Estado.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 196 traz de forma expressa que é dever do Estado prover aos cidadãos o acesso à saúde.

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).

Entretanto, é notório que o governo apresenta dificuldades em oferecer os serviços de saúde de qualidade a seus cidadãos, notadamente em razão da limitação dos recursos financeiros do Estado, visto que estes são finitos e devem ser distribuídos de acordo com as diversas necessidades públicas.

Ressalta-se que o direito em estudo não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas ao indivíduo isoladamente.

Desta forma, diante da ineficácia ou omissão do Estado na efetivação do direito à saúde, as demandas judiciais relacionadas a tal direito são recorrentes, surgindo o fenômeno que vem sendo denominado de “judicialização da saúde”.

Neste sentido, diante da crescente provocação do Poder Judiciário em prol da efetivação dessa assistência, fez surgir um impasse: o órgão julgador deve ter em vista, de um lado, a concretização do direito à saúde, considerando-se a força normativa da Constituição e a indispensabilidade de tal direito para a realização da dig-

nidade da pessoa humana, sem contudo, analisar a imprescindibilidade da preservação das políticas públicas existentes, respaldadas na possibilidade orçamentária, tendo em vista a limitação dos recursos estatais.

Diante do exposto, ressalta-se que o presente trabalho visa questionar a judicialização excessiva relacionada ao direito à saúde, analisando sua efetivação tanto no âmbito individual, bem como, na sociedade como um todo.

Desta forma, o estudo em questão, analisará o fenômeno da “Judicialização da Saúde” como consequência da omissão, ou ineficácia do Estado em garantir tal direito, bem como as limitações de suas condições orçamentárias, visto que a concessão judicial individual de um tratamento ou medicamento de alto custo pode inviabilizar a prestação do direito na esfera coletiva.

Ademais, objetivará especificamente: descrever a evolução histórica do direito social à saúde, entendido como um direito fundamental, ressaltando a responsabilidade estatal na prestação de serviços à saúde pública; definir a conceituação da Reserva do Possível; discorrer sobre a judicialização excessiva relacionada ao direito à saúde, bem como, suas implicações. Por fim, verificar-se-á as questões suscitadas no problema deste estudo, verificando a hipótese do estabelecimento de parâmetros de decisões auxiliados a uma política de prevenção como possível solução.

Para a execução do trabalho proposto, proceder-se-á a análise bibliográfica a respeito do tema, principalmente no Direito Constitucional e em Leis específicas como a nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Neste sentido, ao abordar tal tema, além de apresentar um estudo sobre um dos principais nuances na atual conjuntura jurídica brasileira, que é a judicialização excessiva, também discorrerá as consequências de tal judicialização e sua influência na atividade estatal quando realiza a inversão de recursos em prol do indivíduo frente à coletividade. Este trabalho torna-se relevante para o meio acadêmico, visto que ainda é um tema controverso, sendo ao final, estabelecido um posicionamento do estudo em análise.

2 PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS ACERCA DO TEMA

2.1. Introito

A conceituação dos direitos fundamentais de maneira direta e precisa é uma tarefa árdua, que exige uma análise minuciosa, visto que existem inúmeras terminologias acerca do tema.

Neste aspecto encontram-se diversas expressões para denominá-los, quais sejam: direitos humanos, direitos do homem, direitos humanos fundamentais, direitos individuais, destacando-se a terminologia “direitos humanos”.

Assim assevera Ingo Wolfgang Sarlet:

Por outro lado, embora a terminologia adotada (em sintonia com o texto constitucional), também é verdade que seguem sendo utilizadas outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes, mas que correspondem (salvo no caso da expressão “direitos humanos”) a categorias em geral mais limitadas do que o complexo mais amplo representado pelos direitos fundamentais. (SARLET, 2017, P. 331).

Dentre suas várias terminologias, alguns doutrinadores utilizam a expressão “direitos subjetivos públicos”, que conforme SILVA (2009), compreendem uma esfera individualizada, no qual o exercício de tais direitos dependem da vontade do titular, não sendo plausível portanto associá-los como sinônimo dos direitos fundamentais.

No entanto, há quem se refira aos direitos fundamentais como “direitos individuais”, ou ainda, “direitos do homem”, sendo estes autoexplicativos, nos quais, o primeiro anteriormente citado respalda-se na esfera individual, considerando o indivíduo isoladamente, enquanto que os direitos do homem amparam, protegem a figura humana. Tais conceitos, devido as suas peculiaridades, não abrangem a totalidade de direitos fundamentais.

Ademais, as chamadas “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas”, terminologias utilizadas para exprimir os direitos fundamentais, também se consubstanciam como insatisfatórias para o tema em questão.

Neste sentido, discorre José Afonso da Silva:

Liberdades fundamentais e liberdades públicas são também expressões usadas para exprimir direitos fundamentais. São conceitos limitativos e insuficientes. A primeira é ainda mais restrita, referindo-se apenas a algumas liberdades. A última é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla abrangente dos direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos liberdade-autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação

(também chamada liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos). (SILVA, 2009, P. 177).

Neste contexto, dentre as denominações existentes, destaca-se por serem mais usuais e de maior relevância, os “direitos humanos” e os “direitos fundamentais”.

No entanto, tais nomenclaturas não são sinônimas, uma vez que o primeiro relaciona-se com documentos de direito internacional, sendo usualmente utilizada no âmbito da filosofia política e das ciências sociais, enquanto que os direitos fundamentais encontram respaldo na Constituição, sendo portanto, aqueles positivados no texto constitucional.

Segundo Sarlet:

(...)Importa deixar aqui devidamente consignado o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e “direitos fundamentais”, concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional. Da mesma forma, registra-se que não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões cada vez mais relacionadas entre si, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.(...). (SARLET, 2017, P. 333).

Diante do exposto, visto a complexidade de explicitar uma conceituação precisa sobre os direitos fundamentais, sua identificação é facilitada através da análise de suas características.

2.2. Características dos Direitos Fundamentais

De acordo com ARAÚJO e JÚNIOR¹ (2006 apud LENZA, 2015, p. 1146), os direitos fundamentais caracterizam-se pela historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade.

¹ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional, p. 67-71, passim. 10.

ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Os direitos fundamentais caracterizam-se pela historicidade visto que decorrem de uma evolução e desenvolvimento histórico e cultural, sendo assim, fruto das diversas revoluções históricas que visavam a progressão dos direitos fundamentais.

Consoante, afirma Bobbio (1992, p. 5), “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Desta forma, os direitos fundamentais são “direitos históricos”, na medida em que são pautados por um caráter histórico-evolutivo, progredindo assim, de acordo com o contexto social vivenciado.

Assim, afirma Gilmar Ferreira Mendes:

A ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. Tanto a Constituição atual quanto a anterior estabeleceu vedação à pena de caráter perpétuo. Esse direito, que antes de 1988 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais, passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções. Em fins de 1988, o STF, confirmando acórdão do STJ, estendeu a garantia ao âmbito das sanções administrativas. A confirmar o caráter histórico-evolutivo – e, portanto, não necessariamente uniforme – da proteção aos direitos fundamentais, nota-se, às vezes, descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos. Assim, não obstante o entendimento do STF acima mencionado, a Corte durante bom tempo continuou a admitir a extradição para o cumprimento de penas de caráter perpétuo, jurisprudência somente revista em 2004. (MENDES, 2012, p. 242).

Os direitos humanos são norteados primordialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, destinados a todos os seres humanos. Desta forma, caracterizam-se pela universalidade, visto que seus titulares são todos os indivíduos, independentemente de quaisquer peculiaridades, porque visam o ser humano.

Quanto à “limitabilidade”, esta decorre da relatividade dos direitos fundamentais. Desta forma, tais direitos não são absolutos, uma vez que devem ser analisados de acordo com o caso concreto, sendo aplicados em observância aos limites fáticos e jurídicos de cada caso. O fato de serem caracterizados como direitos universais, e portanto, relativos, gera por diversas vezes conflitos de interesses nos casos concretos.

No mesmo sentido vem se firmando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p.20:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Ademais, os direitos fundamentais são caracterizados pela “concorrência”, sendo esta, autoexplicativa, visto que refere-se a possibilidade de cumulação de tais direitos, assim podem ser exercidos ao mesmo tempo.

Assim, tais direitos podem ser exercidos cumuladamente por um mesmo sujeito ativo.

Caracterizam-se ainda, pelo caráter “irrenunciável”. Desta forma, como regra geral, os direitos fundamentais não podem ser renunciados pelo seu titular devido a sua fundamentalidade material estar respaldada na dignidade da pessoa humana.

Portanto, os direitos fundamentais são irrenunciáveis, visto que interessam a toda a coletividade, e não somente ao legitimado ativo. Entretanto, ressalta-se que seu caráter irrenunciável não é absoluto, visto que o STF vem admitindo a renúncia, ainda que excepcional, de certos direitos, como é o caso da intimidade e da privacidade.

Neste sentido, Marcelo Alexandrino (2006), exemplifica hipótese de renúncia temporária e específica, qual seja, "(...)o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como *reality shows* (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade."

Por fim, os direitos fundamentais caracterizam-se pela imprescritibilidade, de forma que não prescrevem com o tempo, ou porque não estejam sendo utilizados, uma vez que são sempre exercíveis e exercidos. Assim, segundo Silva (2009), sen-

do os direitos fundamentais sempre exercíveis e exercidos, não há que se falar em prescrição de tais direitos devido ao lapso temporal.

Diante do exposto, a complexidade em explicitar uma conceituação precisa sobre os direitos fundamentais, torna-se mais branda a partir do entendimento dos seus elementos caracterizadores.

2.3. O conceito de direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro

Os direitos fundamentais, para que possam assim ser classificados, devem pautar sua fundamentalidade tanto no sentido formal, quanto em um sentido material simultaneamente. Conforme assevera Sarlet (2017, p. 266) “apontam para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e material”.

A dupla fundamentalidade dos direitos fundamentais se deve a complexidade de sua abrangência, de modo que, o entendimento de tais direitos em um sentido meramente formal, bem como o a fundamentação apenas no sentido material, não abrange sua conceituação. Desta forma, os direitos fundamentais devem ser analisados sobre o aspecto formal simultaneamente ao aspecto material.

No que se refere a “fundamentalidade formal”, esta consiste na existência de um regime jurídico positivado na Constituição seja de forma expressa, ou implicitamente, sendo um regime diferenciado das demais normas da constituição.

Assim, Sarlet enumera alguns elementos essenciais:

(a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo constituinte, aspecto desenvolvido no capítulo sobre o poder de reforma constitucional; (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5.º, § 1.º, da CF), o que igualmente será aprofundado mais adiante. (SARLET, 2017, p. 348).

A partir da análise dos elementos percorridos por Sarlet na fundamentabilidade formal, percebe-se a necessidade de diferenciação do regime jurídico dos direitos fundamentais em relação às demais normas da constituição, para que possam assim, ser classificados.

Quanto à “fundamentabilidade material”, refere-se ao conteúdo abrangido por tais direitos, devendo estes conter questões fundamentais para a estrutura do Estado e da sociedade, e primordialmente para o homem.

Desta forma, um conceito analisado meramente sob o aspecto formal seria insuficiente para classificar os direitos fundamentais, uma vez que, segundo Sarlet (2017, p. 349), “a Constituição Federal, como já referido e previsto no art. 5.º, § 2.º, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF) (...)”.

Diante do exposto, definem-se os direitos fundamentais, como sendo aqueles respaldados pela fundamentalidade formal e material simultaneamente, consistindo portando, em um rol de direitos positivados pela ordem constitucional brasileira através de um regime jurídico diferenciado das demais normas constitucionais, desde que seu conteúdo esteja embasado em questões fundamentais para a estrutura do Estado e da sociedade, e primordialmente para o homem.

2.4. Evolução dos direitos fundamentais no contexto histórico

Os direitos fundamentais surgiram de maneira progressiva, uma vez que, de acordo com o contexto histórico vivenciado reclamava-se a progressão de tais direitos afim de garantir sua efetividade.

Assim, no decorrer dessa formação histórica, alguns antecedentes refletiram diretamente na evolução dos direitos fundamentais, merecendo ser discorridos de forma minuciosa.

2.4.1. Cartas e Declarações Inglesas

No século XIII, na Inglaterra, destaca-se o documento primordial no estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais: Magna Carta Libertatum de 1215, mas tornada definitiva somente em 1225.

Apesar de tal carta, firmada pelo Rei João Sem-Terra, visar a proteção dos privilégios dos barões e dos nobres ingleses, discriminando a maioria da população,

tal documento, serviu como norte para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o “habeas corpus”, o “devido processo legal” e a “garantia da propriedade”.

Assim, apesar do seu cunho “elitista”, a Magna Carta foi o documento que deu origem a direitos de suma importância, principalmente no que se refere a garantia da liberdade de locomoção e sua proteção contra a prisão arbitrária.

Destaca Sarlet:

Desde já, há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses “direitos” e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo. Ainda assim, impende não negligenciar a importância desses pactos, de modo especial as liberdades constantes da Magna Charta, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições, ainda mais quando é justamente neste documento que se identifica (pelo menos de acordo com a maioria dos autores) a origem desses direitos, precisamente no que diz com a garantia da liberdade de locomoção e sua proteção contra a prisão arbitrária, tendo em conta o argumento de que a liberdade constitui o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião. (SARLET, 2017, p. 337).

Apesar do fato de que determinados direitos já estivessem estabelecidos formalmente na Carta Magna, a observância de tais direitos não era respeitada pelo Povo Monárquico.

Desta forma, menciona-se também a “Petição de Direitos” (Petition of Rights), datada de 1628. Segundo Silva (2009, p. 152-153) ela consistiu em um documento “elaborado pelos parlamentares dirigido ao monarca requerendo o reconhecimento de direitos e liberdades já estabelecidos inclusive na Magna Carta.”.

Salienta-se como um dos documentos mais importantes nesta formação histórica a Declaração de Direitos (Bill of Rights) em 1688, que instituiu na Inglaterra a monarquia institucional subordinada a soberania popular.

Ao firmar a supremacia do Parlamento em relação ao monarca, a Declaração de Direitos impôs a abdicação do então Rei Jaime II, designando como novos monarcas Guilherme III e Maria II. (SILVA, 2009).

2.4.2. Declaração de Virgínia

A declaração de Virgínia ou Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, surgiu em 1776, tendo seu conteúdo inspirado nas teorias de Locke, Rousseau, e

Montesquieu, e visava basicamente a concretização da democracia, e consequentemente, a limitação do poder estatal.

Desta forma, seu conteúdo tinha como finalidade resguardar o indivíduo das arbitrariedades do Estado, firmando assim, a supremacia do Parlamento. Assim, discorre Duguit² (1930 apud SILVA, 2009, p. 154) “as declarações de direitos iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem”.

2.4.3. A declaração Norte-Americana

Primeiramente, cabe dizer que a Constituição Americana dos Estados Unidos da América, aprovada em 1787 na convenção de Filadélfia, não possuía inicialmente uma declaração de direitos fundamentais.

Para vigorar, e consequentemente tornar-se efetiva, era necessário a ratificação de nove dos treze Estados independentes, ex-colônias inglesa da América.

(...)Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir a este pacto se se introduzisse na Constituição uma Carta de Direitos, em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Isso foi feito segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, as quais se acrescentaram outras até 1975(...). (SILVA, 2009, p. 155).

Desta forma, a Constituição Americana ficou conhecida como o “Bill of Rights” do povo americano, assegurando inúmeros direitos fundamentais, citando-se como exemplo: liberdade de religião e culto, inviolabilidade da pessoa, da casa, entre outros.

2.4.4. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada em 1789 pela Assembleia Constituinte Francesa, instaurando assim a ordem liberal-burguesa na França, também possui relevância no que concerne a evolução histórica dos direitos fundamentais.

²DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*, 3. ed. Paris, Ancienne Librairie Fontémoing, 1930.

Primeiramente, é certo que apesar de possuir determinados pontos convergentes com a Declaração Norte-Americana, tais como a inspiração iluminista e a doutrina do direito natural, tais declarações possuem diferenças importantes a serem destacadas:

Apesar das importantes convergências (especialmente no que diz com a inspiração iluminista e a doutrina do direito natural), é preciso, contudo, apontar para algumas diferenças relevantes entre a Declaração de 1789 e os direitos e liberdades consagrados pelo constitucionalismo americano. Assim, sustenta-se que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracteriza a “via” francesa do processo revolucionário e constitucional. Atente-se, neste contexto, ao fato de que a preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791, bem como – e principalmente – na Constituição Jacobina de 1793, inspirada na obra de Rousseau, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados. Quanto ao significado e importância do legado norteamericano e francês do final do século XVIII, no contexto do momento inaugural da trajetória do Estado constitucional, oportuna a lição de Martin Kriele, que, de forma sintética e marcante, traduz a relevância de ambas as Declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos. (SARLET, 2017, P. 339).

Ambas as declarações, são de suma importância e merecem destaque no estudo da formação histórica dos direitos fundamentais. No entanto, a Declaração de 1789 adquiriu um caráter universal.

2.5. As “dimensões” ou “gerações” de direitos fundamentais

A Constituição da República de 1988, dispõe no Título II, a classificação dos “direitos e garantias fundamentais”, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos.

No entanto, ressalta-se que direitos e garantias não são expressões sinônimas. Conforme LENZA (2015, p. 1145): “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos ou prontamente os repara, caso violados.

A partir da análise minuciosa acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, percebe-se o quão os seus aspectos foram se transformando com o decorrer do tempo, no que concerne ao seu conteúdo, efetividade, titularidade.

Segundo RAMOS³ (2005, apud GARCIA, 2014, p. 60), conforme a “Teoria Geracional” estabelecida por Karel Vazak na Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979, os direitos fundamentais respaldam-se em três dimensões.

Primeiramente, ressalta-se que inúmeras críticas norteiam o termo “gerações”, tendo em vista que apesar das transformações ocorridas durante a evolução histórica dos direitos fundamentais, estes passaram por um processo de transformação cumulativa, complementar, e não de alternância como induz o termo “geração”.

Neste sentido, destaca Riedel⁴ (1989 apud SARLET, 2017, p.340):

(...)o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina(...).

Compactua do mesmo entendimento Lenza (2015, p. 1142): “(...)uma nova dimensão não abandonaria as conquistas da dimensão anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada(...)”.

Diante do exposto, conclui-se que os direitos fundamentais são pautados por um caráter histórico evolutivo, de modo que, o surgimento de novos direitos, não exclui os direitos já adquiridos. Desta forma, as dimensões de direitos fundamentais tem fulcro na progressividade, bem como na complementariedade de direitos.

2.5.1. Direitos de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, surgiram nas primeiras Constituições escritas no final do século XVIII por influência do pensamento liberal-burguês, em um cenário marcado pelo Estado absolutista. Desta forma, o movimento visava a valorização e proteção do indivíduo em face do Estado autoritário.

De acordo com Lafer e Andrade⁵:

(...)Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona

³RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.82.

⁴RIEDEL, Eibe. Menschenrechte der dritten Dimension. EUGRZ 1989, p. 11.

⁵LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos, p. 126; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 43.

de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder(...). (1976 apud SARLET, 2017, p. 43)

Conforme, Bonavides⁶ (apud LENZA, 2015, p. 1142) diante do absolutismo, no qual a figura do soberano concentrava todos os poderes do Estado, os direitos de primeira geração, caracterizados pela subjetividade, surgiram com o intuito de fortalecer a ideia de individualização como uma forma de oposição o Estado autoritário.

Consoante ao exposto, assevera Sarlet (2017, p. 341) que os direitos de primeira geração ou direito de liberdades são negativos, ou seja, objetivam pela não intervenção do Estado, e não por uma conduta positiva por parte deste. Assim primam pela “liberdade”, destacando-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.

Salientam Lafer e Andrade⁷:

(...)Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia(...).(1976 apud SARLET, 2017, p. 341).

2.5.2. Direitos de segunda dimensão

Frise-se que as denominadas “dimensões” não alternam-se entre uma e outra, visto que os direitos fundamentais passaram por um processo gradativo de complementariedade e não de exclusão de uma dimensão de direitos com o início da outra.

A segunda dimensão de direitos, segundo Lafer⁸ (apud SARLET 2017, p. 342) surgiram em um contexto social marcado pelas miseráveis condições de trabalho, associado a diversos problemas sociais e econômicos decorrentes da industrialização. Assim, as liberdades individuais e o Estado não-intervencionista caracterizador do movimento liberal-burguês, não mais bastavam para amparar o indivíduo diante do contexto social instaurado.

⁶BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional.25.ed. P. 563-564.

⁷LAFER; e ANDRADE, op. cit., p. 45 e ss.

⁸Ibidem, 1976, p. 127.

Diferentemente da primeira dimensão de direitos, não se objetivava a não intervenção do Estado nas liberdades individuais, mas sim, uma conduta positiva prestacionista por parte do Estado.

Portanto, inúmeros movimentos surgiram com intuito de combater o contexto social vivenciado, dentre os quais, discorre Lenza (2015, p.1143): “eclodem movimentos como o Cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris em 1848”. No entanto, o marco histórico que impulsionou a segunda dimensão de direitos foi a Revolução Industrial europeia a partir do século XIX.

Neste sentido, surgiram os direitos de segunda dimensão, quais sejam conforme Lenza (2015, p. 1143) “(...)direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material, e não meramente formal(...))”.

Desta forma, instaura-se o denominado “Estado Social”, pautado em ações afirmativas prestacionistas tais como assistência social, saúde, educação, trabalho. No entanto, a segunda dimensão de direitos concretiza não só ações prestacionistas de cunho positivo, como também as denominadas “liberdades sociais” dentre as quais liberdade de sindicalização, direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores.

Consoante ao exposto, discorre Sarlet:

(...)Ainda na esfera dos direitos da assim chamada segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que tal dimensão não engloba apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, como bem mostram os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, mais do que os direitos a prestações, nada obstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais(...). (SARLET, 2017, p. 342-343).

2.5.3. Direitos de terceira dimensão ou “direitos transindividuais”

Primeiramente, ressalta-se que o contexto histórico do surgimento dos direitos de terceira dimensão foi marcado pelas profundas alterações da sociedade, com um grande desenvolvimento tecnológico e científico, bem como a descolonização do pós-guerra, dentre outros fatores.

Assevera Norberto Bobbio⁹:

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dos candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade. (1992 apud LENZA, 2015, p. 1144).

Neste sentido, Bonavides¹⁰ (apud LENZA, 2015, P. 1144) demonstra em sua obra um rol exemplificativo de direitos fundamentais de terceira dimensão conforme a teoria de Karel Vasak, quais sejam: “direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.

Desta forma, na terceira dimensão, conforme Sarlet (2017, p. 343) “os titulares de direitos são indeterminados, uma vez que primam a proteção dos grupos humanos no que tange ao povo, a nação, sendo portanto marcado pela titularidade transindividual.”.

Assim, os “direitos transindividuais”, também denominados usualmente por direitos da “fraternidade” ou “solidariedade” diferenciam-se das outras dimensões de direitos primordialmente no que se refere aos seus titulares indeterminados.

As alterações sociais tanto na área social, econômica ou tecnológica no decorrer dos anos, geraram impactos diretos nos direitos fundamentais, uma vez que a sociedade ou o Estado se modificam de alguma maneira, surgindo a necessidade de progressividade das dimensões de direitos fundamentais afim de garantir a sua efetividade.

2.5.4. Direitos de quarta e quinta dimensão

Conforme a “Teoria Geracional” estabelecida por Karel Vazak na Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979, os direitos fundamentais possuem 3 dimensões.

No entanto, parte da doutrina posiciona-se acerca da existência de outras dimensões de direitos além das três dimensões estabelecidas, fato este, que gera controvérsias entre os doutrinadores.

⁹BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁰BONAVIDES, op. cit., p 569.

Neste sentido, segundo Ingo Sarlet (2017), Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta dimensão de direitos que decorrem da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de universalizá-los no âmbito institucional. Para o autor, esta corresponderia a fase de institucionalização do Estado Social.

Por outro lado, Norberto Bobbio¹¹, segue o posicionamento de que a existência da quarta dimensão de direitos decorreria dos avanços da engenharia genética, afirmando que:

(...) já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo(...). (1992 apud Lenza, 2015).

Ademais, Bonavides defende a existência da quinta dimensão de direitos fundamentais. Segundo o autor, esta seria compreendida pelo “direito à paz”, devendo tal direito ser tratado em uma dimensão autônoma visto a sua importância.

No entanto, há algumas divergências no que se refere a classificação dimensional do direito à paz. Tal direito foi classificado por Karel Vasak na terceira dimensão de direitos, e não em uma dimensão autônoma como defende Bonavides.

Neste sentido, destaca Ingo Sarlet:

Considerações similares dizem respeito ao direito à paz, que, na concepção de Karel Vasak, integra a assim designada terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, mas que, de acordo com a proposta de Paulo Bonavides, movida pelo intento de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso(...). (SARLET, 2017, p. 345).

2.6. A eficácia dos direitos fundamentais

A eficácia dos direitos fundamentais respalda tanto em um sentido vertical, bem como em um âmbito horizontal, conforme os “sujeitos” da relação estabelecida.

No que tange a relação entre o Estado e o particular, indubitavelmente a eficácia dos direitos fundamentais é vertical, tendo como fundamento o princípio da isonomia, princípio geral do direito segundo o qual todos são iguais perante a lei; não devendo ser feita nenhuma distinção entre pessoas que se encontrem na mesma situação.

¹¹BOBBIO, op. cit., p. 6.

Partindo de tais premissas, afirma-se que a eficácia vertical consiste no fato de que o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais têm ainda a missão de fazê-los respeitar pelos particulares, sem qualquer tipo de discriminação.

No entanto, segundo Sarmiento¹² (2006 apud LENZA, 2015, p. 1149), na relação entre particular e particular, os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal, também denominada como eficácia privada ou externa.

Neste sentido, no aspecto da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, destaca-se duas teorias: a teoria da eficácia indireta ou mediata (necessitando da intermediação do legislador para que os direitos fundamentais adquiram concretude), e a teoria da eficácia direta ou imediata (na qual não há necessidade de intervenção do legislador para que os direitos fundamentais se concretizem).

Eficácia indireta ou mediata: os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar a lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, coltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se as relações privadas. Eficácia direta ou imediata: alguns direitos fundamentais podem ser aplicados as relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização. (LENZA, 2015, P. 1151).

Dentre as teorias supracitadas, destaca-se a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal), conforme se nota em voto do Ministro Gilmar Mendes¹³, durante julgamento do Recurso Especial 201.819, que tratava da exclusão de membro de sociedade sem a possibilidade de sua defesa: “esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa.”.

2.7. Natureza jurídica dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, quanto ao aspecto de sua natureza jurídica, é certo que possuem natureza constitucional, posição adotada inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

¹²cf. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federa. Informativo 405. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm>.

Como já demonstrado, a conceituação dos direitos fundamentais, pauta-se em uma análise acerca da fundamentalidade formal e material simultaneamente. Portanto, sob o aspecto formal, consistindo os direitos fundamentais na existência de um regime jurídico positivado na Constituição seja de forma expressa, ou implicitamente, sendo um regime diferenciado das demais normas da constituição, outra não seria a sua natureza jurídica do que a constitucional.

No entanto, segundo Silva (2009, p. 179-180) “não são normas de valor supraconstitucionais ou de natureza supra estatal como querem Duguit e Pontes de Miranda, embora o sejam cada vez mais de dimensão internacional”.

Face ao exposto, a natureza jurídica acerca dos direitos fundamentais possui divergências doutrinárias, predominando, no entanto, o entendimento firmado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, qual seja, a natureza constitucional dos direitos fundamentais.

3 DIREITOS SOCIAIS

3.1. Aspectos gerais

Os direitos sociais são segundo a Teoria Geracional, direitos fundamentais de segunda dimensão, que, conforme Silva (2009) adquiriram dimensão jurídica, no momento em que as constituições passaram a dispô-los de maneira sistêmica em seus textos, tendo como pioneira a Constituição Mexicana de 1917.

O histórico dos direitos de segunda dimensão no Brasil, tem como marco inicial a Constituição de 1934, sendo esta a primeira a dispor em seu texto acerca dos direitos sociais. Neste sentido Mendes (2012, p. 479) discorre que “(...) sob forte influência europeia, a Carta de 1934 trazia um capítulo específico intitulado Ordem Econômica e Social (arts. 115-147), com especial destaque aos direitos fundamentais que regem as relações trabalhistas”.

Desta forma, com a evolução constitucional brasileira, os direitos sociais continuaram sendo previstos constitucionalmente, no entanto, permaneceram sem uma titulação específica, sendo dispostos de maneira esparsa.

Assim, ressalta Sarlet:

No que diz com a evolução constitucional pretérita brasileira, observa-se que, em geral, as Constituições anteriores faziam referência a alguns direitos sociais (assistência jurídica, proteção à maternidade e à infância, direito à educação, entre outros) mediante dispositivos esparsos, geralmente elencados no catálogo dos direitos individuais ou por meio de preceitos inseridos nos títulos da ordem econômica e social. Feita essa ressalva, é possível identificar, já na nossa Carta Imperial, de 1824, o art. 179, que, assegurava, respectivamente, a garantia dos socorros públicos e o direito à instrução primária gratuita (incs. XXXI e XXXII), uma precoce manifestação da influência do constitucionalismo francês revolucionário, com destaque para a Constituição de 1793. Em virtude de seu caráter eminentemente liberal, a Constituição de 1891 não contemplava direitos sociais, tendo sido apenas com a promulgação da Constituição de 1934, fortemente influenciada pelas primeiras constituições do Estado Social (com destaque para a Constituição de Weimar), que os direitos sociais e em geral as normas definidoras de fins e tarefas do Estado em matéria social foram inseridos na tradição constitucional brasileira. Com efeito, a Constituição de 1934 contemplava, dentre outros, a inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113, caput), bem como os direitos à assistência judiciária gratuita (n. 32), direitos ao trabalho e à assistência dos indigentes (n. 34), além de afirmar a existência digna como objetivo da ordem econômica (art. 115) e dispor sobre assistência social e saúde pública (art. 138), proteção à maternidade e à infância (art. 141) e o direito à educação (art. 149). A Constituição do Estado Novo, de 1937, contemplava, por sua vez, dentre outros, o dever de educação dos filhos (art. 125), a proteção da infância e da juventude (art. 127), a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário (art. 130) e o dever social do trabalho e o direito à subsistência mediante o trabalho (art. 136). A Constituição de 1946, representativa do constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra, mas ainda assim afinada com a nossa evolução anterior, assegurava, dentre outros exemplos, o direito dos necessitados à assistência judiciária (art. 141, § 35), estabelecendo a justiça social como objetivo da ordem econômica (art. 145), além de prever o direito ao trabalho (art. 145, parágrafo único), a assistência à maternidade e à infância (art. 164) e o direito à educação (art. 166). A Constituição de 1967, promulgada em pleno regime militar, manteve, contudo, o conteúdo social dos textos anteriores, ainda que com algumas variações, como demonstram os exemplos do art. 150, § 32 (direito dos necessitados à assistência judiciária), art. 157, caput (justiça social como objetivo da ordem econômica), art. 157, II (“valorização do trabalho como condição da dignidade humana”), e art. 168, que tratava do direito à educação. Tais direitos e objetivos sociais foram, ainda que alterada a localização no texto constitucional, mantidos pela EC 1/1969. (SARLET, 2017, p. 635-636).

Com a Constituição da República de 1988, os direitos sociais adquiriram amplitude, sendo a primeira constituição a inseri-los em um capítulo próprio. Portanto, segundo Sarlet (2017, p. 635) “foi apenas no texto promulgado em 05.10.1988 que os direitos sociais foram efetivamente positivados na condição de direitos fundamentais, pelo menos de acordo com expressa previsão do texto constitucional.”.

Ressalta-se que apesar dos direitos fundamentais sociais não estarem restritos ao rol do artigo 6º da Carta de 1988, este dispõe como sendo direitos sociais: a educação, saúde, a alimentação, o trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados.

Assevera Sarlet (2017), no que tange aos direitos à alimentação e à moradia, este último foi incorporado ao texto original apenas posteriormente, por meio da EC 26, de 14.02.2000. Quanto ao direito à alimentação, este foi inserido por meio da EC 64, de 04.02.2010.

3.2. Conceito dos direitos sociais

Conforme Lenza (2015, p. 1280), os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais dispostos no Título II da Constituição, “têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam, o mandado de injunção ou a ADO”.

Desta forma, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta. Entretanto, destaca-se uma divergência doutrinária sobre o alcance do dispositivo supracitado: se aplicável a todos os direitos fundamentais ou se restrita aos direitos individuais e coletivos previstos apenas no art. 5º.

Neste sentido, conforme Simone Reissinger (2014, p. 1765) “atualmente, a corrente majoritária vem consolidando o entendimento de que as normas que consagram direitos sociais são direitos fundamentais e, por isso, abrangidas pelo art. 5º, § 1º, da Constituição, tendo aplicabilidade ou eficácia imediata.”

Diante do exposto, conclui-se que os direitos sociais conceituam-se como:

(...)os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 2009, p. 286).

Portanto, diferentemente da primeira dimensão, os direitos sociais respaldam-se em um Estado Prestacionista, seja de forma direta ou indireta, para que possam não somente ser amparados constitucionalmente, como também, adquirir efetividade jurídica na prática.

3.3. Titularidade e destinatários

Primeiramente, menciona-se a estrita ligação entre os direitos sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, segundo Sarlet (2017), com base no princípio da universalidade, todas as pessoas, na condição de pessoas humanas, são consideradas titulares dos direitos sociais.

Entretanto, é possível a existência de algumas restrições, visto que determinados direitos sugerem titulares específicos, citando-se como exemplo os “direitos dos trabalhadores”.

Ademais, Sarlet (2017) assevera a importância de diferenciar os “direitos coletivos” e os “direitos sociais”, visto que estes não são terminologias sinônimas. Assim, estando amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais tem como titulares a pessoa individual. Em contraponto, os direitos coletivos, visam como titulares, grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Ainda no que diz com a titularidade, importa frisar que os direitos sociais não se confundem com a figura dos direitos coletivos, pelo menos não podem ser identificados apenas com a figura de direitos coletivos. A partir justamente da dimensão sempre em primeira linha individual da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, os direitos sociais têm por titular a pessoa individual, o que, todavia, não afasta uma dimensão transindividual, conforme, aliás, também tem sido destacado em diversas decisões do STF, especialmente, mas não exclusivamente, no caso do direito à saúde.⁶¹⁵ Eventual preferência por uma tutela processual coletiva não pode servir de argumento para refutar a titularidade individual dos direitos sociais, visto não se poder confundir a condição de titular (sujeito) de direitos fundamentais com a técnica processual de sua efetivação. (SARLET, 2017, p. 647).

No que se refere aos destinatários dos direitos de segunda dimensão, indubitavelmente estes são os órgãos estatais, tendo em vista os direitos sociais serem pautados por ações prestacionistas por parte do Estado, afim de garantir sua efetividade.

Por outro lado, conforme Sarlet (2017) é possível que as normas de direitos sociais incidam nas relações entre particulares, ainda que não de modo exclusivo, aos particulares como ocorre na seara dos direitos dos trabalhadores.

3.4. Classificação

Primeiramente, torna-se necessário enfatizar que os direitos sociais não se restringem ao rol do artigo 6º da Constituição da República.

Neste sentido, José Afonso da Silva (2009), classificou os direitos sociais em seis classes: direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo o direito à saúde, à previdência e a assistência social; direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais relativos a moradia; direitos sociais relativos à família, criança, adolescente, e idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Ademais, assevera ainda o autor, a existência de uma segunda classificação, compreendida como: “direitos sociais do homem produtor” e “direitos sociais do homem consumidor”. O primeiro corresponde aos direitos previstos no artigo 7º ao 11, enquanto que a segunda vertente refere-se aos direitos dispostos no rol do artigo 6º, todos da Carta constitucional.

4 O DIREITO À SAÚDE COMO UMA DAS ESPÉCIES DE DIREITO SOCIAL

4.1. Direito à previdência Social

A compreensão ampla acerca do direito à saúde, demanda a análise de determinados pontos relevantes no que tange a seguridade social. Esta encontra disposição na Constituição da república de 1988, no capítulo II, seção I, arts. 194 e seguintes, “Da Seguridade Social, sendo composta pelo direito a previdência social, direito à assistência social e pelo direito à saúde.

Desta forma, dispõe a constituição *“in verbis”*, “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”.

No que se refere ao Direito a Previdência Social, assim como mencionado anteriormente, este define-se como um conjunto de direitos relativos a seguridade social, e norteia-se, segundo Silva (2009, p. 310) pelo “no princípio do seguro social, de sorte que os benefícios e serviços se destinam a cobrir eventos de doença, invalidez, morte, velhice e reclusão, apenas do segurado e seus dependentes”.

Portanto, o regime da previdência social está pautado por um caráter contributivo, englobando, nos dizeres do autor supracitado dois tipos de prestações: os benefícios e os serviços.

Lado outro, o direito à assistência social, não possui um fator de contribuição, possuindo como titular todo aquele que assim necessitar.

Neste contexto, dispõe a Constituição em seu artigo 203:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
 I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
 II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
 III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
 IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
 V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Assim, percebe-se que seu núcleo de abrangência possui um caráter universalizante, na medida em que visa atingir destinatários indeterminados, dentre os quais não necessitam de contribuições específicas para a efetividade do seu direito. Seus recursos se originam do orçamento geral da seguridade social.

Conforme assevera José Afonso da Silva:

(...) os recursos procedem do orçamento geral da seguridade social e não de contribuições específicas de eventuais destinatários, até porque estes são impessoalizáveis a priori, porquanto se constituem daqueles que não dispõem de meios de sobrevivência: os desvalidos em geral. (SILVA, 2009, p. 311).

4.2. Considerações preliminares sobre o Direito à Saúde

A proteção e promoção do direito à saúde é de suma importância, devido a sua vinculação a direitos primordiais para o ser humano, dentre os quais: o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet (2017, p. 671) “Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.”

Assim sendo, o direito à saúde adquiriu *status* de direito fundamental, tão somente com a Carta de 1988. Anteriormente, conforme Silva (2009), a matéria já en-

contrava disposição no texto constitucional, porém, pautada na seara de organização administrativa de combate as endemias e epidemias.

Destaca-se como pioneira no reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental, a constituição italiana. Posteriormente, outras constituições seguiram o mesmo caminho, dentre as quais ressalta-se as constituições da Guatemala, Espanhola, e Portuguesa, tendo esta última, adquirido um caráter universalizante, conforme discorre Silva (2009).

Neste sentido, por influência da evolução histórica que tal direito passou em escala mundial, a constituição de 1988 o consagrou como direito fundamental no seu artigo 6º, e no art. 196 e ss., tendo este último regulamentado o direito à saúde no que concerne ao âmbito infraconstitucional.

Assim assevera, Sarlet:

Consagrado no art. 6.º de nossa Constituição, é no art. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização em nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõem sobre a organização e os benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos. Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito (direito à saúde como direito subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera). Num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200). (SARLET, 2017, p. 672).

Ademais, prevê o artigo 196 da constituinte:

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.

Assim sendo, a saúde é um direito de todos, ou seja, assegurado a qualquer ser humano tanto em sua esfera individual, bem como, em âmbito coletivo, visto se tratar de um direito social.

É também, um dever do Estado, este entendido como União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tratando-se de um direito que tem sua efetividade garantida por meio de ações prestacionistas estatais.

Neste sentido, segue entendimento do Gilmar Mendes

(...)o dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção, e à recuperação da saúde está expresso 196 da CF. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante art. 23, II, da constituição. (MENDES, 2012, p. 484).

Ainda neste contexto, destaca o autor a atuação preventiva por parte do estado, com a finalidade de reduzir doenças, como algo de suma importância, visando a garantia do direito à saúde em sua amplitude.

Por fim, o constituinte estabeleceu que deva o Estado, por meio de todos os seus entes de maneira solidária, promover políticas que tenham como fim o acesso universal e igualitário do direito à saúde. Desta forma, o Sistema Único de Saúde (SUS), foi criado pelo constituinte originário como forma de concretizar o direito à saúde.

4.3. Sistema Único de Saúde

Destaca-se entendimento de Mendes (2012, p. 487) “ao criar o SUS, o constituinte originário rompeu com a tradição até então existente e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade”.

4.3.1. Princípios

O art. 196 da CR/88 contém em seu texto dois princípios constitucionais relacionados à saúde: o princípio do acesso universal e o princípio do acesso igualitário.

O princípio do “acesso universal à saúde”, bem como, o princípio do “acesso igualitário”, devem ser analisados de maneira conjunta, visto que são complementares. Neste sentido, tais princípios referem-se ao fato de que tal direito deve ser efetivado de forma igualitária entre todos os seres humanos, sem qualquer distinção, a fim de garantir a todos os cidadãos o acesso à saúde.

Desta forma, independentemente das peculiaridades de cada cidadão, no que tange a raça, cor, religião, bem como a classe ou grupo de pessoas que faça parte, os recursos e ações na área da saúde pública devem ser destinados a todos os cidadãos igualmente.

Quanto aos princípios basilares que regem a organização do SUS, estes consistem em três: descentralização, atendimento integral, e a participação da comunidade.

A “descentralização” consiste na redistribuição e transferência das responsabilidades concernentes às ações e serviços de saúde entre todas as esferas de governo, de forma que, cabe a todos os entes federados a efetivação do direito à saúde e não somente a União.

Quanto ao “atendimento integral”, sua definição respalda na combinação da atuação preventiva, por meio de ações de promoção e proteção à saúde, bem como ao atendimento médico hospitalar e assistência farmacêutica posterior visando a cura.

Por fim, a “participação dos cidadãos”, é um princípio basilar do SUS que visa a participação ativa dos cidadãos na formulação das políticas de saúde em todos os âmbitos federados.

Neste sentido, Araújo e Nunes Júnior:

Os princípios que regem a organização do SUS são três: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade.

A descentralização é definida como uma redistribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da premissa de que quanto mais perto do fato a decisão for tomada, mais chance haverá de acerto.

O atendimento integral permite que as ações de saúde sejam combinadas e voltadas ao mesmo tempo para a prevenção e a cura. Ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formam um todo indivisível. Este atendimento integral deve, portanto, ser oferecido pela rede pública de saúde e deve envolver a prevenção, o atendimento médico e hospitalar e a assistência farmacêutica (remédios).

A participação dos cidadãos (controle social) é a garantia constitucional de que a população, através de suas entidades representativas, poderá participar do processo de formulação das políticas de saúde e do controle de sua execução, em todos os níveis (do federal ao local). Esta participação deve ocorrer através dos Conselhos de Saúde, órgãos que, de acordo com a disposição constitucional, possuem caráter deliberativo (Lei n. 8.142/90).

As estratégias do SUS estão relacionadas à sua descentralização, com o objetivo de que a execução dos serviços seja comandada e realizada pelos Municípios e pelos Estados, minimizando o papel da União. Também se referem à unicidade de comando pois, embora descentralizado, o sistema passaria a ter um comando único em cada esfera de governo, evitando a duplicação de ingerências, que existia anteriormente, entre as estruturas do INAMPS, do Ministério da Saúde e das secretarias estaduais e municipais.

A participação social, como estratégia, vislumbra a participação da sociedade na gestão do sistema, através dos Conselhos de Saúde organizados em cada esfera de governo, com funções de planejamento e fiscalização das ações de saúde. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2002, p. 406).

4.3.2. Financiamento

Quanto ao financiamento do SUS, este encontra previsão tanto na Constituição Federal como na Lei Orgânica da Saúde, composto pelas leis federais 8.080 e 8.142 de 1990.

A Constituição da República, no que diz respeito ao financiamento da saúde, dispõe no seu art.195, *in verbis*:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Portanto, a responsabilidade pelo financiamento do SUS, pertence às três esferas de governo, União, estados-membros e municípios, vez que, segundo ABRUCIO e COSTA¹⁴ (apud MENDES, 2012, p. 490), a Constituição da República adotou o federalismo cooperativo, no qual consiste na atuação conjunta dos entes federados a fim de erradicar as desigualdades sociais e econômica, tendo sido ampliada a participação dos estados e municípios na renda tributária.

Desta forma, neste modelo de federalismo cooperativo, o SUS está pautado por um caráter interestatal, na medida em que deve criar instâncias permanentes de pactuação em todos os âmbitos de governo, quais sejam: em âmbito nacional, as

¹⁴ABRUCIO, Fernando Luiz; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro. São Paulo: Fundação Konrad-adenauer-stiftung, 1988, p. 38.

Comissões Intergestoras Tripartite e bipartite na esfera estadual; e nos municípios, os Consórcios Intermunicipais de Saúde.

A Lei Orgânica da Saúde, por sua vez, prevê as fontes de financiamento, os percentuais a serem gastos em saúde, bem como, a forma de divisão e repasse dos recursos financeiros entre as esferas do governo.

A mesma lei, no seu art. 31, dispõe, *in verbis*:

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Nesta linha de argumentação, conforme salienta Sarlet (2017), surgem algumas discussões doutrinárias quanto a gratuidade do acesso à saúde, tornando-se necessário enfatizar dois princípios, quais sejam a “proporcionalidade” e a “isonomia”. Assim, a discussão tange no fato se um indivíduo com condições suficientes para financiar um plano de saúde possa acessar o sistema público de saúde, nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal.

A controvérsia deve ser analisada com cautela, observando os princípios da proporcionalidade e da isonomia, para que os indivíduos não tenham seus direitos violados. No entanto, é um tema que ainda não possui uma conclusão doutrinária consolidada.

O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuatamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade. Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual aos desiguais) – compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas também pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que no mínimo o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, como, de resto, já vem ocorrendo em parte da doutrina e até mesmo na esfera jurisprudencial. (SARLET, 2017, p. 674).

Desta forma, apesar de algumas divergências acerca do tema, é certo que o SUS foi implementado para efetivar o direito à saúde pública, visto que segundo o princípio da igualdade, os desiguais devem ser tratados na medida das suas desi-

gualdades. Portanto, o Sistema Único de Saúde é de suma importância é um país como o Brasil, pautado pela discriminação social, afim de efetivar o direito à saúde para aqueles legitimados de baixa renda.

4.4. Direito de proteção à saúde e parcerias com setor privado

A iniciativa privada pode integrar o Sistema Único de Saúde com a finalidade de garantir a efetivação do direito à saúde, ainda que este consista em um sistema público, por meio da contratação ou convênio firmado com o Poder Público.

Neste contexto, prevê a Constituição da República:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Desta forma, a participação da iniciativa privada possui determinadas limitações estabelecidas pela Lei Maior, visto que, o artigo supracitado, em seus §§ 2º e 3º, veda à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, assim como quanto à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

Apesar de tais limitações, é certo que a possibilidade de atuação privada na prestação de serviços de saúde é benéfica no contexto geral da efetividade de tal direito diante das deficiências orçamentárias do Estado. Neste aspecto, a participação do setor privado é uma alternativa para a questão da escassez dos recursos públicos, destacando-se neste sentido a participação de organismos do terceiro setor, dentre os quais: as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e as Organizações Sociais (OS).

As “OSCIPs” foram instituídas pela Lei 9.790/99 e regulamentadas pelo Decreto n. 3.100/99, e segundo Mendes (2012), tratam-se de entidades sem fins lucra-

tivos, por meio das quais o Poder Público estabelece um “termo de parceria” no qual garante a execução de atividades de saúde.

No entanto, as Organizações Sociais, estas foram introduzidas pela Lei n. 9.637/98, estabelecem com o Poder Público um “contrato de gestão” para que possam assumir a execução e o fomento de determinadas atividades, inclusive, na área da saúde.

Assim dispõe o artigo 18 da lei que institui as OS:

A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Neste contexto, as parcerias público-privadas são uma alternativa para o “déficit” orçamentário do Estado na garantia do direito à saúde, possuindo assim, tais organizações, relevante função como instrumento de organização do serviço de saúde.

4.5. A proteção do direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal

O direito de proteção à saúde deve ser garantido a todos os cidadãos visto seu caráter universalizante, de maneira igualitária, sem qualquer tipo de discriminação. No entanto, por vezes o Estado é falho na prestação de tal direito constitucional.

Neste sentido, diversos julgados foram desenvolvidos acerca do tema pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que, desde a Constituição da República de 1988, houve um aumento das demandas judiciais envolvendo o direito à saúde. Até então, a maioria dos Tribunais proferia decisões favoráveis a concessão do direito pleiteado, tratando o direito fundamental à saúde como absoluto.

Inicialmente, as decisões submetidas ao Supremo Tribunal Federal, eram analisadas de forma a conceder o direito pleiteado de maneira unânime, inexistindo qualquer voto divergente.

Consoante ao exposto, segue passagem de precedente firmado a época do entendimento, em decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286/RS, na data de 02 de agosto de 2000:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, (...) o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável ao direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

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

Diante do exposto, destaca-se que o STF seguia o posicionamento de que o Direito à saúde, tutelado pela constituição da república, possui eficácia plena e universal, não podendo ser suprimido por alegações de deficiências orçamentárias por parte do Estado.

Entretanto, sabe-se que os recursos estatais são limitados, e por vezes, não conseguem abranger a todas as situações fáticas. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal iniciou uma mudança de posicionamento, a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.

A partir da análise do precedente supracitado, ressalta-se que pela primeira vez o STF analisou a questão orçamentária, questionando assim, a exigência imediata de concessão do direito à saúde quando o administrador estatal não possuir condições financeiras suficientes. Cumpre esclarecer, que não fica autorizada a total supressão do direito fundamental, principalmente, quando a alegação de inexistência de fundos se basear em manipulação da atividade financeira do ente estatal.

Apesar das inovações estabelecidas no julgado, destaca-se que este foi insuficiente para estabelecer critérios que sirvam de parâmetro em outras decisões.

4.5.1. Suspensão de tutela antecipatória nº 91

O contexto histórico de evolução do posicionamento do STF no que tange as demandas envolvendo o direito à saúde tem como marco a Suspensão de Tutela Antecipatória nº 91, julgada pela Ministra Ellen Grace, em 26 de fevereiro de 2007, sendo a primeira decisão a determinar a não concessão do medicamento pleiteado, sob o argumento de inexistência de recursos suficientes, bem como, pela necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas.

Desta forma, a decisão se fundamentou no fato de que o direito à saúde deve priorizar um acesso coletivo e universal, e não de forma individualizada, vez que, se assim for, pode colocar em risco o acesso ao direito de outros cidadãos.

Ressalta-se parte desta decisão:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...) (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...) (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...) (fl. 11).6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente.

Consoante ao exposto destaca-se que a responsabilidade do Estado quanto ao fornecimento dos recursos necessários à garantia do direito à saúde não pode inviabilizar a garantia desse direito ao restante da população. Desta forma, o gasto excessivo com um único indivíduo, visando o seu direito constitucional à saúde, não pode inviabilizar o acesso ao sistema de saúde pública dos demais indivíduos.

Cumprido destacar, que o tema em questão não encontra um entendimento consolidado, gerando decisões divergentes entre os Tribunais a depender do caso pleiteado.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito fundamental à saúde possui um caráter universal e igualitário, na medida em que cabe ao Estado, o dever de efetivação de tal direito a todos os cidadãos sem qualquer tipo de discriminação. Neste sentido, o “Estado Prestacionista” possui o dever de criar políticas públicas que visem a concretização do direito constitucional à saúde.

Desta forma, é por meio da formulação e execução de políticas públicas, que o Estado, através das funções legislativa e executiva, cujos representantes foram democraticamente eleitos, concretiza o direito constitucional à saúde. Contudo, quando o Estado é ineficaz, ou omissivo na efetivação de tal direito, o poder judiciário, vem sendo acionado para compeli-lo.

Neste sentido, discorre Gilmar Mendes:

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário. (MENDES, 2012, p. 505).

Neste contexto, com o advento da Constituição de 1988, surge o fenômeno que vem sendo denominado de “judicialização da saúde”, devido ao crescente número de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, compreendido portanto, como a provocação e a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação dessa

assistência., passando a exigir dos entes públicos a disponibilização das mais diversas prestações materiais na área da saúde.

Conforme Carvalho (2010), a discussão acerca da implementação jurisdicional do direito à saúde, também denominado como o fenômeno da “Judicialização Política” ou “Politização do Judiciário” é recorrente, quer seja porque é o direito pleiteado mais assíduo no Judiciário, quer seja por ser decorrente do direito fundamental à vida, quer seja por entendê-lo como pressuposto para o desenvolvimento pleno dos demais direitos sociais.

Assim, quando o Judiciário determina ao Estado que forneça determinado medicamento, ou tratamento médico previsto na política pública diante da ineficiência da prestação do executivo, bem como, medicamentos e procedimentos não previstos na política pública do SUS diante da omissão do legislativo, atendimento médico ou insumo terapêutico deve fazê-lo com cautela, a fim de não ofender a Constituição e a lei, bem como não inviabilizar o funcionamento da máquina estatal.

Desta forma, o Poder Judiciário vem substituindo a atuação do Executivo e do Legislativo, na medida em que, cada vez mais, está sendo demandado para efetivar o direito à saúde devido as deficiências do Estado. Assim sua atuação é legítima, não havendo violação na competência das três esferas de funções, quais sejam: legislativo, executivo, e judiciário.

Neste sentido, o “Princípio da Separação dos Poderes”, consagrado no artigo 2º da Constituição da República de 1988, dispõe que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Desta forma, conforme Lenza (2010), tal princípio preconiza que no Estado brasileiro, as três funções são autônomas e independentes entre si, devendo cada uma ficar adstrita ao exercício do “poder” que lhe foi conferido pela constituição federal.

No entanto, a independência entre as três esferas de “poderes” não possuem um caráter absoluto, visto que deve haver um equilíbrio e colaboração entre as funções, com a finalidade de se evitar arbitrariedades.

Assim, assevera José Afonso da Silva:

Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em 'colaboração de poderes' [...]. A 'harmonia entre os poderes' verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos

do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2010, p. 109-110).

Consoante ao exposto, a legitimidade do Judiciário no que se refere a sua atuação na efetivação do direito à saúde, diante das inúmeras demandas judiciais pleiteando tal direito, respalda na própria Constituição da República de 1988, que preconiza em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Neste sentido, entende o Supremo Tribunal Federal:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’.” (RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006.)

Ademais, entende ainda o STF:

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.)

Nestes casos, o Poder Judiciário age de forma regular, a fim de assegurar a observância do texto constitucional quando ficar demonstrada a omissão das outras funções, inexistindo portanto, violação ao “princípio da separação dos poderes”.

Assim, explicitada sua legitimidade, ressalta-se que a discussão sobre a atuação do Judiciário na efetivação do direito constitucional à saúde consiste no fato de tal “poder” agir a fim de se efetivar o mínimo existencial do cidadão, sem no entanto, gerar uma onerosidade excessiva para o Estado, prejudicando o direito da coletividade. Existe portanto um conflito de direitos entre o direito individual do cidadão a ter acesso à saúde pública, e o direito à saúde considerando a coletividade.

Ressalta-se que quando o fornecimento de determinado medicamento ou tratamento já conste na lista do Ministério da Saúde, ou mesmo esteja previsto em polí-

ticas públicas, e seu acesso esteja obstado por má gestão do Poder Público, não há que se falar em conflito entre o direito individual em contraponto ao direito coletivo à saúde. Conforme Mendes (2012), nestes casos, o indivíduo individualmente considerado não pode ser prejudicado pela má administração, sendo plenamente plausível sua efetivação por meio do Poder Judiciário.

No entanto, a discussão reside quando determinado medicamento ou tratamento médico que esteja registrado na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), porém, não encontre previsão na lista do Sistema Único de Saúde, bem como, não exista outro tratamento similar disponível. Em caso similar, decidiu a Ministra Ellen Gracie¹⁵ (2007, apud MENDES, 2012, p. 507), na presidência do Supremo Tribunal Federal, no caso específico tratado pela STA 91/AL, o Estado de Alagoas não poderia ser obrigado a fornecer medicamento que não constava na lista do SUS.

Neste contexto, quando as demandas judiciais que pleiteiam a efetivação do direito à saúde respaldam em hipóteses em que o tratamento médico ou medicamento não encontrem disposição na lista do Sistema Único de Saúde, gera um impasse entre o direito individual pleiteado e o direito coletivo. Por vezes, tais hipóteses consistem em tratamentos de elevados custos, gerando uma onerosidade excessiva ao Poder Público. Assim, cabe ao Poder Judiciário, na análise dos casos concretos, atuar garantindo o direito à saúde individualmente considerado, sem no entanto, que sua decisão seja demasiadamente onerosa para o Estado, tendo em vista que seus recursos são escassos e limitados, prejudicando a coletividade.

5.1. Início da judicialização da saúde no Brasil: o caso AIDS

Conforme Medina (2003), a questão da judicialização excessiva, origina-se em meados dos anos de 1990, no qual surgiram inúmeras demandas judiciais pleiteando medicamentos para os portadores do vírus da imunodeficiência adquirida (HIV).

Neste sentido, destaca-se que desde de 1991, os pacientes diagnosticados com o vírus HIV, desde que munidos de prescrição médica, era beneficiados pelo programa nacional de distribuição gratuita da zidovudina (AZT). No entanto, o surgi-

¹⁵STA 91/AL, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ de 5-03-2007.

mento no mercado de novos medicamentos aumentou a provocação do Judiciário para acesso a essas inovações (FERREIRA, 2004).

Destaca-se que as ações propostas até o ano de 1996, relacionadas a efetivação do direito à saúde, obtinham decisão desfavorável, visto que o artigo 196 da Constituição da República de 1988 era tido como norma meramente programática.

Consoante ao exposto, salienta Medina:

eram sumariamente rejeitadas pelos tribunais que enxergavam neste dispositivo constitucional, uma norma meramente programática, insuscetível de produzir efeitos jurídico-positivos. No entanto, as ações judiciais solicitando medicamentos específicos para o tratamento de portadores do vírus HIV alterou completamente essa conjuntura. (MEDINA, 2003, p. 2)

O marco histórico, como uma das primeiras ações no país que ao solicitar o fornecimento imediato de uma medicação recebeu decisão favorável ocorreu em São Paulo no ano de 1996, em favor de uma paciente portadora do vírus HIV28. Neste sentido, tal decisão foi de suma importância, uma vez que serviu de parâmetro para o julgamento de outros casos semelhantes.

principalmente a partir desta “abriu precedente para o ajuizamento de outras demandas”, como as decisões judiciais que garantiram o tratamento de portadores do vírus HIV no Rio de Janeiro, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. (BRASIL, 2005, p. 24).

Desde então, inúmeras decisões do Judiciário foram favoráveis aos pacientes, tendo sido aprovada a Lei nº 9.313, em 13 de novembro de 1996, que garantiu a todos os pacientes portadores do vírus HIV obtivessem gratuitamente (com raríssimos casos de escassez) os medicamentos prescritos e que constem na lista oficial do Ministério da Saúde.

Assim, dispõem os Artigos 1º e 2º (Lei nº 9.313/96), citados a seguir:

Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de Aids (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao tratamento. §1º. O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde. §2º. A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º. As despesas decorrentes da implantação desta lei, serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento. Portanto, a sucessão de julgamentos favoráveis aos solicitantes acabou gerando uma jurisprudência, que levou por sua vez à aprovação da Lei que garantiu a distribuição gratuita de medicamentos para o controle e combate à AIDS.

5.2. Reserva do Possível

A judicialização do direito à saúde gera inúmeros questionamentos, principalmente no que se refere ao dever do Estado de garantir a efetividade de tal direito, satisfazendo assim, o mínimo existencial do cidadão, frente a limitação de recursos estatais que não consegue amparar todos os casos concretos.

Neste contexto, o conceito do princípio da “reserva do possível” consiste justamente na limitação dos recursos estatais frente as variadas necessidades da sociedade. Segundo Ana Paula de Barcellos¹⁶ (2002, apud REISSINGER, 2008, p. 64), “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.

Assim, na análise dos casos concretos, em relação a efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente o direito à saúde, o Poder Judiciário deve levar em consideração a limitabilidade dos recursos estatais, vez que, sua efetivação depende da disponibilidade orçamentária.

No entanto, o “Princípio da Reserva do Possível” não possui caráter absoluto. Assim sendo, este não pode ser utilizado demasiadamente a fim de exonerar o Estado da obrigação de efetivação do direito à saúde, devendo ser comprovada concretamente, a inexistência de recursos.

Assim, entendeu o Ministro Celso de Mello em decisão da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45:

Cumpra 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. (BRASÍLIA, STF. ADPF 45/MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05/05/2004).

¹⁶REISSINGER, Simone. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. Belo Horizonte, 2008. p. 64. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReissingerS_1.pdf, Acesso em: 24 de out. de 2018.

Destaca-se, que a concessão da efetivação do direito a saúde no âmbito judicial, não deve ser feita de forma indiscriminada, cabendo a análise de cada caso em concreto, tendo em vista as diversas questões envolvidas, dentre as quais, escassez dos recursos público para efetivar tal direito em determinadas situações.

Consoante ao exposto, Simone Reissinger (2008) discorre que as limitações existentes em relação a implementação concreta do direito em estudo, respalda não somente ao aspecto financeiro, bem como, na escassez de órgãos para transplante, pessoal especializado e equipamentos para atendimento a todos.

Ademais, entende ainda a autora:

Assim, a cláusula de reserva do possível não pode ser compreendida como obstáculo para a efetividade do direito à saúde pelo Poder Judiciário e, sim, como parâmetro para que o juiz tenha cautela, prudência e responsabilidade quando estiver diante da omissão da Administração Pública, verificando se a prestação exigida pelo cidadão é razoável (dentro dos critérios de mínimo existencial e reserva do possível) em relação ao que se pode esperar do Estado para atendê-la. (REISSINGER, 2008).

Diante da controvérsia, tendo por base os diversos posicionamentos existentes, o estabelecimento de parâmetros para as decisões judiciais torna-se primordial em relação a discussão da judicialização do direito à saúde, a fim de unificar as decisões dos diversos tribunais.

5.3. Parâmetros para solução da Judicialização do Direito à Saúde

O tema acerca da judicialização da saúde, exige um estudo complexo de todas as suas nuances, tendo em vista as inúmeras questões envolvidas, principalmente no que tange ao conflito de direitos. Neste aspecto, a efetivação do direito supracitado através do Poder Judiciário, exige que este pondere todas as circunstâncias do caso concreto.

Neste contexto, o estabelecimento de critérios para que sirvam de parâmetro para as decisões judiciais é de suma importância, visto discussão acerca da interpretação e aplicação do direito à saúde.

5.3.1. A Audiência Pública nº 4 e a Suspensão da Tutela Antecipada 175

A Audiência Pública nº 4, convocada em 2009 pelo tribunal, tinha a finalidade de promover a participação social nas discussões concernentes ao direito à saúde, diante ao aumento das demandas judiciais envolvendo tal direito.

Assim, audiência pública de saúde nº 4, marcou o início da atuação do Conselho Nacional de Justiça na área da saúde, que posteriormente veio a publicar a Recomendação nº 31 que estabelece diretrizes para os juízes em relação às demandas que envolvem o direito à saúde.

Portanto, dentre as principais diretrizes firmadas pela Recomendação nº 31, devem os magistrados observar:

- 1) Celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes; 2) Procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; 3) Evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; 4) Ouçam quando possível os gestores quando da apreciação da medida de urgência; 5) Verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; 6) Determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas; 7) Incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça; 8) Incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; 9) Promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria. (ZUFELATO, 2013).

Desta forma, tal recomendação estabeleceu parâmetros auxiliares aos magistrados brasileiros no tocante às demandas envolvendo direito à saúde.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal determinou alguns critérios, não vinculantes, construídos a fim de nortear as decisões dos tribunais, enfatizando-se a decisão do STF na STA 175 (suspensão da tutela antecipada 175), que fixou parâmetros para solução judicial das demandas envolvendo o direito à saúde.

Conforme Márcio Santoro Rocha (2018) a STA 175, formulada pela União no Supremo Tribunal Federal, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF-5. A decisão a que a União buscava suspender, determinou-lhe o fornecimento do medica-

mento Zavesca (princípio ativo miglustate) a paciente portadora da patologia denominada Niemann-Pick Tipo C.

O caso em questão, consistiu na primeira grande decisão envolvendo o tema do direito à saúde no STF após a Audiência Pública nº 4.

Neste sentido, na decisão da STA 175, o STF estabeleceu determinados parâmetros:

1) É necessário, inicialmente, perquirir se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nestas hipóteses, o judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente.

2) Caso o primeiro ponto não esteja presente, em seguida, o juiz precisa verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS, caso não esteja, é preciso distinguir se:

2.1) A não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal a sua dispensação. No caso de omissão, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas em saúde pública do Ministério da Saúde). Na hipótese de decisão administrativa de não fornecer, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros. Porém, poderá haver contestação judicial do ponto no caso de ineficácia do tratamento;

2.2) Os medicamentos e tratamentos são experimentais; caso o sejam, o Estado não está obrigado a fornecê-los;

2.3) Os tratamentos novos ainda não foram incluídos nos protocolos do SUS, mas são fornecidos pela rede particular de saúde. Nesses casos, os tratamentos podem ser determinados, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares. (MAGALHÃES, 2017).

Diante do exposto, o primeiro parâmetro refere-se a análise da prestação de saúde do caso concreto estar ou não registrado na ANVISA, vez que, conforme assevera Mendes (2012, p. 516), “regra geral a ser adotada, é vedado à Administração Pública fornecer farmácuo que não possua registro na ANVISA. Apenas em casos excepcionais, cuja verificação ocorrerá em concreto, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizado pela ANVISA”.

O segundo critério, consiste na análise das motivações que ensejaram o não fornecimento de determinada prestação de saúde. Neste aspecto podem surgir algumas hipóteses.

A primeira hipótese refere-se aos casos em que o SUS fornece tratamento alternativo, porém, inadequado a determinado paciente. Neste sentido, torna-se plausível a adoção tanto por parte da Administração, bem como, pelo Poder Judiciário.

rio, de medida diferente da custeada pelo SUS devido as peculiaridades do paciente, desde que comprovado que o tratamento alternativo fornecido é ineficaz.

Em contrapartida, a segunda hipótese ocorre quando o SUS não fornece nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesta hipótese, tratando-se de tratamentos experimentais, sem qualquer tipo de comprovação científica da sua eficácia, o Estado não estará obrigado a fornecê-los. No entanto, caso se trate de tratamentos novos ainda não foram incluídos nos protocolos do SUS, mas que são fornecidos pela rede particular de saúde, torna-se necessário cautela na análise de cada indivíduo. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia, poderá ser objeto de impugnação judicial, na qual, os tratamentos podem ser determinados, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares.

Diante dos critérios dispostos na STA 175, apesar de não serem vinculantes, destaca-se a sua importância para a fixação de parâmetros envolvendo as inúmeras demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, a fim de amenizar a complexidade do tema.

Assim, assevera Sarlet:

Os critérios referidos, consoante já sinalizado, não esgotam os referenciais que podem ser detectados na esfera das decisões judiciais no Brasil, além de não serem excludentes de outros parâmetros propostos na esfera doutrinária, para o que se remete à parte geral dos direitos sociais. Por outro lado, é no campo do direito à saúde, em função da natureza do próprio direito e de sua relevância para a vida e dignidade humana, mas especialmente em virtude do impacto das decisões sobre o sistema de políticas públicas e o orçamento público (sem prejuízo de outros aspectos de relevo), que se verifica ser mais aguda a controvérsia em torno da exigibilidade dos direitos sociais e de sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, notadamente quanto aos efeitos jurídicos que dela decorrem. (SARLET, 2017, p. 678-679).

Desta forma, apesar das diretrizes traçadas pela STA 175, cabe ao julgador uma análise minuciosa do caso concreto, estabelecendo suas peculiaridades, e não somente a adequação formal aos parâmetros estabelecidos.

5.4. Críticas à Judicialização Excessiva

A partir da análise minuciosa acerca da judicialização do direito à saúde, constata-se a existência de inúmeras críticas que norteiam o tema.

Primeiramente, torna-se necessário discorrer acerca do artigo 196 da CR/88. A crítica pertinente, refere-se ao caráter programático do mencionado artigo. Neste sentido, Barroso (2007) discorre que o artigo 196 da constituição estabelece que o direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, exigindo assim, regulamentação por legislação infraconstitucional ou através de políticas públicas do Executivo. No entanto, tal argumento não merece prospera diante da doutrina majoritária que reconhece máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Outra crítica costumeira é a questão da legitimidade, isto é, ao interferir na política de distribuição de medicamentos o Poder Judiciário estaria interferindo em uma decisão que cabe ao Legislativo e ao Executivo.

Neste sentido, entende José Gomes Canotilho (2001, p. 946) “os juizes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação”.

No entanto, como já salientado, a legitimidade do Judiciário no que se refere a sua atuação na efetivação do direito à saúde, respalda na própria Constituição da República de 1988, que preconiza em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, o Poder Judiciário age de forma regular, a fim de assegurar a observância do texto constitucional quando ficar demonstrada a omissão das outras funções, inexistindo portanto, violação ao “princípio da separação dos poderes”.

Outro ponto que gera questionamentos, relaciona-se a limitabilidade dos recursos orçamentários do Estado e o princípio da “reserva do possível”. Como já demonstrado, a maioria das decisões têm afastado a aplicabilidade de tal princípio, visto que, não basta a alegação de insuficiência de recursos, tornando-se necessário a comprovação da escassez orçamentária

Neste aspecto, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“(…) 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. 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. Cumpre 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. (...)”(STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.).

No entanto, é plausível que o ente público não possa arcar com determinada demanda, desde que o comprove.

Assim, percebe-se que dependendo do caso concreto, há a prevalência de determinado direito em detrimento de outro, inexistindo o caráter absoluto, ainda que se trate de direito fundamental, como no caso do direito à saúde. Portanto, o julgador exerce função primordial na análise de cada situação específica, uma vez que, diante da colisão de direitos, deve verificar através de elementos como a necessidade, adequação e proporcionalidade, a fim de que possa decidir de maneira equânime.

Neste sentido, Mânica (2007, p. 169), elenca outros elementos que devem estar presentes na ponderação do magistrado, dentre os quais “o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada.”.

Critica-se ainda as inúmeras concessões de medidas liminares deferidas a todo o momento devido a judicialização excessiva do direito à saúde, interferindo diretamente no planejamento orçamentário da Administração, na medida em que, o Poder Público retira determinada verba que possuía uma destinação específica para cumprir as decisões judiciais, comprometendo assim, a eficiência administrativa.

Neste sentido, conforme Barroso (2007), tais decisões podem atender as necessidades imediatas do jurisdicionado, no entanto, sob a análise do direito à saúde como um todo, prejudicaria promoção da saúde pública.

Por fim, questiona-se ainda, o fato do Poder Judiciário não possuir conhecimentos específicos para analisá-la se os tratamentos médicos ou medicamentos pleiteados são realmente necessários para promoção da saúde e da.

Nesse aspecto, ressalta Ana Barcellos:

(...) o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concre-

tos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”. (BARCELLOS, 2006, p. 32).

Face ao exposto, afirma-se que o Judiciário não possui conhecimento técnico, para análise da relação dos escassos recursos públicos e sua afetação perante a coletividade.

5.5. Hipótese: políticas de prevenção

Ressalta-se que a judicialização do direito à saúde é um tema que gera inúmeros questionamentos, devido à complexidade de solucionar o conflito de direitos estabelecidos nas incontáveis demandas judiciais envolvendo a saúde pública.

Neste sentido, a busca por parâmetros para o julgamento das demandas envolvendo o Direito Constitucional à saúde é de extrema importância para o deslinde da questão. Entretanto, demonstram-se insuficientes para solucionar a judicialização excessiva, visto que tais parâmetros sequer vinculam os tribunais, podendo estes julgar conforme o seu livre convencimento.

Assim, auxiliado aos parâmetros judiciais torna-se necessário uma política de prevenção, em atuação conjunta do Poder Público com a sociedade. Desta forma, por meio de tal política, os cidadãos preventivamente requerem e fiscalizam a Administração com a finalidade de obter melhorias nas condições básicas de saúde. Assim, caberia ao Estado o dever na efetivação de tais melhorias, tendo em vista que o direito à saúde não se restringe somente a tratamentos e medicamentos visando a cura de patologias, englobando também, políticas públicas que tenham por finalidade a prevenção.

Neste sentido, através a atuação preventiva, haveria melhorias dos serviços já prestados, evitando assim, futuros problemas de saúde, e conseqüentemente, diminuiria o número de demandas judiciais.

Estabelecida a política de prevenção, torna-se necessário a previsão de sanções através da atuação do Poder Legislativo para as condutas que confrontarem

com o Direito à Saúde, bem como regulamentações das atividades dos órgãos do Sistema Único de Saúde, para que tal política adquira a real efetividade.

Para Ingo Sarlet:

é o Legislador federal, estadual e municipal, a depender da competência legislativa prevista na própria Constituição, quem irá concretizar o direito à saúde, devendo o Poder Judiciário, quando acionado, interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem. Com a indefinição do que seria o objeto do direito à saúde, o legislador foi incumbido do dever de elaborar normas em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, uma vez estabelecidos os parâmetros de julgamento, auxiliado a uma política de prevenção efetiva, certamente o número de demandas judiciais relativas à prestação do Direito à Saúde diminuiria consideravelmente.

6 CONCLUSÃO

O direito à saúde configura-se como direito fundamental, possuindo uma dupla vertente frente ao Estado: em seu aspecto negativo, refere-se à proteção contra intervenções que tragam prejuízos à saúde; em seu aspecto positivo, à realização mediante prestações diretas ou indiretas por parte do Estado.

Desta forma, sendo o Estado omissivo, ou ineficiente na prestação de tal direito, o Poder Judiciário pode ser provocado a fim de garantir a sua efetividade. No entanto, o crescente número de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, fez com que surgisse uma judicialização excessiva, originando o fenômeno denominado de “Judicialização da Saúde” ou “Politização do Judiciário”.

O problema respalda-se primordialmente na limitação dos recursos financeiros do Estado, que por vezes, não conseguem abranger um direito individualmente pleiteado, em prejuízo da coletividade.

Diante do impasse, magistrados devem agir com a devida cautela quando de frente a demandas deste tipo evitando obrigar a administração pública a arcar com gastos que possam exonerar os cofres públicos e prejudicar de forma direta à coletividade.

Assim, durante a realização deste trabalho constatou-se que o tema referente a Judicialização da Saúde gera inúmeros questionamentos, uma vez que há um con-

flito de direitos entre a efetivação de tal direito garantido constitucionalmente em sua esfera individual sem que prejudique a prestação pública coletiva.

Neste contexto, visto a complexidade do tema, o estabelecimento de parâmetros judiciais são de suma importância para nortear as decisões do judiciário, no entanto, cabe ao julgador analisar as peculiaridades do caso concreto para que não haja arbitrariedades.

Ademais, uma política efetiva de prevenção, com uma atuação conjunta entre o Estado e a Sociedade, seria extremamente benéfica para a questão da judicialização excessiva. Desta forma, a atuação preventiva teria por finalidade a obtenção de melhorias nas condições básicas de saúde. Assim, caberia ao Estado o dever na efetivação de tais melhorias, tendo em vista que o direito à saúde não se restringe somente a tratamentos e medicamentos visando a cura de patologias, englobando também, políticas públicas que tenham por fim, a prevenção.

Neste sentido, através da atuação preventiva, haveria melhorias dos serviços já prestados, evitando assim, futuros problemas de saúde, e conseqüentemente ocorreria a diminuição no número de demandas judiciais envolvendo o tema.

Portanto, a discussão acerca judicialização excessiva do direito à saúde é complexa, não sendo plausível apontar uma possível solução que consiga abranger todas as demandas pleiteadas. No entanto, sendo estabelecidos parâmetros de julgamento, nos quais o magistrado analisará as peculiaridades do caso concreto, auxiliado a uma política efetiva de prevenção que ocasionaria na melhoria da área da saúde como um todo, certamente o número de demandas relativas à prestação do Direito à saúde diminuiria consideravelmente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, J. de M. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2006. vol. 2.

ARAÚJO, L. A. D; NUNES JUNIOR, V. S. Curso de direito constitucional. São Paulo: Verbatim, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de, **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de direito do Estado, 2006.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, Nov 2007. Disponível em [HTTP://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245](http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245) Acesso em 5 de out. de 2018.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm,. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2018.

_____. **Lei nº 9.637**, de 15 de maio de 1998. Brasília, DF. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2018.

_____. **Lei nº 9.313/96**, de 13 de novembro de 1996. Brasília. DF. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9313.htm. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS 23.452/RJ. Relator ministro Celso de Mello. 12.05.2000. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286/RS. Relator Ministro Celso de Mello. 02 de agosto de 2000. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/MC. Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 05/05/2004. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 91. Relatora ministra Ellen Gracie. 26/02/2007, publicado em DJ 05/03/2007. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003020&base=basePresidencia>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 436.996-AgR. Relator ministro Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 23.452, Relator ministro Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 out. 2018.

CANOTILHO, J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2001, p. 946.

CARVALHO, K. G. **Direito constitucional**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GARCIA, G. F. B. **Revista Brasileira de Direitos Humanos. v. 3. n. 9. abr/jun. Origem e Evolução: Perspectivas dos Direitos Humanos Fundamentais**.
SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 19. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES, V. G. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, p. 141-163, jul.-dez 2017.

MÂNICA, F. B. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDINA, P. R. G. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REISSINGER, S. **Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf. Acesso em: 19 out. 2018.

ROCHA, M. S. **A Suspensão de Tutela Antecipada 175 e a judicialização da saúde**. 24 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/marcio-santoro-sta-175-judicializacao-saude>. Acesso em: 14 out. 2018.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZUFELATO, C; VENTURA, N. R. **A Recomendação 31 do CNJ e sua vinculação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2013.