



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRÁFIA JURÍDICA

**O DIREITO A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA
LEI 8.080/99**

ORIENTANDA: BRUNA SIMÕES BARROS
ORIENTADOR: PROF.MS. ERNESTO MARTIM SCHONHOLZER DUNCK

GOIÂNIA-GO

2021

BRUNA SIMÕES BARROS

**O DIREITO A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988 E NA LEI 8.080/99**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a). Orientador (a): Ernesto Martim Schonholzer Dunck.

GOIÂNIA-GO

2021

BRUNA SIMÕES BARROS

**O DIREITO A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA
LEI 8.080/99**

Data de Defesa 10 de junho de 2021

BAIXA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. Ernesto Martim Schonholzer Dunck

Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof.: Rogério de Paula

Nota

Não há exemplo maior de dedicação do que o da nossa família. À minha querida família, que tanto admiro, dedico o resultado do esforço realizado ao longo deste percurso.

Agradeço primeiro a Deus por ter me mantido na trilha certa durante este projeto de pesquisa com saúde e forças para chegar até o final.

Sou grato à minha família pelo apoio que sempre me deram durante toda a minha vida. Ao meu pai, Paulo Ernane que tanto me inspira. A minha mãe, Rosa Brigida que sempre me fez acreditar em mim.

Deixo um agradecimento especial ao meu orientador pelo incentivo e pela dedicação do seu escasso tempo ao meu projeto de pesquisa, e por ter estado comigo desde o primeiro período como universitária até os dias de hoje.

Também quero agradecer à Universidade Pontifícia Católica de Goiás e a todos os professores do meu curso pela elevada qualidade do ensino oferecido.

RESUMO

Neste artigo serão apresentados os principais aspectos da intervenção do Poder Judiciário na judicialização do Direito a Saúde. O objetivo é relatar como o Direito à Saúde não é prestado pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Tem como proposta abordar a questão do Direito Fundamental a Saúde que é matéria cada vez mais discutida no meio jurídico, em razão do elevado número de ações pleiteando a liberação e concessão de medicamentos, entre outras prestações assistências médicas ofertadas pelos entes públicos. Discutir os seus princípios constitucionais as “ escolhas trágicas” quando se tem poucos recursos e se deve atender a mais importe. Analisar a prestação do Estado, os orçamentos públicos, princípios e diretrizes da saúde e a sua aplicabilidade. Compreender como o poder judiciário age na intervenção de políticas públicas na área da saúde e quando cabe ao judiciário a tarefa de suprir as lacunas do poder público.

Palavras-chave: Poder Judiciário, SUS, Judicialização.

ABSTRACT

In this article, the main aspects of the intervention of the Judiciary in the judicialization of the Right to Health will be presented. The objective is to report how the Right to Health is not provided by the State, through the Unified Health System (SUS). Its proposal is to address the issue of the Fundamental Right to Health, which is a subject that is increasingly discussed in the legal environment, due to the high number of lawsuits calling for the release and concession of medicines, among other benefits provided by public entities. Discuss its constitutional principles and the “tragic choices” when you have few resources and you must attend to more importance. Analyze the provision of the State, public budgets, health principles and guidelines and their applicability. Understand how the judiciary acts in the intervention of public policies in the area of health and when it is up to the judiciary to fill the gaps in public power.

Keywords: Judiciary, SUS, Judicialization.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
INTRODUÇÃO.....	8
1.BREVE HISTÓRICO.....	9
1.1 SAÚDE NA HISTÓRIA DO BRASIL.....	11
1.2 SAÚDE COMO DIREITO.....	13
2 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO	16
2.1 O RECONHECIMENTO DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	17
2.1.1 Políticas Públicas	20
2.1.2 O Direito a Saúde na Reserva do Possível.....	22
2.1.3 Direito à Saúde e a Relação com o Mínimo Existencial.....	23
3. PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO A SAÚDE.....	25
3.1 A JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE.....	27
3.1.2 A Omissão do Poder Executivo.....	28
3.1.3 A busca de soluções para ineficácia judicialmente.....	29
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	33

INTRODUÇÃO

A importância da abordagem do direito a saúde, sem pensar no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, é devido ao valor maior do Estado e núcleo constitucional supremo em torno do qual gravitam os demais direitos.

Os direitos fundamentais incluem os direitos sociais, que são guardiões da dignidade humana. Nesse sentido, a saúde é um direito fundamental social, cujo conceito está ligado a um completo estado de bem-estar, físico mental e social da sociedade.

A Organização Mundial de Saúde usa como conceito base de saúde um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não apenas como uma ausência de doenças.

No Brasil, tem aumentado gradativamente a popularidade desse conceito, pois entende-se que para um melhor desenvolvimento do país, os cidadãos precisam estar bem fisicamente e psicologicamente, visto que os índices são ligados diretamente a esta área.

Através desse entendimento por parte do poder público, tem-se investido nessa área, através de políticas públicas que visam garantir a saúde básica dos brasileiros. Porém, apesar do melhoramento na busca de fornecimento de tratamentos e medicamentos, denominando-se de fenômeno da judicialização.

O direito a saúde, não é apenas um direito, e uma prestação obrigatória, por isso a relevância deste tema, no sentido de intervenção do sistema judiciário nos casos devidos, para assegurar a máxima eficácia dos valores garantidos pela Constituição Federal.

Questionam-se os principais motivos da inefetividade do direito a saúde, e quais são as mudanças notáveis na saúde brasileira após a criação do Sistema Único de Saúde. E ao final esses questionamentos são respondidos.

Esta pesquisa foi realizada através de uma revisão literária utilizando livros e artigos, sites e busca jurisprudencial, utilizando os seguintes critérios: direitos sociais, direito à saúde, mínimo existencial, reserva do financeiramente possível e judicialização do direito a saúde.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, em pesquisa teórica com emprego de material bibliográfico, documento legal e arquivos digitais, de acordo com as normas da ABNT, e com manual da Universidade Católica de Goiás.

Como desdobramento deste, no primeiro capítulo pretende-se contextualizar um breve histórico sobre a saúde no Brasil. Assim como a origem de seus conceitos. Uma linha cronológica foi realizada para que se entenda como a saúde tornou-se um direito fundamental.

O capítulo segundo mostra um estudo sobre a forma como o Estado realiza as prestações de serviço ao direito a saúde. O Sistema Único de Saúde surge através de Políticas Públicas, e é fundamentado seus princípios e diretrizes.

O capítulo terceiro capítulo tem como objetivo explicar como o Poder Judiciário se posiciona para que haja efetividade das garantias fundamentais que rodeiam a saúde e apresenta soluções para os problemas que envolvem esse direito social fundamental.

1. BREVE HISTÓRICO

Saúde é o bem-estar com os funcionamentos físicos e psíquicos de qualquer ser vivo. O conceito de saúde nos dicionários universais está classificado como um estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para sua forma de vida e para sua fase do ciclo vital.

O conceito de saúde é classificado como um conjunto entre sociedade, política, economia e cultura. Entretanto, não existe apenas um único conceito de saúde, sendo ele interpretado de diversas maneiras por diferentes sociedades ao redor do mundo.

A evolução dos tempos também nos ajuda a entender como podem existir mais de um conceito sobre o item mais importante que vive presente em cada um de nós. Os valores individuais, filosóficos, religiosos e concepções científicas de cada época, nos trouxeram conhecimentos que hoje classificam a saúde como um dos pontos principais para se obter qualidade de vida.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como ausência de enfermidades ou doenças. O conceito de doença não diverge as múltiplas concepções formuladas sobre a saúde. Real ou imaginária, principalmente as doenças transmissíveis, acompanham o ser humano desde o nascimento da espécie. Foi abordada religiosamente como punição aos mandamentos divinos.

O estudo sobre a história da saúde pública revela o tratamento desigual que a população brasileira vinha se submetendo antes da CF/88 e da criação da lei 8.080/99, e como a partir desses marcos históricos tornou-se possível àqueles que não tinham acesso à Previdência Social e tratamentos particulares, para que pudessem desfrutar uma melhor qualidade de vida.

No Oriente, falava-se de saúde e doença como forças vitais que existiam no corpo, quando funcionavam de forma harmônica: havia saúde; e caso o contrário ocorresse: denominava-se doença. Consideradas medidas terapêuticas algumas das chamadas “medicinas alternativas” como a acupuntura e a ioga, estas possuíam

objetivos de restaurar o normal fluxo de energia, e nasceram em países orientais como a China e Índia.

Já na Idade Média europeia, a concepção de doença era influenciada pelo cristianismo, e permaneceu como resultado de pecados e a cura como benção divina, questão associada à fé. Os hospitais eram gerenciados por ordens religiosas, e foram desenvolvidos pelo próprio cristianismo com intuito de gerar abrigos e confortos aos enfermos, e não a cura para as enfermidades em questão.

O marco histórico sobre a definição universal do direito à saúde surgiu pós a Segunda Guerra Mundial, Scliar (2007, p. 34):

Mas não havia ainda um conceito universalmente aceito do que é saúde. Para tal seria necessário um consenso entre as nações, possível de obter somente num organismo internacional. A Liga das Nações, surgida após o término da Primeira Guerra, não conseguiu esse objetivo: foi necessário haver uma Segunda Guerra e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), para que isto acontecesse.

O conceito da OMS, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948 (desde então o Dia Mundial da Saúde), implicando o reconhecimento do direito à saúde e da obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde, diz que “Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”. Este conceito refletia, de um lado, uma aspiração nascida dos movimentos sociais do pós-guerra: o fim do colonialismo, a ascensão do socialismo. Saúde deveria expressar o direito a uma vida plena, sem privações. Um conceito útil para analisar os fatores que intervêm sobre a saúde, e sobre os quais a saúde pública deve, por sua vez, intervir, é o de *campo da saúde (health field)*, formulado em 1974 por Marc Lalonde, titular do Ministério da Saúde e do Bem-estar do Canadá - país que aplicava o modelo médico inglês.

O conceito citado por Moacyr Scliar sobre o campo da saúde, abrange os tópicos: biologia Humana, em que discorre sobre herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, assim como o fator do envelhecimento; estilo de vida, sobre decisões que prejudicam a saúde (como exemplo fumar ou não fumar); meio ambiente, ou seja, qualidade do solo e do tratamento de água do local de moradia; organização da assistência à saúde, na questão da gerência de hospitais, assistência médica, distribuição de medicamentos.

Os cuidados primários de saúde devem incluir ao menos nutrição adequada, educação em saúde, saneamento básico, imunizações, prevenção e controle de doenças endêmicas, cuidados materno-infantis, e distribuição adequada de medicamentos.

Scliar (2007, p. 39) cita sobre o assunto:

Deveria haver uma integração entre o setor de saúde e os demais, como agricultura e indústria. O conceito de cuidados primários de saúde tem conotações. É uma proposta racionalizadora, mas é também uma proposta política; em vez da tecnologia sofisticada oferecida por grandes corporações, propõe tecnologia simplificada, “de fundo de quintal”. No lugar de grandes hospitais, ambulatórios; de especialistas, generalistas; de um grande arsenal terapêutico, uma lista básica de medicamentos - enfim, em vez da “mística do consumo”, uma ideologia da utilidade social. Ou seja, uma série de juízos de valor, que os pragmáticos da área rejeitam.

Por causa disso, nossa Constituição Federal de 1988, artigo 196, evita discutir o conceito de saúde, mas diz que: “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 a promoção, proteção e recuperação”. Este é o princípio que norteia o SUS, Sistema Único de Saúde. É o princípio que está colaborando para desenvolver a dignidade aos brasileiros, como cidadãos e como seres humanos.

1.1 Saúde na História do Brasil

Na era colonial brasileira, as ações do Estado no setor saúde eram inválidas. As ações de saúde eram desenvolvidas pelos chamados exercentes (cirurgiões-barbeiros, barbeiros, boticários, etc.) e pelas Santas Casas de Misericórdia, que também, inicialmente, atendiam aos enfermos com infusões de ervas, frutas cítricas, raízes e outros produtos trazidos pelos índios. Como citado anteriormente, cada povo possuía suas próprias definições e crenças sobre como direcionar e zelar pelo o que entendiam de saúde.

Pereira (2007, p. 55) relata sobre o assunto:

As chamadas Santas Casas de Misericórdias criadas em Portugal por volta de 1498, e chegando ao Brasil criaram um Hospital em Santos, e depois em Vitória no Espírito Santo, em seguida Olinda, Ilhéus e Rio de Janeiro que por quatro séculos, eram as entidades responsáveis pela garantia da oferta de ações e serviços de saúde, além de outros serviços de natureza pública, ocupando um papel do Estado.

O primeiro ato do Governo na área da saúde iniciou-se em 1923 que foi a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública, onde eram definidas as áreas de atuação do Governo na área da saúde. O Governo passou a se responsabilizar pelo saneamento básico urbano e rural, a higiene infantil, as saúdes dos portos, atividades de fiscalização, e combate a endemias.

Foi na Constituição de 1934 que surgiram preocupações e que começou a tratar de saúde pública como objeto da Lei Maior do país. Pouco após o Ministério da Educação ser criado, Getúlio Vargas adotou algumas medidas relacionadas à saúde, como órgãos de combate a endemias, e a partir desse momento as Seguridades Sociais começaram a nascer com a Criação das Caixas e de Institutos de Aposentadoria e pensões através da Lei Elói Chaves. Ainda assim, a assistência médica só era oferecida aos membros dos Institutos, que pagavam certa quantia para participar. As pessoas que não possuíam condições para sustentar essas seguridades, buscavam as Santa-Casas, medicina universitária e outras fundações.

Pysis (2007, p. 39), fala em Revista de Saúde Coletiva, questiona o entendimento por saúde pública:

Nesse contexto, porém, o que se entende por saúde pública? O que se pretende dizer com a expressão "saúde coletiva"? Essas expressões constituem enunciados diversos do mesmo conceito e recobrem, portanto, um mesmo campo de práticas sociais? Ou, ao contrário, esses significantes denotam campos diferenciados, com superposições regionais e rupturas importantes? Indicações talvez inquietantes, já que temos naturalizada a idéia de saúde pública como sinônimo de saúde coletiva. Seus objetos teóricos seriam, portanto, idênticos.

Temos, no entanto, boas razões para pensar que essas expressões não se superpõem principalmente se examinarmos a constituição das noções de saúde pública e saúde coletiva nos registros histórico e conceitual. Trata-se de campos não homogêneos, na medida em que se referem a diferentes modalidades de discurso, com fundamentos epistemológicos diversos e com origens históricas particulares.

O campo da Saúde Pública se constituiu com a medicina moderna no final do século XVIII, como polícia médica e com a medicina social, marcando o investimento político da medicina e a dimensão social das enfermidades. A saúde pública foi uma das responsáveis pela construção de uma nova estrutura urbana, pela produção de estratégias preventivas. Mas é inegável que seus diferentes discursos se fundam no naturalismo médico, que, invocando cientificidade, legitimou a crescente medicalização do espaço social. Combater as epidemias e as endemias, esquadrinhando o espaço urbano com dispositivos sanitários, constituiu-se como estratégia dominante da saúde pública. As razões do Estado, enfim, que tomou as condições de saúde de sua população como sua riqueza maior, constituíram-se como o grande suporte para a construção dos dispositivos da saúde pública.

O espaço para saúde pública se amplia com a chegada da Constituição de 1988, onde cita o Art. 196:

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.

O Estado passa a se responsabilizar pela administração da saúde, tendo a proporcionar à população, um sistema que pudesse atender não somente os membros dos Sindicatos, mas também toda a população. Mais tarde, em 1989, o Sistema Único de Saúde é criado através da Lei 8.080/89.

1.1.1 Saúde como Direito

Ao longo da história, é nítido perceber os impactos que a saúde, ou a falta dela, pode gerar para viver em sociedade. Seja por meio dos homens "brancos", quando ocuparam as Américas trazendo consigo doenças para as comunidades indígenas, seja na falta de saneamento no planeta, que já custou a vida de milhares ao longo dos séculos. No entanto, a conquista desse direito só foi efetivada recentemente, depois de inúmeras reformas na atuação do Estado.

No mundo contemporâneo, predomina a forma da democracia liberal em que o Estado passou a atuar em diversas esferas da vida em sociedade, superando o seu papel limitado em guerras e políticas diplomáticas. Essa característica teve início em países com traços capitalistas, especialmente o pioneiro da Revolução Industrial, Inglaterra. Tal medida econômica foi denominada Welfare State, ou "Estado de Bem-Estar Social", que discorre sobre a obrigação do Estado de disponibilizar algumas assistências sociais tais como educação, saúde pública, moradia, manutenção da renda, e seguridade social. Entretanto, devido às falhas associadas à sua elevada carga tributária.

Ademais, um novo modelo econômico foi ganhando espaço nesses países: o neoliberalismo. Essa forma de pensamento visou alterar alguns conceitos advindos do Liberalismo Clássico, propondo uma maior atuação da iniciativa privada, com um Estado que entregasse o suporte minimamente necessário para permitir que o mercado atuasse livremente. Contudo, no Brasil, há ainda um debate sobre a atuação ou não desse modelo no território nacional.

Mendes (2004, p. 01), cita sobre o assunto:

Existem duas formas que o Estado pode manifestar-se no que tange a saúde: o modelo público universal, em que os direitos a cidadania devem prevalecer diante dos direitos de consumo; e o modelo fundamentado numa lógica compatível a do mercado, em que a população é dividida entre os

que conseguem pagar por um serviço privado e os que dispõem de um menor poder aquisitivo.

Apesar da Primeira Guerra Mundial ter sido anteriormente denominada a "Grande Guerra", devido às proporções de destruição nunca antes vistas, a criação da Liga Das Nações pouco impactou na seguridade de direitos para os habitantes do planeta. Esse fato pode ser comprovado pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial, onde mais de 6 milhões de judeus foram vítimas do holocausto nazista. Por isso, a urgência da atuação de um órgão internacional que protegesse a humanidade de catástrofes parecidas era extrema, e então foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU).

Juntamente ao surgimento da ONU, para que fossem garantidos direitos aos que viessem estar em situações desfavoráveis, foi cunhada a Declaração Universal de Direitos Humanos. ONU em 1948:

Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Dessa maneira, esses direitos foram incorporados às Constituições de maneira universal após esse período, adentrando também questões relacionadas às necessidades básicas de sobrevivência, tais como saúde, educação, transporte, moradia, etc.

No Brasil, após ter vivenciado um período conturbado entre 1964 e 1985, o da Ditadura Militar, que envolveu inúmeros casos de violência e intolerância, a Constituição promulgada em 1988 foi apelidada de Constituição Cidadã, uma vez que sua extensão era diferenciada, além de ser considerada por muitos especialistas como a chave fundamental para consolidação do Estado democrático de Direito no país, bem como pelo papel de moldar um conceito amplo sobre cidadania.

Além disso, outro papel da Constituição Cidadã foi relacionar saúde e direitos humanos, fato que pode ser exemplificado através do artigo 196: "A saúde é

direito de todos e dever do Estado". Juntamente a isso, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), que primordialmente busca auxiliar a população brasileira em diversas esferas: saneamento básico (como água potável), fiscalização de alimentos pela Vigilância Sanitária, regras quanto às campanhas de vacinação e fabricação de medicamentos genéricos.

Assim, a Lei 8.080/89 nasceu partindo da ideia de que as ferramentas necessárias para atingir uma saúde plena são direitos essenciais para assegurar o bem-estar do cidadão, como reafirma o site do SUS:

O SUS nasceu por meio da pressão dos movimentos sociais que entenderam que a saúde é um direito de todos, uma vez que, anteriormente à Constituição Federal de 1988, a saúde pública estava ligada a previdência social e a filantropia. [...] Para que o acesso à assistência de saúde de qualidade não ficasse restrita ao modelo privado ou a saúde complementar (Planos de Saúde) foi criado o SUS, cujo sistema está em constante processo de construção e fortalecimento.

2. DIREITO À SAÚDE É SUA PRESTAÇÃO DO ESTADO

O Direito à saúde é fundamental, desde que seja respitado o seu conteúdo essencial, ou seja, desde que não torne o direito impraticável ou dificulte além do razoável a sua fruição.

No Brasil, os moldes assistenciais são descritos durante toda história, contudo, a implantação das políticas públicas, foi implantada com Constituição de 1988. Nessa implantação foi necessário que fosse realizado o orçamento público, para previsão das receitas e despesas, que são efetuadas pelo Governo, visando o equilíbrio financeiro do estado.

Com advento do Estado Social, o orçamento e a ordem econômica social, passaram a utilizar-se do orçamento da Administração Pública, para que haja atuação de políticas públicas estritamente relacionadas com o Sistema Único de Saúde.

O Sistema Único de Saúde (SUS), foi criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, tendo como objetivo desfazer a desigualdade na assistência à saúde, em relação ao atendimento público.

É fundamental para saúde pública a eficácia com ações governamentais e programas desenvolvidos pelo Poder Público, com ajuda de entes privados para a garantia constitucional aos cidadãos. O artigo 198 da Constituição Federal traz que ações de serviços públicos de saúde integram uma hierquização para constituir o sistema único.

De acordo com Lei nº 8.080/90, que faz relação com o orçamento financeiro, seguindo a ideia de que este é financiado com recursos da seguridade social, e dos entes federados, além de outras fontes. A efetivação das políticas públicas encontra limites em relação a reserva do possível, onde o Estado busca cumprir sua responsabilidade de acordo com suas limitações orçamentárias.

A Lei nº 8.080/1990, fala de alguns princípios constantes na Constituição Federal, como por exemplo a universalidade, que determina o atendimento a todos, sem distinções ou restrições, oferecendo toda a atenção necessária a quem precisar, inclusive na prevenção.

Para não haver sobrecarga, é necessário que haja uma descentralização nas diretrizes que organiza os três entes federados, para que haja cooperação entre si.

Esses são os 10 princípios e diretrizes da saúde estabelecidos no artigo 200 da Constituição Federal sendo estes:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A Lei nº 8.080/90 veio como suporte para garantir a participação social da comunidade e a regulamentação e transferência de recursos financeiros entre os governos. A iniciativa privada poderá ajudar na assistência à saúde, como atividade suplementar. O orçamento da Seguridade Social será destinado ao SUS de acordo com a receita estimada nos recursos necessários a sua realização e com participação dos órgãos da Previdência Social.

Por isso o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado para serviços e ações, que assegurem o Direito à Saúde de forma efetiva, no entanto, muitos municípios operam esses serviços em condições desfavoráveis, por poucos recursos financeiros, para atender as demandas de todos os usuários, causando ineficiência dos serviços de saúde.

2.1 O Reconhecimento da Saúde como Direito Fundamental na Constituição Federal

Acerca dos Direitos Fundamentais, tratados na Constituição Federal de 1988, é necessário sabermos diferenciarmos-lós das demais terminologias. O tema é repercutido, pois tem a ter diversos significados e expressões como “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos fundamentais” dentre outras, mas deveria ser definida somente uma terminologia. Um exemplo está disposto no artigo 4º inciso II, da Constituição Federal:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
II - prevalência dos direitos humanos;

Fica evidenciado a ausência de uma conceitação definitiva, podendo vir a causar distinção entre os significados, ou alguma ambiguidade desnecessária. Como visto no referido artigo supracitado, a confusão na utilização dos termos permanece, principalmente a diferenciação de direitos humanos e direitos fundamentais, que por sinal muitas vezes são utilizados como sinônimos.

Em relação sobre a distinção sobre os dois significados sinônimos, Sarlet (2002, p. 29) aduz:

A explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se áquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram á validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Dessa forma, podemos entender que os direitos humanos são utilizados internacionalmente e possuem um significado amplo em relação aos direitos fundamentais, que estão positivados na Constituição Federal e são determinado por cada Estado. Sendo assim, são específicos, por isso não devem ser confundidos.

O problema da relação do termo e a utilização, é em qual momento deverá ser usado ambos, por isso há uma doutrina majoritaria que detrmina a utilização em diversas dimensões, pois acredita-se que essas classificações são determinadas por gerações que envolvem com passar do tempo.

Com as evoluções, os Direitos Fundamentais passaram a dividir-se em 3 dimensões, sendo a primeira sobre os direitos civis e políticos e direitos individuais do cidadão, sendo possível afirmar de uma conduta negativa por parte do Estado, onde ele não se intromete. Os outros são chamados de direitos oposicionistas, sendo eles os direitos a vida, á liberdade, a propriedade, á igualdade perante a lei, a liberdade de expressão, dentre os direitos políticos, estão o direitos ao voto e a capacidade eleitora.

Sobre a segunda classificação, tem-se os direitos econômicos, sociais e culturais, os quais são conhecidos apenas como direitos sociais, pois possuem o objetivo de melhorar as condições de vida da população.

Os Direitos Fundamentais estão elencados na segunda dimensão, onde entra o direito á saúde. É neste ponto que o Estado não poderá insentar-se das obrigações em relação à sociedade, pois deve trazer uma melhoria nas condições de vida, através de políticas públicas instituídas por ele.

Deve certificar-se de outras garantias, como as liberdades sociais, como a liberdade social de sindicalização, direito de greve, garantia do salário mínimo e dentre outros mais previstos. A classe que faz jus desse direito é a operária, pois se utilizam desses valores para sua própria proteção.

Mesmo tendo algumas proteções e garantias para os trabalhadores, essas categorias buscavam incessantemente por reivindicações, para cessação das desigualdades, entre o empregado e o empregador.

Diante disso, os Direitos Fundamentais, ditos como direitos sociais que estão previstos no art. 6º da Constituição Federal 1988, que diz:

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

Esses direitos estão garantidos e afirmados na Constituição Federal, ressaltando-se assim o direito à saúde, o qual fica evidenciado que deve ser prestados pelo Estado, pois isto é garantido pela Constituição Federal.

Dessa forma, para demonstrar os direitos da terceira dimensão, os quais estão previstos na Constituição, podemos citar alguns exemplos, como no caso do direito ao meio ambiente, que é de uso comum do povo é essencial para qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservar para futuras gerações.

Dessa forma, fica classificado a diferenciação dos direitos fundamentais em três dimensões, que estão previstas e garantidas constitucionalmente, onde reforça a relação do direito à saúde, além de expressar a obrigação e o dever do Estado, de prestá-lo por conta de seu resguardo constitucional.

2.1.2 Políticas Públicas.

O Estado diante da sociedade foi evoluindo de Estado Liberal para o Estado Social, atualmente conhecido como Estado Democrático de Direito. Nesse momento, a responsabilidade do Estado aumenta, pois sua principal função passou a ser a promoção do bem estar para população.

E por isso, foi necessário desenvolver várias ações que interferissem em diversos campos, sendo alguns deles a educação, segurança e a saúde, as chamadas Políticas Públicas.

Canalt (2013, p.13) conceitua políticas públicas:

A intervenção estatal consiste em ações positivas que são previstas e organizadas por meio que se denominou: programas e políticas públicas.

São ações do Estado que se formam e se ordenam de acordo com o tipo de sistema de proteção adotado em determinada época e local.

As políticas públicas acumulam planos de metas de nível nacional, onde visam buscar o máximo bem-estar da população. Desse modo, elas são definidas pelos governos das três esferas, os quais observam as necessidades da sociedade.

A sociedade não podendo estabelecer as metas, tem o dever de recorrer aos deputados, senadores, políticos em geral, para juntos possam apontar campos específicos para atuações nas políticas públicas.

As políticas públicas são resultados da competição entre os diversos grupos ou segmentos da sociedade que buscam defender ou garantir seus interesses. Esses deverão ser específicos e pontuais, por isso a população deverá intervir para que essas pontuações sejam atendidas, para ser centralizado um plano de efetivação.

Importante também salientarmos alguns princípios norteadores das Políticas Públicas de Saúde, o primeiro deles é o princípio da universalidade, que visa a prestação de serviços públicos de saúde e deve alcançar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Esse conceito é formulado como garantia de acesso a universalidade e igualdade. As ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde estão dispostos no artigo 196 da Constituição Federal. Tal princípio também se encontra inserido no inciso I do artigo 194 da Carta Magna, que dispõe sobre a universalidade da cobertura e do atendimento pela seguridade social.

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.

No direito brasileiro, a universalidade se relaciona com a gratuidade no acesso aos serviços, atribuída à política pública instituída por meio do Sistema Único de Saúde. Além disso, ela engloba a cobertura e o atendimento, inclusive assistência farmacêutica.

O próximo é o princípio da igualdade, que além de universal, deve ser igualitário, uma vez que o que importa é respeitar e observar as diferentes situações experimentadas pelos indivíduos e grupos quando dentro do desenvolvimento das políticas públicas.

Numa sociedade plural, cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, dentre outras.

O outro é o princípio da integridade, previsto no artigo 7º da Lei 8.080/90 onde é definido integridade:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

Em razão da integridade, os serviços de saúde pública devem oferecer tratamento efetivo para todas as moléstias. O princípio da integridade encontra-se insculpido no inciso II, do artigo 198 da Constituição Federal, que determina:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes.

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

A integridade da assistência á saúde foi expressamente consagrada, ainda, no recente Decreto 7.508/11, que regulamentou a Lei 8.080/90, o que demonstra sua relevância na prestação eficaz do serviço de saúde.

2.1.3 O Direito a Saúde na Reserva do Possível

A construção do mínimo existencial veio da Alemanha, a partir de decisões que estão diretamente ligadas aos direitos sociais, proferidas pelo Tribunal Constitucional, que defende a assistência aos necessitados, que inclusive é dever do Estado Social.

Essas decisões, fundamentaram a criação da teoria do mínimo social aos direitos fundamentais, o que foi um marco na doutrina Alemã. Saldanha foi o primeiro doutrinador pós-guerra e jurista a defender a possibilidade de

reconhecimento de um direito subjetivo a garantia dos recursos mínimos para uma existência digna.

Bachof, em 1950, considerou o princípio da dignidade humana como apenas a garantia da liberdade, mas também a um mínimo de segurança social, já que sem recursos materiais, a própria dignidade humana fica sacrificada. Em outras palavras, o direito à vida não pode ser concebido apenas como proibição de destruição da existência, mas também como um dever do Estado de ter uma postura positiva no sentido de garantir a vida.

Saldanha ressalta a garantia não expressa, o que não pode-se observar no artigo 170 da Constituição Federal, onde está prevista garantia de uma existência digna. Saldanha (2009, p. 21):

o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna, saudável. Este tem sido identificado como constituído o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, que estaria blindado contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade.

O mínimo existencial tem um significado de garantia, que é ligado à ideia de que outros direitos, que devem ceder perante a garantia de meios que assegurem o mínimo condição de uma vida digna, bem como que uma feição prestacional, ligada à obrigação do Estado e assegurar os direitos sociais e a extensão dessa obrigação.

É importante delimitar, quais são as prestações que realmente indispensáveis para uma vida digna, de modo a não se correr o risco de supervalorização de um direito em detrimento de outros também constitucionalmente relevantes. Barcellos (2010, p.13) aduz sobre o tema:

De acordo com Ana Paula de Barcellos, faz considerações em relação ao mínimo existencial que delimita o limite de possibilidades materiais para os direitos sociais.

Ainda, há alguns aspectos jurídicos no mínimo existencial, que tratam na necessidade de prévia dotação orçamentaria como limite, o qual trata da necessidade de prévia dotação orçamentária como limite para o cumprimento imediato de uma decisão judicial.

Dessa forma, ressalta a autora que, se inexistente a impossibilidade do ponto de vista fático, a simples limitação de recursos não justifica o desrespeito ao mínimo existencial a saúde, vez que o que se deve considerar é a essencialidade do direito e a sua condição de obrigação prioritária do Estado.

2.1.4 Direito à Saúde e a Relação com o Mínimo Existencial

A proteção do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que pode acontecer com os direitos sociais.

O papel do Poder Judiciário é intervir para determinar a entrega das prestações positivas, uma vez que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo. Eles são garantias institucionais da liberdade e estão inseridos na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos.

De acordo com Mello (2009, p.55):

Trata-se de um caso em que se questiona a concessão de remédios para aidéticos, decidindo a Corte Suprema que a falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz, cabendo ao administrador essa preocupação, vez que deve este atender as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e carentes.

A importância de se diferenciar entre o mínimo existencial e os direitos sociais e econômicos no que tange à proteção desses e sua efetivação, uma vez que o mínimo existencial prescinde de lei ordinária, enquanto os direitos econômicos e sociais dependem da concessão do legislador, que pode ser orçamentária.

Os Direitos Econômicos e sociais estão vinculados à “reserva do possível” ou “soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração.

A partir do momento que houve a mescla do mínimo existencial com os direitos sociais, criou-se um problema para o Judiciário que já vem acontecendo há muito tempo, em relação à inexistência deste em adjudicar bens públicos individualizados. No lugar de determinar a implementação da política pública adequada, o que deveria ser mais eficiente, pois do contrário, favorece-se a predação da renda pública pelas elites, que para atender interesses, sobrecarrega o judiciário.

O autor faz essa diferenciação interessante entre o mínimo existencial e os direitos sociais, chamando atenção para a judicialização da política, onde exerce o importante papel na afirmação do direito à saúde como mínimo existencial, o que legitima a intervenção jurisdicional.

Por isso conclui-se que o direito a saúde tem duplo significado como direito fundamental social, em que é justificada a assistência aos pobres e as prestações de medicina preventiva e como direito social, onde sujeita á reserva do possível que concerne a assistência aos ricos e a classe média.

A importância do mínimo existencial no que tange a saúde, deve considerar também os princípios da precaução e prevenção, sobretudo no que tange a observância das garantias e seguranças e a eficácia do tratamento em virtude da otimização dos recursos públicos.

3. PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO A SAÚDE

A ineficácia em relação a acessibilidade ao direito do assegurado, mesmo tendo normas estabelecidas nas leis e diretrizes do Poder Público, a alternativa que lhes restam é acionar o Poder Público para concretizar a ação pretendida.

O Estado quando se omite em prestar serviços básicos, diante do argumento de escassez de recursos, para a manutenção desses direitos fundamentais, torna-se inevitável a intervenção do Judiciário.

Com relação a esses direitos básicos, assegurados na Constituição Federal o princípio da igualdade, o direito fundamental a saúde, visa atender a todos que necessitam destes benefícios.

Avila (2013, p. 23) aduz sobre o papel do judiciário:

Cabe ao judiciário assumir um papel mais politizado, de forma que não apenas julgue o certo e o errado conforme a lei, mas, sobretudo examine se o poder discricionário de legislar está cumprido a sua função de implementar os resultados objetivados pelo Estado Social. Ou seja, não se atribui ao judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim a responsabilidade de garantir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinária. Dessa forma, exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente possa controlar a ineficácia das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Público se distanciarem dos fins almejados pela Constituição.

As ações impetradas relativas ao Direito a saúde podem estabelecer diversas interpretações, e devem ser analisadas em todos os aspectos para que se

tenha uma melhor decisão que não prejudique o Poder Público, ultrapassando os limites. O Poder Judiciário deve atuar como o controle da legalidade, fazendo a correta aplicação da lei, para que o direito seja efetivado.

No entanto existem posições, que argumentam que as verbas públicas que devem ser utilizadas para o financiamento público, dos direitos sociais e não para o direito do indivíduo por ordem judicial, devendo os recursos públicos serem suficientes para que todos possam ser atendidos de forma igualitária, na medida de suas necessidades.

Devemos observar que as normas programáticas não obrigam o Estado a custear tratamento médico hospitalar, não abrangidos pelas ações e serviços públicos de saúde. Alguns programas de acesso igualitário as ações e os serviços de saúde regulamentados por lei, prejudicam muitos em proveito de poucos, e o fato do Direito a Saúde é dever do Estado, que importa o direito a prestações pecuniárias do Poder Público, que é necessário para realização do tratamento ou aquisição de medicamentos.

Devemos nos preocupar, com alguns medicamentos que não são contemplados pela Política de Assistência Farmacêutica da rede pública, em virtude do alto custo. Por isso é necessária uma celeridade das ações relativas ao Direito à Saúde e as tecnologias incorporadas ao SUS.

De acordo com a Lei nº12.401/2011, traz a alteração no art. 6º, alínea d do inciso I, da Lei nº 8080/1990, dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em Saúde no âmbito do Sistema de Saúde. Que tem a finalidade de contribuir para a tomada das decisões a Comissão Nacional para Incorporação de Tecnologia no SUS – (CONITEC), elaborou fichas técnicas com a informação sobre os medicamentos: o princípio ativo, as marcas disponibilizadas, se há uma prévia avaliação, se está disponível no SUS, quais as alternativas terapêuticas disponíveis entre outras.

Está estabelecido pelo Poder Judiciário, que estaria apenas obrigando o Poder Público a cumprir obrigações já definidas em seu governo e criando novas políticas, que são argumentadas em algumas das decisões, não podendo haver distinções, no tratamento de seus usuários, principalmente nas ações coletivas.

Avila (2013, p. 98) trata sobre o assunto:

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

A concessão de medidas judiciais favoráveis a essa classe, agravaria as desigualdades econômicas e sócias, uma vez que o Poder Público, muitas vezes, para cumprir tal decisão teria que abrir mão dos recursos destinados á tutela dos indivíduos de classe baixa.

Para que haja a judicialização na saúde, é necessário respeitar alguns critérios prejudiciais ao Poder Público.

De acordo com Ribas (2013, p. 23):

Primero da legitimidade da via judicial para determinar prestações estatais positivas no campo das políticas públicas, o segundo e o acesso a a justiça para a obtenção de medicamentos se restringe a classe média, o que provoca desigualdades econômicas é sócias, a terceira e a falta de domínio e de conhecimentos específicos e técnicos do Judiciário sobre a matéria de políticas de saúde, quarta e última trata da limitação orçamentária da Administração Pública.

Para haja a efetivação nas ações judiciais, é necessário um controle dos gastos públicos, a fiscalização das verbas e recursos destinados, aos orçamentos prévios, para que haja a garantia efetiva em relação aos direitos sociais e fundamentais.

3.1 A Judicialização na Saúde

O Direito a Saúde, está previsto na Constituição Federal de 1988, aliado aos direitos fundamentais dos cidadãos, faz com a população utiliza-se de tutelas jurisdicionais para buscar o fornecimento de medicamentos, os quais são devidos pelo o Estado omissor.

De acordo com o entendimento, de Sarlet (2010, p.13) sobre a judicialização:

A judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz a concretização do direito (fundamental social) á saúde, vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial ao Estado- Juiz, que frequentemente é provocado a se manifestar sobre questões antes menos comuns, como a alocação de

recursos públicos, o controle das ações da administração na esfera dos direitos fundamentais sócias, até mesmo a garantia da proteção de direito e deveres, que são fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares.

A judicialização foi criada pelo próprio estado, de forma indireta, tendo como obrigação de fornecer direito a saúde, através de políticas públicas, porém acaba-se omitindo.

Mesmo tendo estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Determinando que se o cidadão se sentisse ameaçado, deveria procurara diretamente o poder judiciário, a fim de solucionar seu problema, utilizando-se da esfera judicial.

O Direito Fundamental Social, ao passo que também é reconhecida como um dever do Estado. No entanto ocorre que, temos previstos direitos que sobrecarregam as ações judiciais, como iremos acompanhar Marques (2008, p. 75), sobre o assunto:

“ tal fato tem sido problematizado pelos gestores públicos de saúde, que acusam o Poder Judiciário de interferir no âmbito de atuação da administração pública, desviando os recursos estabelecidos pela política de saúde para o atendimento coletivo, em favor dos seletos cidadãos que acessam a justiça”

Desta forma fica claro, a discussão entre o direito da coletividade e do indivíduo. Contudo, para a resolução deste problema cabe ao Estado prestar os serviços e ações necessárias na área da saúde.

Diante dessa situação, podemos extrair de todos esse contexto problemático, que há sim inúmeras demandas judiciais, causadas pelo próprio Estado, que não respeitam e não cumprem o seu dever que é constitucional, de prestar serviços e ações necessárias, para recuperação da saúde no país.

3.1.2 A Omissão do Poder Executivo

É constitucional o manifesto a saúde, sendo que todos os cidadãos têm esse direito assegurado e garantido, cabendo ao Estado ou Poder Público o dever de prestá-la. Dessa forma a anuência de tais fatos, acerca destes atos não se significa a materialização efetiva.

De acordo com os meios de comunicação, que se difundem baseando-se em informações, expõem inúmeras situações em que o Poder Público se omite, afetando diretamente, pessoas que necessitam o atendimento básico de saúde, causando um caos nos hospitais públicos, onde impossibilitam até o fornecimento de certos medicamentos e tratamentos médicos, gerando uma condição de menosprezo, com esses indivíduos.

De acordo com as informações supracitadas, explicam a dificuldade que o Estado no tocante ao cumprimento do dever, diante da sociedade em consoante de diretriz constitucional, que deveria facilitar fornecimento de medicamentos de uso contínuo e alto custo, e também a fila de quem aguarda por algum procedimento médico-hospitalar.

Observando a realidade econômica do Brasil, baseando-se em dados do governo, é sabido que, aos de 70% da população Brasileira é depende da assistência oferecida pelo sistema único de saúde.

Sobre este assunto, Poligano (2010, p. 3), colabora com a questão ao dizer:

A crise do sistema de saúde no Brasil está presente no nosso dia a dia podendo ser constatada através de fatos amplamente conhecidos e divulgados pela mídia, como: filas frequentes de pacientes nos serviços de saúde, falta de leitos hospitalares para atender a demanda da população, escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando como eficácia e eficiência.

O Poder Público, na esfera institucional no plano da organização federativa brasileira, não demonstra indiferença ao problema do acesso saúde pela população, pelo contrário, se ficar omissos acerca dessa situação, cometerá um grave comportamento institucional.

O Estado, sempre deverá garantir efetivamente, todos esses direitos elencados, na Constituição Federal, por ser uma obrigação e dever, principalmente com relação aos direitos sociais fundamentais.

E por isso a necessidade neste momento, de, materializa-los com a criação políticas públicas sociais, contudo na maioria das vezes não é possível, pois

o Estado carece de recursos e não consegue arcar, gerando uma disparidade entre a realidade e o assegurado constitucionalmente.

Diante desse cenário, se compreende que o Sistema de Saúde foi estabelecido com o desígnio de abarcar, gratuitamente e de forma integral, de forma igualitária a todos os cidadãos, mas em contraponto há aumento de demandas, que deixa de atender as necessidades de saúde de toda sociedade, pela falta de efetivação das Políticas Públicas.

3.1.3 A busca de soluções da ineficácia judicialmente

As ações judiciais ligadas ao acesso à saúde, fazem parte do contexto do Sistema Único de Saúde como um todo, onde há vários conflitos de massa, questionando a viabilidade do nosso sistema atual, do modelo de proteção à saúde. Sobre esse ponto cabe ressaltar a seguinte parte da decisão as Suspensão Liminar nº 228 do Supremo Tribunal Federal:

O fato é que o denominado problema da judicialização do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil com um todo. Se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro lado, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Deveriam se considerar na maioria das vezes, as ações coletivas, ao invés das ações individuais, pois as últimas se restringem as hipóteses de danos irreversíveis e a inobservância dos direitos conferidos pelo legislador e administrador com base na Lei, que é capaz de desorganizar mens a Administração Pública.

Devemos observar em relação, a universalização da medida, atendendo de forma isonômica a todos que estejam nas mesmas condições, não somente os demandantes de um processo judicial. A dupla vantagem da utilização dos processos coletivos está em efetivar a igualdade tanto como redistribuição de direitos, quanto como reconhecimento de direitos.

Diferente do que acontece com os processos individuais, torna-se mais fácil tanto para a Administração quanto para o Judiciário, identificar o impacto “macro” da decisão nas políticas públicas de saúde e no orçamento e deliberar sobre sua concretização.

Outro aspecto fundamental a ser considerado, para buscar a busca a efetivação do direito fundamental á saúde e a ampliação do diálogo institucional entre os três poderes.

Segundo Legale (2010, p. 221), trata sobre o assunto:

E a Advocacia Pública que, por meio de sua tarefa de consultoria jurídica, tem colhido tais parâmetros para harmonizar os direitos fundamentais e conferir maior racionalidade a essa dimensão material de tais direitos fundamentais. É comum as Secretarias dos Estados ou os Ministérios no âmbito Federal dialogarem com a respectiva advocacia pública para saber se o judiciário tem considerado que determina atividade administrativa viola ou não direitos fundamentais. Não significa que o judiciário seja perfeito a exemplo, nem que as prescrições do legislativo tenham pretensão de redação de todos os problemas. Nenhuma instituição é perfeita assim, como, nenhum ser humano. E o diálogo entre instituições e cidadãos, dotados de perspectivas e focos diferentes, que ampliará o potencial de otimizar os direitos humanos fundamentais, evitando violações e sanando omissões. Isso melhorará o diálogo com demais instituições para sugerir a adoção de determinadas medidas. Não raro, tais pareceres da advocacia públicas, mesmo os que não possuem caráter vinculante, operam numa lógica de soft law e costumam ser seguidos, exercendo essa tarefa fundamental de fomentar que o Executivo seja democrático e potencializado dos direitos fundamentais. Mais precisamente, a Advocacia Pública acaba por exercer um papel fundamental na viabilização de um planejamento estratégico das políticas públicas, tão caras ao Estado Social e democrático de direito, seja na formulação de sua justificativa, seja na indicação dos procedimentos a serem adotados.

É importante ressaltar, o papel da advocacia pública na viabilização de políticas públicas em face de um contexto de judicialização em três momentos, Ferreira (2014, p. 233) discorre sobre eles:

O primeiro na elaboração da justificativa constitucional da política pública, demonstrando a juridicidade da opção técnico administrativa, uma vez que uma política que demonstre a intenção de cumprir uma determinação constitucional tem muito menos possibilidade de sofrer uma intervenção judicial da política pública, se necessário, todos os elementos necessários para a análise de sua constitucionalidade, e por fim na orientação e adaptação das políticas públicas já existentes ao teor de decisões judiciais. Dessa forma, exige-se da Advocacia Pública hoje uma nova abordagem para lidar com o controle de políticas próprio do constitucionalismo contemporâneo.

A otimização da efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais, são amparadas por procuradorias de vanguarda têm se aparelhado com órgãos voltados a promoção do diálogo institucional.

O mesmo objetivo tem justificado necessidade de criação, no âmbito do Poder Judiciário, os núcleos de assessoramento, integrando representantes da Administração e profissionais com conhecimento técnico suficiente para avaliar a real necessidade da prestação jurisdicional e ajudar a identificar eventuais fraudes.

A racionalização das decisões judiciais, propiciam ao atendimento nas demandas em tempo hábil, e dentro do respeito aos princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, acesso á justiça e imparcialidade do juízo, em concordância de outras ações de saúde pública.

Desta forma, a tendência é certamente uma confluência, já que é melhor que vencer litígios é a carência e o desrespeito aos direitos humanos fundamentais, por isso é necessário que ambos andam conjuntamente, para todos cumpram seu papel.

CONCLUSÃO

O enfoque deste artigo, e tratar diretamente com o Sistema de Saúde Pública, que deverá ser abordado em várias dimensões, principalmente dentro dos direitos sociais da saúde, que são garantidos pela Constituição Federal.

Nesse sentido, a principal relação é inserida no contexto da saúde, vem da utilização do Princípio da Dignidade Humana, sendo o eixo constitucional que foi proposta dentro de uma dimensão social, que decorre de sua aplicação prevista no regramento legal e programas específicos, por meio da execução de políticas públicas de saúde.

A relação ao direito fundamental social á saúde, deve ser considerada uma primazia, mesmo quando estiver em disputa ou em colisão com outros direitos fundamentais quer individuais ou sociais, visando sempre a sociedade como um todo, para parametrizar os direitos.

Portanto, o direito á saúde visa o direito social, para produção dos efeitos para atingir, pelo menos parcialmente e gradualmente, a justiça distributiva. Lembrando que, as execuções das ações e serviços de relevância pública concernente á proteção, e a prevenção e saúde dos cidadãos do Sistema Único de Saúde, é uma relação de obrigação estatal.

Portanto, o dever a ser adimplido pelos entes federativos, o qual, se não cumprido nos termos do regramento existentes, ou em caso de risco de dano pela urgência da situação posto em causa resulta em direitos exigíveis judicialmente.

Devem ser reclamados perante o Poder Judiciário para sua imediata fruição, diante da ausência ou insuficiência de sua prestação, considerando superada a concepção de que as respectivas normas programáticas.

Por isso algumas decisões judicias, quando se trata do tema do acesso a saúde em juízo, envolvendo aspectos relativos as políticas públicas atinentes a esse direito, especialmente o fornecimento de medicamentos e tratamentos, medico hospitalares por ente estatais, os magistrados na maior parte das hipóteses, tem dado prevalência a aceitar os mais diversos pedidos de caráter ações coletivas, para prestações positivas.

Por fim, o principal motivo da inefetividade do direito a saúde é a má distribuição das verbas que o Poder Executivo distribui e que o Poder Público aplica a cada entidade federativa. E a mudança mais notável na saúde brasileira após o cumprimento do Sistema Único de Saúde criado em 1989, foi sua capacidade de oferecer e garantir o direito fundamental social a saúde a todos os cidadãos brasileiros sem restrições.

REFERÊNCIAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. *O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais* em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33903/o-papel-do-poder-judiciario-na-garantia-da-efetividade-dos-direitos-sociais>. Acesso em: 20.09.2020.

ÂMBITO JURÍDICO. *Direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988/> Acesso em: 12.09.2020.

ÂMBITO JURÍDICO. *Direito à saúde à luz da constituição e do pensamento jurídico*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-saude-a-luz-da-constituicao-e-do-pensamento-juridico-consideracoes-sobre-a-eficacia-do-direito-a-saude-a-luz-do-texto-constitucional-e-do-pensamento-dos-doutrinadores-roberto-barroso-ingo-sa/> Acesso em: 12.09.2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização no direito à saúde*. Rio de Janeiro, 2005 em <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 09.09.2020.

BARRETO, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. Revista da Defensoria Pública.

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

BETHA. *soluções para o atendimento público de saúde*. Disponível em: <http://www.betha.com.br/blog/4-solucoes-para-o-atendimento-publico-de-saude/> 03.07.2018. Acesso em: 21.09.2020.

BRASIL. Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm

CANUT, Leticia. “*Estado Democrático de Direito. Políticas Públicas e Direito à Saúde*”. VIEIRA, Reginaldo de Souza; 2010 em <https://online.unisc.br/>. Acesso em: 02.01.2021.

PHYSIS. *Revista Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 2007.

Polignomo. Marco Vinicius. *Direito à Saúde, cidadania e estado*. In: *Conferência Nacional de Saúde*, 8ª ed. Anais. Brasília (DF): Centro de Documentação do Ministério da Saúde; 1987. P.45-59

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCLIAR, Moacyr. *História do Conceito de Saúde*. Rio de Janeiro, 2007 em <https://revistapesquisa.fapesp.br/historia-de-um-conceito/>. Acesso em 05.09.2020.

SALLES, P. *História da medicina no Brasil. Belo Horizonte, 1971* em <https://pt.slideshare.net/rilvalopes/histria-da-medicina-no-brasil-81121055> . Acesso em: 15.02.2021.

SCHWARTZ, Germano André. *Direito à saúde abordagem sistêmica, risco e democracia*. Disponível em: Revista de Direito Sanitário, vol. 2, 2001.

TEUTO, Laboratório. *Como melhorar a saúde pública no Brasil*. Disponível em <https://www.drteuto.com.br/blog-interna.php?data=2017-08-17&slug=como-melhorar-a-saude-publica-no-brasil> 17.08.2017. Acesso em: 25.09.2020.

WOLFGANG, Sarlet. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Bahia, 2007.

RESOLUÇÃO n° 038/2020 – CEPE**ANEXO I****APÊNDICE ao TCC**

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante Bruna Simões Barros, do Curso de **Direito**, matrícula 2017.10001.1732-8, telefone:62 982744341, e-mail bsbarros18@gmail.com; na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado Direito a saúde na Constituição de 1988 e na Lei 8.080/89 gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 10 de junho de 2021.

Bruna Simões Barros

Assinatura do (a) autor (a):

Nome completo do (a) autor (a): Bruna Simões Barros

Assinatura do professor-orientador: *Ernesto Martim S. Dunck*

Nome completo do professor-orientador: Ernesto Martim S. Dunck