



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

**SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE: A UTILIZAÇÃO DA
TUTELA JURISDICIONAL PARA A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

ORIENTANDO (A) - OSMAR BERNARDES FERREIRA JUNIOR
ORIENTADOR (A) - PROF. (A) TITULAÇÃO E GOIACY CAMPOS DOS SANTOS
DUNCK

GOIÂNIA-GO
2021/1

OSMAR BERNARDES FERREIRA JUNIOR

SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE
A UTILIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL PARA A FORMULAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia Jurídica apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GOIÁS). Profa. Orientadora – Ms. GOIACY CAMPOS DOS SANTOS DUNCK.

GOIÂNIA-GO

2020/2

OSMAR BERNARDES FERREIRA JUNIOR

SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE: A UTILIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL PARA A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Data da Defesa: 29 de Maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora Prof^ª: Goiacy Campos dos Santos Dunck Nota

Examinadora Convidada: Prof^ª: Júlio César Pacheco Duarte Nota

Dedico este trabalho para o jovem do interior que saiu da sua cidade rumo a capital apenas com incertezas, mas decidido a mudar sua vida. Dedico também ao homem que ele se tornará e que se lembre sempre dos motivos que o trouxeram aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais e irmão, que diante de tantas dificuldades e incertezas se esforçaram ao máximo para permitir a minha permanência na Universidade. Este é o resultado dos seus esforços.

Também agradeço a todos meus colegas de faculdade, especialmente a Jhenifer Vasco, Lara Faria e Natália Lemes, a quem sempre me acompanharam dentro e fora da universidade e contribuíram para chegar aqui e que permanecerão sempre em meu coração.

Sou grato pela disposição depositada na minha proposta de projeto pela professora Goiacy Campos, orientadora do meu trabalho, possuindo complacência em ensinar fato que contribuiu enormemente em minha vida acadêmica. Também, não poderia deixar de mencionar o professor Júlio César Pacheco Duarte, que de maneira tão gentil aceitou participar da banca.

Ainda, gostaria de agradecer à Dra. Tatiana Maria Bronzato Nogueira, Defensora Pública da 2ª Defensoria Pública Especializada Civil de Aparecida de Goiânia, uma das principais responsáveis pela inspiração ao presente trabalho, que por muito tempo me possibilitou vivenciar a judicialização de demandas que visavam garantir o acesso ao Direito à Saúde.

A todos os meus mestres que participaram da minha formação acadêmica e profissional durante minha vida, esforços que me possibilitaram chegar até aqui. Minha eterna gratidão. Também quero agradecer à Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO) que mesmo durante a pandemia demonstrou estar comprometida com a qualidade e excelência do ensino.

Não me esqueço também de fazer um agradecimento especial ao Sérgio Augusto que me trouxe tranquilidade e reflexão em momentos que não consegui desenvolver meu projeto. Além destes, a minha querida Flor que sempre esteve me fazendo companhia e por diversas vezes me atrapalhou buscando atenção e carinho.

RESUMO

A presente obra busca discorrer sobre o direito à saúde, como prestação obrigatória do Estado, mediante a Constituição Federal. Inicialmente abordaremos o conceito histórico e reconhecimento do direito fundamental à garantia do direito à vida. Posteriormente, abordaremos a abrangência e os princípios da igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, reserva do possível e mínimo existencial, relacionados aos limitados recursos bem como custeio pelo ente estatal na área da saúde. Além disso, destacamos como o poder Judiciário atua, ou melhor, toma para si a função de garantir a prestação de atendimento à saúde, como cirurgias, medicamentos, consultas entre outros. Ainda, discutimos os meios processuais para garantir tais meios.

Palavras-chaves:. Direito à saúde, Judicialização do direito à saúde, Condenação do Estado, Direito Fundamental à saúde, prestação de atendimento à saúde;

ABSTRACT

The present work seeks to discuss the right to health, as a mandatory provision of the State, through the Federal Constitution. Initially, we will approach the historical concept and recognition of the fundamental right to guarantee the right to life. Subsequently, we will address the scope and principles of equality, proportionality, reasonableness, reserve of the possible and minimum existential, related to limited resources as well as funding by the state entity in the area of health. In addition, we highlight how the Judiciary acts, or rather, takes on the role of guaranteeing the provision of health care, such as surgeries, medications, consultations, among others. Still, we discuss the procedural means to guarantee such means.

Keywords:. Right to health, Judicialization of the right to health, Condemnation of the State, Fundamental Right to health, provision of health care;

INTRODUÇÃO	6
1 O DIREITO À SAÚDE	8
1.1 Como a saúde atingiu o posto de direito fundamental no Brasil garantido pela Constituição Federal de 88	8
1.2 Abrangência Do Direito à Saúde	11
2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO DIREITO À SAÚDE	14
2.1 O Princípio Da Igualdade	14
2.2 O Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade	15
2.3 Os Princípios do Mínimo Existencial e Reserva do Possível	17
3 A CONSAGRAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	19
3.1 Atuação do Poder Judiciário para Garantir a Efetividade do Direito À Saúde	21
3.2 O Direito à Saúde e Medidas Processuais para seu Alcance	24
CONCLUSÃO	26
REFERÊNCIAS	28

INTRODUÇÃO

A saúde, direito fundamental social, celebrado através do art. 6º de nossa Carta Magna, e através do art. 196 e ss., dispõe em uma de suas redações que é um dever do Estado garantir e proporcionar a todos o direito à saúde, mediante políticas sociais e econômicas. Dessa forma, buscando reduzir os riscos de doenças e outros agravos, devendo garantir acesso universal e democrático às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Assim, a saúde ascendeu como um direito público subjetivo, bem como um direito constitucionalmente tutelado. Logo, seus entes políticos pertencentes ao plano institucional a estruturação federativa do Estado Brasileiro, desenvolver e prestar atividades sociais e econômicas que atinjam aos cidadãos o acesso integral e igualitário à assistência médica hospitalar. Por essa razão, não devem simplesmente ser uma promessa institucional, podendo implicar transgressão da norma constitucional caso não se concretize.

Por essa razão, é por meio dos direitos sociais, a nível dos direitos fundamentais, como prestação positiva do Estado, possibilitando maiores chances de vida aos mais vulneráveis, visando conquistar a equidade entre as classes sociais. Assim, busca a Constituição salvaguardar a integridade física e psíquica do ser humano, pela medicina e a profilaxia de enfermidades por meio de prestações que assegurem diretamente a dignidade da pessoa humana.

Importante destacar que União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, possuem competência bem como à responsabilidade, em comum, de “*cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*”, conforme o artigo 23, inciso II da CF. Desta forma, o ônus de zelar pela ampla assistência à saúde aos brasileiros não se restringe a um único ente da Federação, mas de maneira solidária, cada qual no seu âmbito administrativo.

No entanto, por maior que tenha sido a evolução do mandamento Constitucional, o direito à saúde não tem se satisfeitas diante dos poucos recursos e por ser esquecido pelo administrador público. Dessa maneira, o cidadão, atualmente mais ligado a seus direitos, procura a tutela jurisdicional como única forma de de

atingir o direito, esta por meio do protocolo de ações, para conseguir remédios, exames, cirurgias e demais tratamentos.

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário atender o que é garantido Constitucionalmente por meio de políticas públicas advindas de decisões que obrigam o Poder Executivo, na esfera administrativa, satisfazer o pedido do litigante, desde o fornecimento de simples medicações até a realização de cirurgias. Além disso, é cabalmente possível essa judicialização, para procedimento que não é cabe ao SUS, ou ainda, não está contemplado nas leis, como por exemplo as listas do RENAME E REMUNE, desde que, respeitados os critérios médico-científicos e alcançado sua tutela.

Através desse trabalho discutiremos o espelho entre o direito à saúde, o dever do Estado em garanti-lo bem como os princípios da igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, reserva do possível e mínimo existencial e os meios processuais capazes.

1 O DIREITO À SAÚDE

1.1 Como a saúde atingiu o posto de direito fundamental no Brasil garantido pela Constituição Federal de 88

O pensamento de saúde como direito universal está historicamente ligado à Reforma Sanitária Brasileira, entre o final da década de 1970 e dos anos que seguirão 1980 durante a redemocratização do país.

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Organizações das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, que fez referência à saúde ao reconhecer diversos direitos humanos, ainda que indiretamente, como decorrência do direito a um nível de vida adequado, capaz de assegurá-la ao indivíduo e à sua família (art. 25). Ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, firmou regras mais específicas sobre a necessidade do Poder Público promover a saúde de sua população.

Todas essas influências, atribuíram ao cronograma político a necessidade da democratização da saúde, demandando, *“o reconhecimento do direito à saúde, inerente à cidadania, acesso universal e igualitário aos serviços de saúde e participação social nas políticas e na gestão”*(PAIM, ALMEIDA-FILHO, 2014, p. 205).

Por esses motivos, tais atividades do foram efetivas para o incremento político do direito à saúde na Assembleia Nacional Constituinte. O texto constitucional de 1988, que empregou os princípios fundamentais que encaminham a política de saúde no Brasil, foi fruto das evoluções enfrentadas pela sociedade civil e, como já citado, movimento da reforma sanitária(ASENSI, 2013,).

Por essa razão, a universalização à saúde pela via constitucional, consagrou à saúde a classificação de direito social fundamental submetido à prestações positivas, estabelecendo diferentes padrões de trato com o Estado e a sociedade, acompanhados pelo ideal da cidadania universal como prestação social. Esses direitos a prestações materiais do Estado visam atenuar as desigualdades sociais.

Assim, esse processo elaborou segmentações jurídicas e político-administrativas relacionadas à fundamentalidade formal e material do direito à saúde na qualidade de direito do cidadão e dever do Estado. Igualmente, deu a

prerrogativas jurídica de relevância pública ao direito à saúde, o consagrou como cláusula pétrea, tecendo normas para universalização da saúde e aspecto da estrutura jurídica, distribuição dos ônus dos entes federativos em garantir serviços de saúde e por fim, incorporação de distintos sujeitos e instituições no âmbito da tutela e proteção a tal direito (ASENSI, 2013, e SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

Logo, incumbe ao poder público desenvolver e executar políticas sociais e econômicas que tenham como foco garantir à população o acesso universal, integral e igualitário à assistência médico-hospitalar.

Dessa maneira, buscando compreender as disposições constitucionais, trazemos o entendimento de Sarlet e Figueiredo:

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, quanto diante de normas de cunho programático (impositivo), enunciando (no art. 196) 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, Ingo, 2012, p. 284).

Ainda, conforme José Afonso da Silva, em sua obra "Curso de Direito Constitucional Positivo", também define:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade elementos centrais na caracterização do Estado Democrático de Direito. (SILVA, 1993).

Logo, é obrigatoriedade dos Estados respeitar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Organizações das Nações Unidas (ONU) em 10/12/1948. Dentre as medidas:

As medidas que os Estados partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e

tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade” (art. 12)(Dallari; Nunes Júnior, 2010, p. 8 e 17-20).

Trata-se de fornecimentos materiais na esfera da assistência médica e hospitalar, regulamentada por norma na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõe sobre a organização e benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos(SARLET e FIGUEIREDO, 2010 e SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2020).

É assim, com a estruturação da saúde no ordenamento jurídico brasileiro quanto direito social fundamental, destacamos o Poder Judiciário e os institutos que compõem as denominadas funções essenciais da justiça como responsáveis pela defesa do teor prestacional do direito à saúde(ASENSI, 2013).

Conforme ensina Mapelli Junior:

A constitucionalização da saúde e de outros direitos sociais, como a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º, CF), assim, além de representar a consagração no patamar constitucional do dever estatal de implementação de políticas públicas para garantir a dignidade humana, serviu para instituir e impulsionar o controle judicial das políticas públicas, possibilitando o ingresso de ações judiciais para exigir a sua concretização. Contando com razões históricas bastante conhecidas, no Brasil muito vinculadas a uma reação natural contra o longo período de violação de direitos que caracterizou a ditadura militar (1964-1985), a Constituição Federal de 1988 representou um ganho na cidadania dos brasileiros nesse sentido, daí sua alcunha de “Constituição Cidadã”, mas também induziu a judicialização dos direitos sociais(MAPELLI, 215, p. 90).

Ainda, como leciona Barcellos:

No Brasil os estudos científicos serviram para consolidar uma doutrina jurídica de direitos humanos que os coloca como integrantes da cidadania, que pressupõe a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III, CF), oponíveis ao Poder Público, que pode ser compelido judicialmente a efetivá-los no caso concreto porque nenhuma lesão ou ameaça a direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF).(BARCELLOS, 2011, p. 20)

Dessa forma, logo começaram as apreciações do Judiciário para o alcance do mandado de execução dos direitos sociais no Brasil, principalmente do direito à saúde, visto os desafios da prática por parte do Estado na época. Dessa forma, uma soma de demandas referentes à efetivação do direito à saúde tem sido requeridas ao Estado, com fulcro no sistema do direito, submetidas as discussões da matéria predominantemente oriundas dos tribunais(SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

É aqui, que a literatura técnica tem classificado esse fenômeno de “judicialização das políticas públicas”, levantando discussões especialmente em torno de questões inerentes às relações entre Estado e sociedade e às linhas da separação entre os poderes.

Ainda, cabe ao Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, o que lhe incumbe a proteção da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, CF), e também a fiscalização do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme estabeleceu a Constituição Federal, estas realizadas por medidas extrajudiciais ou o ajuizamento de ação civil pública objetivando coagir o Estado a promover adequadamente as políticas públicas:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Logo, é assim que são entre tensões Estado-sociedade é que surgem diversas demandas judiciais, reivindicando a efetivação do direito à saúde no Brasil, produzindo decisões e por suas análises, principalmente do STJ, as noções de “reserva do possível” e “mínimo existencial” são expostas.

1.2 Abrangência Do Direito à Saúde

Celebrado através do art. 6º da nossa Carta Magna, e através do art. 196 e ss. Que o direito à saúde obteve maior estruturação em grau normativo-constitucional, acima de uma razoável e integra regulamentação normativa no ordenamento infraconstitucional, especialmente para as normas que dispõem sobre a administração, organização e os benefícios do SUS e disponibilização de medicamentos.

O direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, é um direito fundamental na Constituição brasileira de 1988. É na esfera do direito à saúde que se manifesta de forma mais clara a ligação do seu respectivo objeto, no caso da dimensão positiva, diz respeito às prestações materiais na conjunto da assistência

médica, hospitalar, entre outros, com o direito à vida e o preceito da dignidade da pessoa humana(SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

A respeito da condecoração dos efeitos atribuídos à dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, a verdade é que a dignidade atribuída ao ser humano é substancialmente da pessoa humana viva. O direito à vida e, assim como o direito à saúde, atribui-se, na esfera desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Essa ligação com o direito à vida, o direito à saúde encontra-se atrelado ao resguardo da integridade física, sejam elas corporal e psíquica, do ser humano, igualmente dimensões jurídicas de fundamentalidade indiscutível(SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

Além disso, Sarlet aponta que o direito à saúde possui dimensões, por ser um direito constitucional fundamental:

[...] no âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. [...] O Estado (assim como os demais particulares), têm o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isso direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde(SARLET 2002, p. 10).

É observado toda essa gama de direito, que o direito à saúde, carece de destaque, diferente dos demais direitos fundamentais (como é o caso da moradia, ambiente, dentre tantos), a saúde é interdependente com outros bens e direitos fundamentais, pois como já mencionado, sobrepõem esferas que são autonomamente protegidas, como é o caso da vida, integridade física e psíquica, privacidade, educação, ambiente, moradia, alimentação, trabalho, dentre outras(SARLET, 2012 e SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2019).

Nesse viés, um dos grandes obstáculos está ligado ao trabalho de distinguir quais os efeitos que podem ser interpretados das normas constitucionais que dizem respeito ao direito à saúde. Ainda, deve estabelecer o problemático contorno que constitui o objeto do direito à saúde e limites objetivos e subjetivos. Assim, para melhor exemplificar:

Especialmente controversa, embora a farta jurisprudência nesta seara, segue sendo a discussão em torno da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual, ou coletivo, a prestações na área da saúde. Além disso, assume relevo (também aqui) o questionamento a respeito do limite da prestação reclamada do particular perante o Estado.(SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019, p, 836-7).

Logo, por mais que os poderes públicos venham refutar que o direito à saúde trata-se de direitos sociais prestacionais em geral foi positivado como norma de eficácia limitada, além dos supersaturados argumentos dos insuficientes recursos e da sua incompetência dos órgãos judiciários para demandarem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não condizem com a realidade para solução, ainda mais nas hipóteses e cenários atuais, como atual pandemia de COVID-19, para prevalecer o bem maior da vida humana.

Ainda, importante destacar, que se busca através do princípio da universalidade a gratuidade do acesso, pela razão do acesso igualitário e universal, como claramente enuncia o art. 196 da CF, diferente do acesso totalmente gratuito. Assim, a Constituição garante que todos venham a ter, baseado nos princípios, as mesmas oportunidades de alcançar o sistema público de saúde(SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019).

Nessa perspectiva, é também autorizado o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, contudo, esta já exige a prova prévia da carência socioeconômica por parte do cidadão como dá conta alguns planos estaduais que discorrem sobre o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais àqueles que demonstrem sua hipossuficiência(SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019).

Dessa forma, embora não se trate de exigência constitucional direta e expressa, o que se busca é o aperfeiçoamento do modelo adotado para torná-lo mais efetivo para maior quantidade de pessoas.

Dessa forma, não por menos, caberá judicialização, prevalecendo a concepção que através de decisão o juiz de direito, perante omissão ou ineficiência do Poder Público, verificar no caso concreto e, se assim entender supri-la por meio de sua ordem. Ainda, como esclareci Mapelli Júnior:

O direito à saúde, na esteira da determinação constitucional de que deve ser exercido por políticas econômicas e sociais que garantam acesso universal e igualitário a todos os residentes no Brasil, foi regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, além de outros dispositivos infraconstitucionais que analisaremos oportunamente, havendo, portanto, no ordenamento jurídico, parâmetros legais para que as prestações estatais do SUS se efetivem igualitariamente, de forma não discriminatória. Trata-se de direito que se submete, por isso mesmo, a parâmetros legais de acesso e tratamento, próprios do Sistema Único de Saúde (MAPELLI JÚNIOR, 2015, p. 74).

Dessa forma, cabe ao Estado conceder saúde conforme os requisitos mínimos, capazes, em qualquer situação, para garantir o êxito das prestações, ou terão os particulares direitos a serviços gratuitos da melhor qualidade.

2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO DIREITO À SAÚDE

2.1 O Princípio Da Igualdade

Diferente das demais Constituições da época, a nossa Carta magna, não se limitou a enunciar um direito geral de igualdade, como expresso em seu art. 5º, caput “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*”, porém, estabeleceu ao longo do texto, uma série de disposições impositivas de um tratamento igualitário e proibitivas de discriminação, como é o caso acesso igualitário e universal aos bens e serviços em matéria de saúde (art. 196, caput).

Por essa razão, na Constituição Federal de 1988, a igualdade tem seu lugar evidenciado em várias passagens do texto constitucional. Da mesma forma, em plano constitucional, cabe à entidade estatal promover políticas de ações afirmativas, combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural.

Assim, deve esta igualdade ser preservada tanto na perspectiva da igualdade material quanto na forma, logo, a igualdade deverá ser assistida na aplicação da lei no processo e no julgamento do mérito da causa, principalmente naqueles que versam sobre direitos sociais, principalmente em nosso objeto de estudo, o direito à saúde(SOUSA JUNIOR, 2018).

Ocorre que, incapaz o direito em exigir que todos sejam exatamente iguais em todos os aspectos, excluindo as singularidades naturais da condição humana. Assim, em melhores palavras:

Para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a fórmula “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual desigualmente” não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade(ALEXY, 2008, p. 399).

É através dessa ideia que tecemos algumas considerações e, a principal, encontrar critério justo para distribuir recursos escassos entre os membros de uma sociedade. Dito isso, o processo deve produzir decisões justas e legítimas com respeito aos direitos fundamentais.

[...] O ideal de respeito à igualdade impõem que o magistrado dispense um tratamento de respeito e consideração pelas partes, pois não sendo as pessoas iguais, diferente será o tratamento a ser dispensado a cada uma delas. Até mesmo para evitar análises processuais seriadas de situações delicadas e ímpares quando se discute a tutela ao direito à saúde, ademais, no âmbito da relação processual tais decisões servirão para formação de precedentes orientando o Judiciário e a sociedade civil que espera um tratamento isonômico por parte do Estado constitucional(SOUSA JUNIOR, 2018, p. 02).

Oportunamente, é necessário que, para haver igualdade, é necessário que seja possível às partes a efetiva participação no processo, para que tenha participação dos envolvidos, podendo só assim dizer que houve decisão legítima. Visto isso, lembra Souza, que há no ordenamento jurídico brasileiro diplomas legais que oferecem as partes situação jurídica de privilégio em detrimento da outra, justamente para permitir equilibrar as desigualdades em uma relação processual, sendo estes:

[...] (i) lei que concede privilégios de prazo em caso de litisconsórcio com procuradores diferentes; (ii) lei que concede privilégios de prazo aos titulares do direito à justiça gratuita; (iii) lei que concede privilégio de prazo a Fazenda Pública e ao Ministério Público; (iv) lei que concede privilégio a intimação pessoal aos defensores público; (v) lei que concede privilegio de intimação pessoal aos procuradores de Estado e membros do Ministério Público; (vi) lei que concede prioridade de julgamento nos processo em que idoso figure como parte (viii); lei que concede tratamento diferenciado em favor do Estado em caso de condenação em honorários de advogado; (ix) lei que concede tratamento diferenciado em favor da Fazenda Pública e do Ministério Público com relação a adiantamento de despesas processuais; (x) lei que concede privilégios ao necessitado com relação às custas e despesas processuais; (xi) lei que isenta o autor de despesas processuais e do ônus da sucumbência nos casos de ação popular e ação civil pública; (xii) tratamento diferenciado entre réus com relação aos efeitos da revelia; (xiii) lei que concede privilégio do duplo grau obrigatório de jurisdição em favor de determinados entes estatais; (xiv) lei que concede privilégio de inversão do ônus da prova em favor do consumidor(SOUZA, 2011, p. 290).

Conforme listado, nesses termos legais, que há discriminação a favor de uma das partes na legislação processual, momento em que é oportunizado a equiparação de armas, respeitando o princípio da igualdade.

2.2 O Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

O princípio da proporcionalidade e razoabilidade são noções a serem utilizadas quando há colisão entre os direitos e interesses legalmente protegidos, a fim de se chegar à justa medida. Dessa forma, vincula-se com a ideia de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos, servindo de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo de decisões judiciais(SARLET, Ingo 2012 e SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2020).

Em breve síntese, o princípio da proporcionalidade busca preservar os direitos fundamentais, protegê-los de restrições insignificantes. Esse princípio procura estabelecer critérios razoáveis entre a causa e a consequência nas situações fáticas(SOUZA NUNES, 2015).

Por essa razão, este princípio é essencial para a concretização da justiça, observado que, igualando os meios e os fins, resulta no combate de desnecessárias ou abusivas restrições contra os direitos fundamentais.

Nesse sentido:

Nessa toada, o princípio da proporcionalidade se relaciona com o Direito Fundamental à saúde, de forma que este deve ser devidamente considerado, ponderado e efetivado pelo Estado. Tendo em vista que o direito à saúde se trata de um direito de segunda geração e, portanto, está consignado na nossa constituição como um dever a ser executado pelo Estado, este, em seus atos, deverá atentar ao princípio da proporcionalidade na sua execução(SOUZA NUNES, 2015).

Diante das afirmações, deve haver relações através do Direito Fundamental à saúde e o princípio da proporcionalidade, pois ambos devem ser efetivados e ponderados pelo Estado. Assim, deve ser escolhido meio adequado e apropriado para que se chegue a um resultado, menos oneroso e que o objetivo alcançado preservou direitos fundamentais axiologicamente mais importantes, tornando a ação legítima(SOUZA NUNES, 2015).

Tal proporcionalidade é necessária para evitar abusos que possam vir a ocorrer sob o fundamento do direito à saúde, por exemplo na compra de medicação específica uma vez que a mesma formulação é comercializada na versão genérica.

Além disso, ela precisa ser adequada, evitando óbices à sua concretização, pois com eventual condenação, pode por exemplo o Estado dificultar a internação de uma paciente que precisa de uma UTI, e devido à demora para a realização do procedimento, acabou falecendo.

Logo, tais medidas visam trazer utilidade ao princípio da proporcionalidade para verificar a própria efetivação do Direito à saúde e não só para vigiar a validade

material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que poderiam limitar os direitos fundamentais.

Ainda, nessa direção arguida, deve destacar que o princípio da proporcionalidade age de maneira que se pretende questionar o quão razoável pode um particular que utilize-se de um plano de saúde privado, seu que esse comprometa um padrão com condições básicas de vida para si e sua família, podendo acessar, sem qualquer impedimento ou exigência, de forma que o sistema público de saúde em mesmas condições que o cidadão que não seja capaz de suportar com próprios recursos a sua saúde(SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019).

Dessa maneira, os princípios da isonomia e proporcionalidade, operam de maneira a cada vez mais impulsionar as discussões diante do tema da gratuidade do acesso à saúde.

2.3 Os Princípios do Mínimo Existencial e Reserva do Possível

Conforme explicam *Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo*, as noções de "mínimo existencial" e "reserva do possível" têm suas elaborações na doutrina alemã, entre o final da década de 1940 e o início dos anos 1950(SARLET, FIGUEIREDO, 2010).

O mínimo existencial foi definido como "*conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável*"(SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 23). Além disso, determinaram juridicamente as proporções constitutivas básicas do mínimo existencial, dentre elas o mínimo fisiológico, que corresponde às situações materiais mínimas de uma vida decente e no princípio da dignidade humana e o mínimo sociocultural, que representa os requisitos para a inserção do sujeito na vida social, baseado nos princípios do Estado Social e da igualdade(SARLET, FIGUEIREDO, 2010).

Ainda, baseado na obra *Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo*:

A necessária fixação, portanto, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente. Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz respeito à esfera econômica e financeira, mas

também no concernente às expectativas e necessidades do momento(SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 23).

É perceptível que na referida obra, que a dignidade humana não comporta avaliação. A proteção das condições elementares de existência da população deve ser conteúdo basilar do Estado Social, dessa forma, a aferição do valor a ser prestado em assistência, relaciona-se com a disposição de recursos econômicos, com a questão da conjuntura política e com as perspectivas sociais historicamente construídas(SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

Posteriormente, nos anos de 1970, a doutrina alemã difundiu a ideia de reserva do possível, se tratando de uma deficiência fática e jurídica à concretização de direitos fundamentais, tais prestações estariam sob o fundo das capacidades financeiras do Estado, pois tais prestações são custeadas pelos cofres públicos. Assim, foi estabelecida a “*dimensão tríplice*”, que por sua vez são, disponibilidade fática de recursos, disponibilidade jurídica de fundos materiais e humanos e a capacidade do fornecimento social(SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

Dessa forma, a disponibilidade fática de recursos se trata da existência e previsão de recursos financeiros, materiais e humanos para alcance de direitos sociais em sua via prestacional. Ainda, essa prestação se estende a natureza direta e indireta, a primeira, por realizar a prestação através de um serviço básico de saúde oferecido em postos de saúde e, por haver gasto tributário indireto em saúde, que se satisfaz sob a forma de renúncia da arrecadação fiscal e proporciona excelentes resultados sobre o financiamento público do Sistema Único de Saúde(SUS)(SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

Ademais, a disponibilidade jurídica dos meios materiais e humanos é o potencial do Estado deliberar, respeitando as orientações discricionárias, perante a destinação de recursos para cumprimento dos direitos sociais em sua proporção de prestações positivas. Em breve síntese, se trata da alocação das receitas e competências tributárias, orçamentárias, administrativas e legislativas(SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

Por último, a proporcionalidade da prestação social é através da estabilidade para sua concretização da proteção jurídica aos direitos fundamentais. Dessa forma, conforme trazido anteriormente, o princípio da proporcionalidade em junção com o da razoabilidade estabelecem limites à propriedade de um direito a prestações

positivas e à obrigação desse direito de forma a garantir o outro direito fundamental (SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

Logo, para melhor compreensão, nas palavras de Sarlet e Figueiredo:

[...] a reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 30).

Assim, em detrimento dos comentários dos autores, através do que é nomeado “dimensão tríplice” da reserva do possível, o referido entendimento não representa uma configuração constituinte da centralidade necessária dos direitos fundamentais.

Não obstante, quanto à doutrina brasileira acerca do mínimo existencial e da reserva do possível, explanam duas ideias centrais, indagações ligadas à ideia de Estado, à constitucionalidade e à fundamentalidade dos direitos sociais na norma nacional, especialmente o direito à saúde (SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

O primeiro núcleo reúne a atividade dos que advogam, em linhas gerais, a relatividade da efetivação e êxito dos direitos sociais fundamentais, por intermédio das prestações estatais de forma material e positiva, a princípios orçamentários e à acessibilidade de recursos econômicos. Assim, de acordo com a doutrina, estes aspectos representam a noção de reserva do possível (ALMEIDA E FREIRE, 2018).

Somado a isso, é notório os posicionamentos doutrinários e as decisões judiciais a respeito da concretização dos direitos fundamentais sociais, especialmente à saúde.

3 A CONSAGRAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

É pela Lei n. 8.080/90, que regulamenta os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e dispõe através dos artigos 6º, inciso I, alínea "d" e 7º, incisos I e II:

“Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Capítulo II

Dos Princípios e Diretrizes

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 artigo 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;

Assim, a legislação infraconstitucional assegura conclusivamente não só a terapêutica integral e farmacêutica, como além de prover “insumos terapêuticos” (tais como próteses, órteses, cadeiras de rodas, marcapassos, etc.).

Com vistas a promover a assistência farmacêutica no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde, com arrimo nessa legislação infraconstitucional, formula uma listagem de medicamentos que devem estar disponíveis em toda rede, à qual atribui a designação “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename”. A formulação dessa listagem, bem como sua atualização periódica – que é ditada expressamente pela política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria MS 3916/98, observa as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do país, e leva em consideração diversos critérios, tais como: a demonstração da eficácia e segurança do medicamento; a vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo); e o oferecimento de concorrência dentro do mesmo subgrupo, como estratégia de mercado. (SILVA, 2012, p. 37)

Ainda, conforme Portaria nº 204, de 29 de janeiro de 2007, Sustenta que o gasto das ações de saúde serão de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o que vem disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS e, em seu teor:

Art. 1º Regular o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle.

Art. 2º O financiamento das ações e serviços de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde.

Art. 3º Os recursos federais destinados às ações e aos serviços de saúde passam a ser organizados e transferidos na forma de blocos de financiamento.

Parágrafo único. Os blocos de financiamento são constituídos por componentes, conforme as especificidades de suas ações e dos serviços de saúde pactuados.

Art. 4º Estabelecer os seguintes blocos de financiamento:

I - Atenção Básica

II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar;

III - Vigilância em Saúde;

IV - Assistência Farmacêutica; e

V - Gestão do SUS.

VI - Investimentos na Rede de Serviços de Saúde. (Redação dada pela PRT GM/MS nº 837 de 23.04.2009)

Logo, em procura do conceito jurídico de saúde, que atualmente ele se diverge da mera assistência médica ou farmacêutica, tratando-se de um bem-estar biopsicossocial maior, que se transforma em um bem jurídico público a ser almejado por um sistema público e universal de saúde, com foco principal na atenção básica, assim como, por outras políticas públicas que justifiquem e ampliem esse direito, mas não se confundem com ele(MAPELLI JÚNIOR, 2015,).

3.1 Atuação do Poder Judiciário para Garantir a Efetividade do Direito À Saúde

No Brasil, quanto ao direito à saúde e sua exigibilidade pela via judicial a atuação dos Tribunais Superiores, principalmente o STF, em matéria de saúde, passaram a reconhecê-lo como direito subjetivo e fundamental exigível em juízo(SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019).

Assim, o direito à saúde e à extensão do poder decisório do Judiciário sobre atividades políticas provenientes dos anseios entre o Estado e a sociedade, essencialmente no que se diz a conflitos e disputas no plano da satisfação do direito fundamental à saúde, e perpassam situações referentes ao financiamento, à gestão, à organização, à infraestrutura e à dedicação à saúde no âmbito do SUS, bem como incitar racionalidades divergentes no processo de escolha de decisões jurídicas e político-administrativas, como supracitado anteriormente(MAPELLI JÚNIOR, 2015).

Cabe ressaltar, que em países como o Brasil e Colômbia e diversos outros, ocupam o lugar de maior número de protocolos judiciais na área do direito à saúde, além de, o mesmo posto em condenações do Poder Público, se tratando também de um fenômeno em escala mundial(SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019).

Dessa forma, levantamos a discussão em torno do julgamento STA 175, em março de 2010, onde foram revistados, agregados e sistematizados fundamentos no que diz com a exigibilidade do direito à saúde como direito subjetivo. Conforme explicam SARLET, MARINONI, e MITIDIERO:

a) o direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível);

- b) a responsabilidade do Estado é solidária, abrangendo todos os entes da Federação;
- c) embora em regra o objeto do direito à saúde deva ser estabelecido pelos órgãos politicamente legitimados (Legislativo e Executivo), no sentido de que aos cidadãos é assegurado um acesso igualitário e universal às prestações disponibilizadas pelo SUS, em caráter excepcional, notadamente quando em causa o direito à vida com dignidade, o Estado tem o dever de disponibilizar os bens e serviços correspondentes;
- d) a desproporcional afetação do sistema de saúde e o comprometimento da ordem pública (inclusive das diversas dimensões da reserva do possível) devem ser demonstrados pelo Poder Público;
- e) há que distinguir entre medicamento novo e experimental, no sentido de que novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes (protocolos de pesquisa) e não liberados para venda. A partir de tal distinção, o STF entendeu que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela Anvisa ou inserido na lista pelas autoridades da área da saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional (v. item c, supra), ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até mesmo pelo fato de não haver certeza quanto à segurança para o próprio autor da demanda (SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019, p. 843).

Ainda, conforme se refere o último critério, é possível que o STF ajuste seu entendimento a respeito para o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações de saúde, pois:

[...]presentes os requisitos da indispensabilidade do medicamento e da incapacidade financeira do autor e de sua família, pois há de ser demonstrado que em causa está a garantia do mínimo existencial e demonstrada a efetiva necessidade e impossibilidade de custeio pelo requerente ou familiares[...] (SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019, p. 844).

Dessa forma, o que resulta na prestação no caso concreto.

É importante destacar, que conforme o Ministro Roberto Barroso em voto-vista, desproveu o RE 566.471 pela razão de, no decorrer da ação, o medicamento ter sido aprovado pela ANVISA e incorporado à lista de medicamentos do SUS, contudo atentou que, em caso de medicamentos não incorporados ao sistema, deverá ser analisado criteriosamente, mantendo caráter excepcional tal medida (SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019).

Assim, diante da enorme quantidade de pleitos, verificou-se a existência de estados e de municípios como partes a interpor ao STJ revisão de decisões judiciais antagônicas à fazenda pública e pertinentes a prestações estatais em saúde para cidadãos e/ou para a coletividade. Ocorre que, a tendência destas cortes foi de manter as decisões judiciais recorridas, indeferindo os pedidos recursais interpostos pela Administração.

Ainda conforme Almeida:

Depreende-se que o discurso jurídico do STJ referente às matérias de direito à saúde se assentou, em linhas gerais, na afirmação jurídica dos seguintes aspectos: constitucionalidade do direito social à saúde; efetividade das normas constitucionais programáticas tocantes ao direito à saúde; dignidade da pessoa humana como valor constitucional articulado ao direito à saúde; fundamentos e objetivos republicanos previstos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal na interface com o direito à saúde; responsabilidade solidária da União, estados e municípios no que toca à efetivação judicial do direito à saúde; e admissibilidade do bloqueio de verbas públicas como uma medida jurídica de ajuste da discricionariedade administrativa em função da garantia de efetividade do conteúdo do direito à saúde (ALMEIDA, 2018, p. 71).

Outrora, afastou a aplicabilidade das categorias “mínimo existencial” e “reserva do possível” às matérias de direito à saúde, conforme ementa ADPF 45 MC/DF* do Relator: Min. Celso De Mello:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Consideração em torno da 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 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. ADPF Políticas Públicas - Intervenção Judicial - “Reserva do Possível”. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo à liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade).

Então, as normas referidas, como já atestado, não consomem os referenciais que podem ser detectados no ambiente dos julgamentos no Brasil, além de não valerem excludentes de outros parâmetros indicados na campo doutrinário, para o que se remete à parte geral dos direitos sociais e agora em exame STF. Por outro lado, é na esfera do direito à saúde, em função da categoria do próprio direito e de sua relevância para a vida e dignidade humana, mas especificamente em virtude do embate das medidas sobre o modelo de políticas públicas e o orçamento público, que se nota ser mais forte a debate em torno da exigibilidade dos

direitos sociais e de sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, especificamente como aos efeitos jurídicos que dela decorrem (SARLET, MARINONI, e MITIDIERO, 2019).

3.2 O Direito à Saúde e Medidas Processuais para seu Alcance

Dentre os meios processuais disponíveis para utilização pelos pacientes que pleiteiam assistência fármaco-terapêutica diante do Poder Judiciários estão a ação civil pública, estruturada pela Lei n. 7347/85, o mandado de segurança e por fim as ações condenatórias de obrigação de fazer ou dar.

Sobre a ação civil pública, explica Leny Pereira da Silva:

A ação civil pública, cuja legitimação para propositura é ditada pelo art. 5º da Lei n. 7347/85, é destinada à tutela de interesses difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos. Trata-se de instrumento de tutela coletiva de direitos e pressupõe, portanto, a representação de um grupo de pessoas - ora indeterminado, ora determinado ou determinável - por um legitimado extraordinário (figura que excepciona a regra do art. 6º do Código de Processo Civil). Via de regra esse legitimado extraordinário, a despeito do rol de legitimados ditado pelo já mencionado art. 5º da Lei n. 7347/85, é o Ministério Público. Entretanto, as ações civis públicas propostas pelo parquet não raro veiculam interesse de um único paciente, ou de um grupo determinado e restrito. Não se questiona da legitimidade do Ministério Público para representar em juízo um único paciente que pleiteie assistência farmacêutica do Estado, uma vez que o caput do art. 127 da Constituição Federal lhe atribuiu legitimidade para defender direitos individuais indisponíveis: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Duvidamos, no entanto, do adequado manejo da ação coletiva nesses casos. Embora seja praxe institucional chamar de ação civil pública toda e qualquer ação de natureza cível promovida pelo Ministério Público, não se trata de mero preciosismo terminológico(SILVA, 2012).

Por esse meio, a ação civil pública, regulado pelo texto normativo de processo coletivo brasileiro, devido instrumento para tutela coletiva, tratando-se de eficiente meio de intervenção à insuficiência do Poder Público na utilização de políticas públicas, para garantir estruturalização de políticas públicas, beneficiando as camadas sociais hipossuficientes e promovendo a o dever estatal(SILVA, 2012).

Já o mandado de segurança, previsto no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal, prevê que o "*mandado de segurança*" serve como meio de proteger o direito líquido e certo, que não foi garantido pelo "*habeas-corpus*" ou "*habeas-data*", foi atingido pela ilegalidade ou abuso do poder da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica atribuído no serviço do Poder Público. Tal remédio constitucional é disciplinado pelas Leis n. 1533/51 e 4348/64. O mandado de

segurança é a modalidade constitucional, posto ao uso de toda pessoa natural/ física e jurídica ou qualquer outro órgão com função de proteção de direito individual ou coletivo, devendo ser líquido e certo (MEIRELLES, 1997).

Dessa forma, o mandado deverá ser usado em caso de evidente grave ameaça e violação a um direito líquido e certo a direito líquido e certo em decorrência de ato abusivo ou ilegal praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica em exercício de atribuição do Poder Público. Logo, caracteriza-se direito líquido e certo, o direito à assistência fármaco-terapêutica. No entanto, esse meio não dispõe de produção de provas, prejudicando aqueles que por exemplo têm seus pedidos de medicamentos negados em razão de não possuírem liberação da ANVISA. No entanto, trata-se de um meio amplamente utilizado, principalmente em razão da sua celeridade do procedimento(SILVA, 2012).

Por fim, as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de dar, disciplinadas pelo Código de Processo Civil, são as mais utilizadas, principalmente no rito ordinário, visto que na maior parte das ações os pleitos possuem alto custo, sendo mais raro utilização do rito sumário. Essa última, é por conta dos "insumos terapêuticos", pois, ao interpretar as cláusulas abertas, o magistrado tem a obrigação de classificar e determinar o conteúdo da prestação.

Quanto a competência leciona Silva:

A competência, seja qual for o mecanismo processual adotado, será da Justiça Estadual quando a ação for promovida em face da Fazenda Estadual e/ou da Fazenda Municipal, ou em face de ato de autoridade estadual e/ou municipal. Quando a União figurar no pólo passivo, quer isoladamente, quer solidariamente aos demais entes, a competência para apreciar o feito será da Justiça Federal (SILVA, 2012).

Em mandados de segurança, o foro será por foro prerrogativa de função. Caso tenha na comarca há vara da fazenda pública, fica responsável pela apreciação da ação, não havendo, a ação tramita perante vara cível comum.

CONCLUSÃO

Conforme estabelece a Lei Federal 8.080/90, que regula o SUS (sistema único de saúde), em seu art. 2º, “caput”, estabelece que “*A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*”. Logo, não restam dúvidas, que a universalização do acesso à saúde seja ela médica, medicamentos, exames, dentre outros é um direito subjetivo público que deve ser prestado a qualquer cidadão pelo Estado, esta última está prevista no art. 7, I, da supramencionada lei.

Ainda, estabelece o artigo 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988, de modo claro, que é um direito social o direito à saúde, bem como a educação, moradia e, dever do Estado a sua implementação.

Desta maneira, cabe a qualquer cidadão promover uma ação individual buscando obter qualquer medicamento especial ou cirurgia não fornecida, de forma gratuita pela Rede de Saúde Pública. Tal fundamento, vem através do consenso da Jurisprudência atual, bem como estabeleceu René Descartes, tem-se que garantir a saúde a todos os cidadãos não se trata de mera faculdade, mas de ônus do ente público, não podendo ele mesmo impor óbices (de qualquer natureza) ao cumprimento de seu dever constitucional, sobretudo porque o direito à saúde é, na escala da axiologia dos direitos fundamentais, superior em face de qualquer outro.

Nesta seara, o artigo 153, inciso IX, da Constituição Estadual de Goiás determina ao Sistema Unificado de Saúde (SUS), além de outras atribuições, prestar assistência integral nas áreas médica, odontológica, fonoaudiológica, farmacêutica, de enfermagem e psicológica aos usuários do sistema, garantindo que sejam realizadas por profissionais habilitados.

Por sua vez, a Lei Federal nº 8.080/90 (Legislação do Sistema Único de Saúde - SUS) prescreve:

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

O artigo 23 da Constituição Federal é claro em determinar a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para zelar pela

saúde e assistência pública dos cidadãos. Veja-se:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...) II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

Neste contexto, apresenta-se inquestionável a responsabilidade solidária e conjunta pela saúde da substituída processual. É o que se extrai da norma prevista nos artigos 23, inciso II; 30, inciso VII e 198, inciso I, todos da Constituição Federal.

Sobre o assunto, foi admitida, no excelso Supremo Tribunal Federal, a seguinte tese de repercussão geral:

Tema 793: “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, **podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.**”

Porém, é de comum equívoco, dizer que o Poder Judiciário vem tutelando o direito à saúde, no entanto, o que se discute sempre é o direito à saúde, direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Dessa maneira, tem e que o direito à saúde não é um direito subjetivo público, pertencente ao patrimônio jurídico de todo cidadão brasileiro, mas um dever objetivo do Estado que por meio de políticas públicas, deve implementá-lo em todos os setores, garantido que todos os seus cidadãos tenham acesso universal e igualitário de qualidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

ALMEIDA, A. O., & Freire, M. V. V. (2018). Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (2010-2016). *Revista De Direito Sanitário*, 19(2), 55-77. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77>>. Acesso em 19/11/2020.

BARCELLOS, AP de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar; 2011. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2008:000800232>>. Acesso em 23/10/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02/10/2020.

BRASIL. **Lei 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 02/10/2020.

DALLARI SG, Nunes Júnior VS. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim; 2010. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 18ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOIÁS. **Constituição do Estado de Goiás**, de 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm>. Acesso em: 23/05/2021.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS**. São

Paulo, 2015. Documento eletrônico disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5151/tde-23022016-162923/pt-br.php>>. Acesso em 02/10/2020;

MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 4 ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020;

PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar. Reforma sanitária brasileira em perspectiva e o SUS. In: PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar (Orgs.) Saúde coletiva: teoria e prática. Rio de Janeiro: Medbook, 2014. p. 201-209.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Revista diálogo jurídico. n. 10, jan/2002. Salvador: Bahia. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433/1659>>. Acesso em 16/03/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. 2 ed. rev. e ampl. - Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6322>>. Acesso em 02/10/2020;

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1993.

SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Brasília: Revista STJ, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021

SILVEIRA, Artur Barbosa da. A Judicialização da saúde em tempos de pandemia. In: A Judicialização da saúde em tempos de pandemia. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-judicializacao-da-saude-em-tempos-de-pandemia/>>. Revista *Âmbito Jurídico*, 1 jan. 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-judicializacao-da-saude-em-tempos-de-pandemia/>>. Acesso em: 31/10/2021.

SOUSA JUNIOR, Ulisses Lopes de Souza Junior. Uma releitura do princípio da igualdade frente a tutela jurisdicional do direito fundamental à saúde. Revista Jus

Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5501, 24 jul. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65937>>. Acesso em: 27/02/2021.

SOUSA NUNES, Josemarionunes de. Princípio da proporcionalidade diante do Direito Fundamental à saúde. - Escorço acerca da relação Princípio da Proporcionalidade x Direito Fundamental à Saúde, 2015. Disponível em: <<https://josemarionunes.jusbrasil.com.br/artigos/194332273/principio-daproporcionalidade-diante-do-direito-fundamental-a-saude>>. Acesso em 03/03/2021.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.
FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante **Osmar Bernardes Ferreira Junior** do Curso de Direito, matrícula **20171000101979**, telefone: **(62) 99528-8271** e-mail osmarppoo@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 **SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE: A UTILIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL PARA A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**, 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, 17 de Junho de 2021.

Assinatura do(s) autor(es): 

Nome completo do autor: Osmar Bernardes Ferreira Junior

Assinatura do professor-orientador: 

Nome completo do professor-orientador: Goiacy Campos dos Santos Dunck