



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

**A FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO É JUSTIFICATIVA PARA
A NÃO IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE?**

ORIENTANDA: PIETRA AYRES SCHUTZ
ORIENTADOR: PROF. Me. ERNESTO MARTIM S. DUNCK

GOIÂNIA
2020

PIETRA AYRES SCHUTZ

**A FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO É JUSTIFICATIVA PARA
A NÃO IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE?**

Artigo Científico 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).

Prof. Orientador: Me. Ernesto Martim S. Dunck.

GOIÂNIA
2020

PIETRA AYRES SCHUTZ

**A FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO É JUSTIFICATIVA PARA
A NÃO IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE?**

Data da Defesa: _____ de _____ de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me Ernesto Martim S. Dunck

Nota

Examinador Convidado: Prof. Dra Caroline Regina Santos

Nota

SUMÁRIO

RESUMO	7
INTRODUÇÃO	8
1. DO DIREITO SOCIAL	10
1 BREVE HISTÓRICO.....	10
1.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	11
1.2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2. DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE	14
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE.....	14
2.1 CONCEITO, PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE.....	16
2.2 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A PROBLEMÁTICA DA SUA EFETIVIDADE....	21
3. O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR O DIREITO SOCIAL À SAÚDE	25
3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	25
3.1 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE.....	28
3.2 A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE.....	31
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS	36

A FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO É JUSTIFICATIVA PARA A NÃO IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE?

Pietra Ayres Schütz ¹

RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo estudar se os argumentos utilizados pelo Estado do que é conhecido como o princípio da reserva do possível, é argumento suficiente para embasar à inexecução da garantia do direito à saúde, previsto na Constituição da República. Isso porque, o direito à saúde é uma garantia constitucional assegurada a todas as pessoas que residem no Brasil. Em virtude de grande parte da população brasileira não possuir recursos próprios para assegurar tal direito, o texto constitucional prevê que nesses casos é dever do Estado fazê-lo. Por sua vez, o Estado não cumpre tal obrigação sobre o pálio do princípio da reserva do possível, argumentando que não dispõe de recursos financeiros previstos no orçamento para destinar a tal custeio. Porém, a Constituição da República prevê que o Estado deve fazê-lo. Assim, resta a questão: Se o Estado não possui recursos, mesmo assim deve garantir a todos esse direito? A resposta que se impõe é que o texto constitucional não pode ser descumprido sob a alegação invocada. Mas também não resta dúvida que a melhor forma do Estado se desincumbir dessa obrigação é criar, estruturar e desenvolver as políticas públicas, as quais visam a atingir contingente significativo da população carente, e que desta forma o direito a saúde poderia ser assegurado a todos os cidadãos.

Palavras-chave: direito à saúde, políticas públicas, recursos financeiros.

1. Acadêmica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, pietraschutz@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo os direitos sociais, mais especificamente do direito social à saúde, direito este previsto na Constituição da República com o status de direito fundamental, segundo o qual Estado deve garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas, a todas as pessoas que habitam o território nacional.

No âmbito do território brasileiro verifica-se que esse direito é pouco efetivado e é nesse contexto de omissão do Poder Público, da não efetividade do direito social à saúde e da sua não realização fática de forma universal a todos os cidadãos, que se torna relevante a discussão em torno do mínimo existencial e da reserva do possível, da atuação, bem como da responsabilidade do Poder Público na concretização desse direito social, bem como a questão da judicialização do direito à saúde.

A partir da constatação de que os direitos sociais têm custo, sua concretização pressupõe a existência de recursos financeiros por parte de quem os deva efetivar. Acerca disso, assume relevância a noção a teoria da reserva do possível que diz respeito às possibilidades e limites de se exigir da sociedade e do Estado prestações sociais, com vistas à satisfação de direitos fundamentais.

Diante dessa conjuntura, é importante responder a perguntas como: Por que o direito social à saúde, garantido a todas as pessoas, não é devidamente efetivado? O Estado poderia justificar a não implementação do direito à saúde, bem como dos demais direitos sociais, alegando ausência de recursos financeiros? Como os direitos fundamentais e as políticas públicas devem ser cumpridos pelo Estado, não havendo mais espaço para se recorrer à justificativa de insuficiência de recurso orçamentário público?

Para elaboração do presente artigo científico, que tem por objetivo analisar a análise do princípio da reserva do possível no âmbito da concretização dos direitos sociais no Brasil, especificamente o direito à saúde, foram utilizadas pesquisas teóricas a respeito do assunto, visando analisar toda a problemática e gerar uma discussão acerca do tema em comento, além da pesquisa bibliográfica, bem como da

utilização do método dedutivo.

Assim, o objetivo principal desse artigo científico é estudar a problemática da efetivação do direito social à saúde e promover uma análise sobre o que se entende por Reserva do Possível, bem como se o argumento de que o Estado não possui recursos financeiros suficientes para implementar o direito à saúde assume condições de sustentação válida, diante da sistemática constitucional brasileira.

O primeiro capítulo trata sobre os direitos sociais, bem como sua historicidade e sua evolução como direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira de 1988.

O segundo capítulo aborda especificamente o direito social à saúde, enfoque deste artigo, seus princípios e fundamentos constitucionais e a problemática da sua efetividade no Brasil.

Já o terceiro capítulo trata sobre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, princípio este que é frequentemente utilizado como argumento do Estado para justificar a ausência da efetividade plena do direito à saúde. A omissão do Poder Público resulta na alta judicialização, assunto que também foi abordado neste capítulo. Ainda, foi estudado a importância das políticas públicas como forma de solução do problema da eficácia do direito fundamental à saúde.

1. DO DIREITO SOCIAL

1. Breve Histórico

O processo histórico da evolução dos direitos humanos deve ser entendido como um processo advindo principalmente com o desenvolvimento da sociedade ao longo dos anos, marcado por lutas em defesas de novas liberdades contra velhos poderes instituídos. Deste modo, surge uma necessidade de limitação do poder do Estado, tendo como elemento norteador dessa limitação a igualdade de todas as pessoas perante a lei como princípio estruturante.

De acordo com o autor Comparato (2007, p.120), a ideia de igualdade surgiu entre os séculos VIII e II a.C. Para essa evolução, diversos doutrinadores contribuíram para que essa ideia fosse difundida e consolidada na sociedade. Os doutrinadores que mais se destacaram durante esse período histórico foram: Zaratustra (Pérsia), Buda (Índia), Confúcio (China), Pitágoras (Grécia) e o Dêutero-Isaías (Israel). Essa época foi considerada uma época fértil em pensamentos que possibilitaram o entendimento e a importância da pessoa humana, dotada de direitos tidos como universais.

Além disso, a humanidade, ao longo dos séculos, vivenciou um período de forte crescente capitalismo industrial, formação de grandes monopólios, bem como o surgimento de um Estado liberal, resultando em um cenário em que boa parte da população proletária era (é) bastante explorada e vivem sob condições desumanas. O descontentamento da classe operária diante dos excessos capitalistas e das precárias condições que refletiam sua realidade, é que houve uma maior conscientização dos direitos sociais, originando longas lutas e revoluções que levaram esses direitos a serem previstos e positivados efetivamente em textos constitucionais dos mais variados países.

Conforme preceitua ainda o autor Comparato (2007, p. 178):

Em virtude do reconhecimento e da garantia dos direitos sociais, a Constituição Mexicana foi a primeira “a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123).

Portanto, foi através da Constituição Mexicana de 1917 que foi criado o Estado da Democracia Social, complementando vários direitos civis e políticos com direitos econômicos e sociais, além da garantia de liberdades individuais, representando, desta forma, uma melhor defesa da dignidade humana e que antes eram ignorados no período da revolução industrial, pelo liberal-capitalismo.

Observa-se que ao longo dos anos a consciência da necessidade dos direitos sociais e garantia da dignidade da pessoa humana se ampliou de maneira significativa. Emergiu a ideia de que o Estado deve sempre estar buscando realizar os anseios das necessidades da população, a fim de minorar os problemas sociais e ainda, buscar a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização de uma igualdade social e justa.

Cumprir reiterar, ainda, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, caracteriza em um dos mais importantes documentos que tutelam os direitos humanos e direitos sociais. Foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos que várias constituições incluíram em seu contexto os direitos sociais.

No Brasil, a primeira Constituição a disciplinar os direitos sociais, inscrevendo-os num título sobre a ordem econômica e social, foi a de 1934, que foi enormemente influenciada pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, constituição esta responsável pela introdução de um novo espírito, de cunho social. Mas foi somente na Constituição Federal de 1988 que se estipulou com eficácia um extenso rol de direitos fundamentais de segunda geração.

1.2 Conceito e Classificação dos Direitos Sociais

Os Direitos sociais são definidos como direitos fundamentais e garantias básicas, relativos a todos os seres humanos da sociedade, de observância obrigatória em um Estado Social Democrático de Direito, e que possui a finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social. Esses direitos são assegurados no Brasil pela Constituição Federal da República de 1988. É nesse sentido que preceitua o autor Silva (2006, pp 286 e 287):

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direito que tendem a realizar a

igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

A atual Constituição Brasileira, de 1988, estabelece que é Direito Social o acesso à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social e a proteção à maternidade, à infância e aos desamparados. Estes direitos, portanto, são alicerces básicos da manutenção do estado de bem-estar social, que buscam promover inclusão e auxiliam na redução das desigualdades sociais.

É nesse sentido que o autor Cavalheri Filho (2009, p. 228) explana que a Administração Pública é a responsável pela manifestação desses direitos, através de um conjunto de políticas públicas, que visam à garantia aos indivíduos prestações materiais necessárias a uma existência digna.

Silva (1998, pp. 289 e 290) ensina que os direitos sociais podem ser classificados sob dois enfoques. O primeiro, como sendo 'direitos sociais do homem como produtor', e o segundo, como 'direitos sociais do homem como consumidor'. Na primeira classificação pode-se elencar a liberdade de instituição sindical, o direito de greve, o direito do trabalhador escolher as condições de seu trabalho, o direito de cooperar na gestão da empresa e o direito de obter emprego (CF, artigos 7º a 11).

Na segunda classificação podem ser citados o direito à saúde, à segurança social, ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura, bem como a garantia ao desenvolvimento da família, os quais estão previstos no título da ordem social da Carta Magna.

Em sentido análogo, mas com ligeiras alterações, a classificação de que se vale, presente o direito constitucional positivo brasileiro, de acordo com o autor acima mencionado (1998, p. 290), é esta: "a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direito social relativo à família, criança, adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente."

Por certo que não basta que esses direitos sociais estejam elencados ou previstos no texto constitucional. Os direitos sociais são considerados direitos fundamentais e exigíveis, pois abrangem a pessoa humana na perspectiva de que ela necessita de condições mínimas de subsistência, para se ter uma vida digna e justa. A sua efetivação plena na sociedade, bem como na vida cotidiana de cada cidadão é um dever inerente ao Estado.

1.2 Os direitos sociais como direitos fundamentais

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal destinam-se a estabelecer direitos, garantias e deveres aos cidadãos, na qual regulamentam toda a vida em sociedade. Conforme está disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição da República, os direitos fundamentais são de eficácia e aplicabilidade imediata.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de primeira, segunda e terceira geração; sendo os de primeira geração relativos aos direitos individuais, civis e políticos, os de segunda geração referentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, e, por fim, os direitos de terceira geração tratam-se dos direitos difusos e coletivos.

O autor Silva (2005, pp. 285 a 287) em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, afirma:

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, direito que se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.

Posto isso, a importância dos direitos fundamentais decorre da própria necessidade da vida inserida em um contexto social, e da busca pela igualdade desses direitos a todos os cidadãos. São direitos que visam as liberdades públicas que, por força do texto constitucional, cabe ao Estado o dever de proteger e resguardar os direitos básicos dos cidadãos.

Assim, o enfoque deste artigo trata sobre os direitos fundamentais de segunda geração, que são direitos sociais, econômicos e culturais, em especial o direito à saúde, que devem ser garantidos através da imposição da prestação de políticas públicas, que visem à proteção e à dignidade da pessoa humana de forma plena, com a satisfação das necessidades mínimas da pessoa, tais como os direitos ao trabalho, o amparo à doença, a seguridade social como forma de equilibrar as desigualdades presentes na sociedade brasileira.

Portanto, em obediência aos Direitos Fundamentais consagrados pela Magna Carta, o Estado tem o dever e a obrigação de propiciar aos cidadãos o pleno exercício dos seus Direitos Sociais, para que possam, desta forma, viver com dignidade, inclusive em se tratando de épocas de crise ou de dificuldades fáticas, ficando imposto a Administração Pública um dever de não regressividade em matéria desses direitos. Os direitos sociais são, assim, direitos exigíveis.

2. DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

2. Evolução histórica do Direito Social à Saúde no Brasil

O direito social à saúde surge a partir de um contexto social, político e econômico que teve como uma das finalidades corrigir os problemas, excessos e descaminhos do regime de ditadura militar ocorrido entre os anos de 1964 a 1985. A tutela da saúde pública foi inserida na Constituição de 1988 logo em seu Art. 1º, inciso III, que constitui como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

Em seguida, no art. 6º, a saúde é expressamente intitulada, ao lado de outros direitos, como um direito social. Adiante, no art. 196, a Constituição Federal torna claro que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, que deve criar mecanismos e políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde no âmbito social e individual.

É de notório saber que, na redação do texto constitucional de 1988, o Brasil recebeu grande influência da Declaração Universal de Direitos Humanos que, em 1948, estabeleceu diversos dispositivos referentes aos direitos fundamentais, em especial à saúde que, em seu artigo XXV, diz:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Anterior à Constituição de 1988, o direito à saúde era associado aos direitos trabalhistas, ou seja, aos trabalhadores que possuíam um vínculo formal de emprego, e que, portanto, detinham o benefício da previdência social.

Aqueles que não possuíam vínculo empregatício regular, ou os que também não tinham condições de arcar com os custos dos serviços particulares de saúde, como muitas empregadas domésticas, trabalhadores rurais e outros com baixa qualificação profissional, eram, muitas vezes, cuidados e tratados por entidades religiosas que se destinavam a prestar assistência médica a essas pessoas a título de caridade.

As santas casas foram, em muitos locais, durante décadas, a única opção de acolhimento e tratamento de saúde para quem não tinha dinheiro suficiente para arcar com o pagamento das despesas dos remédios e dos tratamentos.

De acordo com a Confederação das Santas Casas de Misericórdia, sobre seu financiamento, a CMB explica:

Desde sua origem, até o início das relações com os governos (especialmente na década de 1960), as Santas Casas foram criadas e mantidas pelas doações das comunidades, vivendo períodos áureos, em que construíram seus patrimônios, sendo boa parte destes tombados como patrimônio histórico.

Foi a partir desse cenário que surgiu o movimento sanitarista, o qual referia-se ao conjunto de ideias que se tinha em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde. Considerado "o eterno guru da Reforma Sanitária", Sergio Arouca (1998, p. 1) em artigo publicado pelo Instituto Oswaldo Cruz, costumava dizer que o movimento da reforma sanitária nasceu dentro da perspectiva da luta do povo brasileiro contra a ditadura vigente à época.

Está em curso uma reforma democrática não anunciada ou alardeada na área da saúde. A Reforma Sanitária brasileira nasceu na luta contra a ditadura, com o tema Saúde e Democracia, e estruturou-se nas universidades, no movimento sindical, em experiências regionais de organização de serviços. Esse movimento social consolidou-se na 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, na qual, pela primeira vez, mais de cinco mil representantes de todos os seguimentos da sociedade civil discutiram um novo modelo de

saúde para o Brasil. O resultado foi garantir na Constituição, por meio de emenda popular, que a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado.

Ainda com relação ao aspecto histórico do direito à saúde no Brasil, Werner (2008, pp 17 e 37) fala que o País delineou um projeto minucioso para dar efetividade a esse direito.

Foi um projeto em que teve forte atuação do movimento sanitarista e realizações das Conferências de Saúde, cujo início se deu na Era Vargas, em 1941, e se estenderam até o ano de 1986, com a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, quando, então, foi finalmente delineada uma proposta de estruturação do direito à saúde, a qual foi incorporada pela Assembleia Nacional Constituinte ao elaborar a Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 foi, portanto, o primeiro documento oficial do País a colocar o direito à saúde de forma definitiva em seu texto constitucional. Desta forma, ficou estabelecido que é dever do Estado garantir esse direito a todos os brasileiros e/ou residentes no Brasil, de forma universal e igualitária.

É nesse contexto que foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), regulado posteriormente pela Lei 8.080 de 1990. Esse sistema de saúde brasileiro é considerado um dos maiores e mais bem estruturados sistemas públicos de saúde do mundo, que abrange desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

Com a universalização da saúde pública, as massas da população pobre, anteriormente desassistidas, passaram a desfrutar de atendimento à saúde, de forma gratuita e pública, e isso gerou melhorias em todos os níveis da vida, como o aumento na expectativa de vida, nascimento com vida, tratamentos de enfermidades, dentre outras. O SUS é uma das grandes conquistas do Brasil, e precisa ser preservado.

2.1 Conceito, princípios e fundamentos constitucionais do direito à saúde

Atribuir uma definição que procure abarcar, em todas as suas acepções, um termo que envolve tanta subjetividade, certamente é uma tarefa inglória. Porém,

para tornar este trabalho menos complicado, é preciso ter em mente que as conjunturas social, econômica, política e cultural devem ser levadas em conta, uma vez que saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas.

Sua ideia e percepção dependem da época, do lugar e da classe social; dependem ainda de valores individuais, de concepções científicas, religiosas e filosóficas. O mesmo vale para as doenças, pois aquilo que é considerado e percebido como doença é algo extremamente variável.

Pelo fato de envolver diferentes dimensões e aspectos é que se torna bastante difícil conceituar o termo 'saúde'. Ao contrário da doença, que sempre esteve no centro da discussão, a saúde parece ter sido relegada a segundo plano por filósofos e cientistas. A visão da saúde entendida como ausência de doença é largamente difundida no senso comum, porém não está restrita apenas a esta dimensão do conhecimento.

Até meados do século XVIII, a doença era vista como um elemento constitutivo do ambiente, assim como qualquer outro elemento da natureza. À medida que todas as pesquisas estavam focadas na análise da doença, o conceito de saúde era negligenciado, ou, no melhor dos cenários, era algo secundário, pois em seu entendimento esteve sempre implícita a ideia da "não-doença".

Na discussão sobre o conceito de saúde, Batistella (2007, p. 175) segue para a análise do conceito de saúde formulado na histórica VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS), realizada em Brasília, no ano de 1986. Conhecido também como "conceito ampliado" de saúde, foi fruto de intensa mobilização política, que se estabeleceu na América Latina durante as décadas de 1970 e 1980, em resposta às ditaduras que dominavam boa parte dos países àquela época e à crise dos sistemas públicos de saúde.

O amadurecimento desse debate se deu em meio ao processo de redemocratização do país, na seara do movimento da Reforma Sanitária brasileira e representou uma conquista social sem precedentes ao transformar-se em texto constitucional no ano de 1988. Vejamos o que dizia seu enunciado:

Em sentido amplo, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. Sendo assim, é principalmente resultado das formas de organização social, de produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, p.4).

Um conceito de saúde que repercutiu enormemente no Brasil foi aquele elaborado por Rocha (1999, p. 43), ao fazer uma análise do contido na Constituição de 1988, que assim prolatou:

A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Conseqüentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

Fazendo um paralelo entre a Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos, Piovesan (2008, p.20) diz que é preciso destacar que a atual Constituição do País se constituiu num verdadeiro referencial jurídico da transição, de ditatorial para a democrática, assim como da estruturação dos direitos humanos no Brasil.

O texto da Carta Magna de 1988 se constituiu num verdadeiro símbolo da ruptura com o regime autoritário no qual o país estava mergulhado há mais de duas décadas, posto que esse texto estabelece direitos e garantias como autoridade e clareza ímpares. Diz o mencionado autor: “o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria na história constitucional do país”.

Ao discorrer sobre o direito à saúde na condição de um dos princípios fundamentais alocados na Constituição de 1988, Lima (2006, p.112-32) esclarece que o art. 1º inaugura o texto constitucional, dispondo, em seu inciso III, que a dignidade da pessoa humana passa a ser erigida como o fundamento do Estado Democrático de Direito, no Brasil.

Ou seja, o escopo maior da sociedade e da nação brasileira é a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, como estampado no inciso I do seu art. 3º. Vale também dizer que o País, no cotejo em suas relações internacionais e de acordo com os tratados, dos quais o Brasil é signatário, ficou expressamente assegurado que

no território nacional todos terão a garantia propiciada pela observância dos direitos humanos.

A Carta Magna, ainda, ao iniciar o título referente aos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, *caput*, assegura de forma contundente a inviolabilidade do direito à vida, o qual possui sua proteção reforçada, em virtude de ter sido elevada à condição de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV. Em virtude disso, pode-se dizer com segurança que, do direito à vida e da proteção à dignidade humana certamente decorrem, entre outros, o direito à saúde, previsto no capítulo da ordem social, mais especificamente no seu art. 196.

O valor da dignidade humana, elevado, de forma inédita, à condição de princípio fundamental da Constituição da República nos termos do art. 1º, inciso III, nos dizeres de Piovesan (2008, p. 20-33), constitui-se como “núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração”.

Ou seja, ele se constituiu em um elemento orientador e de critério de interpretação e compreensão do sistema constitucional insculpido no texto de 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais passaram, portanto, à condição de princípios constitucionais, e incorporaram os reclamos por justiça e por concretização de valores éticos. Por esse motivo, esses valores passam a deter uma força cogente, e ilumina todo o ordenamento jurídico pátrio, posto que, como dito em linhas pretéritas, serve como critério de interpretação de todas as normas do sistema legal nacional.

Também nesse sentido, Siqueira (2008) afirma no seu artigo “O direito fundamental à saúde: dos direitos humanos à constituição de 1988” que, para dar à saúde a conotação de direito fundamental, foi necessário que isso fosse inserto no bojo da Constituição Federal, uma vez que é dela que brotam e se estruturam as demais leis que regulam essa questão da saúde.

Em outros termos, é a Constituição o ponto de partida que serve de base para legiferar normas que se referem à saúde, “e é nela que tal direito repousa em seus mais profundos alicerces, e acima de tudo é por ela que todos os cidadãos podem, e devem exigir o cumprimento de seus preceitos”.

O direito à saúde é previsto no art. 6º da Constituição como um direito social, da mesma forma como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Em virtude da Constituição da República, de 1988, ter previsto e reconhecido o direito à saúde como direito fundamental, é pertinente dizer, inicialmente, que as normas que o asseguram possuem aplicação imediata, segundo aquilo que vem disposto no § 1º do art. 5º desse diploma legal. Essa garantia está assegurada pela interpretação sistemática do texto constitucional, posto que ela decorre da própria concepção de normatividade direta da Constituição.

Se alguma dúvida pudesse pairar sobre essa concepção de ordem normativa do texto constitucional acima mencionado, a mesma, por certo, iria ser dissipada quando se analisa o Título VIII da mencionada constituição, que tem por título – Da Ordem Social; no seu Capítulo II – Da Seguridade Social, Seção II – Da Saúde, encontra-se positivado o Art. 196, o qual assim estabelece:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se denota, a Seção II – Da Saúde - é aberta pelo citado art. 196, o qual se constitui no ponto central dos dispositivos que versam sobre o direito à saúde. É preciso enfatizar que esse artigo estabelece que o direito à saúde é garantido a todos, o que equivale a dizer que a toda pessoa residente no território brasileiro ele é assegurado.

No mesmo sentido pode-se dizer que, se é um direito de todo morador do território nacional, ele se constituiu num dever do Estado brasileiro, o que indica que ele é o responsável por assegurar as suas condições e sua efetivação. Não se pode olvidar o disposto no art. 199, que também assegura à iniciativa privada investir e prestar serviços de saúde mediante remuneração, posto que essa interpretação deve ser conjugada com os dispositivos da ordem econômica contidos também no texto constitucional.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Lima (2006, p.112-36) esse dispositivo serve de sustentação interpretativa no sentido de que a saúde também deve ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas, cujo escopo é visar à redução do risco de doenças, especialmente à uma faixa da população menos favorecida econômica e socialmente.

Isto é, possui uma finalidade que revela e demonstra a preocupação com a saúde preventiva e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. Por conseguinte, pode-se dizer que o objetivo último é a promoção, proteção e/ou recuperação da saúde para garantir a vida e a dignidade a todos, finalidades que estabelecem ainda de forma mais contundente a necessidade de ser a todos garantido o direito social em questão.

Pelo olhar de Ramos em sua publicação na Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná (2010, p. 53-92) afirma que a partir do art. 196 da Constituição da República, pode-se perceber que o direito à saúde possui duas faces: uma, a de preservação da saúde propriamente dita; a outra, a da proteção e recuperação da saúde.

Então, é correto dizer que o direito à preservação da saúde possui como contrapartida as políticas que almejam a redução do risco de morbidades, o que é pertinente dizer que nesse contexto se insere também o direito a um meio ambiente sadio, já que ele corresponde ou se equivale a uma prevenção genérica de doenças, que não se pode individualizar e que diz respeito a ações destinadas a toda à coletividade. Por sua vez, o direito à proteção e/ou recuperação da saúde se caracteriza por ser um direito individual, tanto à prevenção da doença como ao seu tratamento, e traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação da pessoa enferma.

Pode-se, então, concluir que não basta que esteja previsto no texto constitucional prever metas e estabelecer funções, se não for além. É preciso fazer com que tais previsões se tornem imposições e sejam efetivamente cumpridas. É por isso que foram estabelecidas normas de aplicabilidade e eficácia a estes dispositivos. Se não fosse assim, tais previsões constitucionais permaneceriam inertes e o texto da Carta Magna não passaria de 'letra morta', ineficaz, apenas como meras estipulações

ou previsões programáticas, mas que na verdade e na prática, de nada serviriam, e não surtiriam efeito algum no mundo fenomênico.

2.2 A saúde e a problemática da sua efetividade

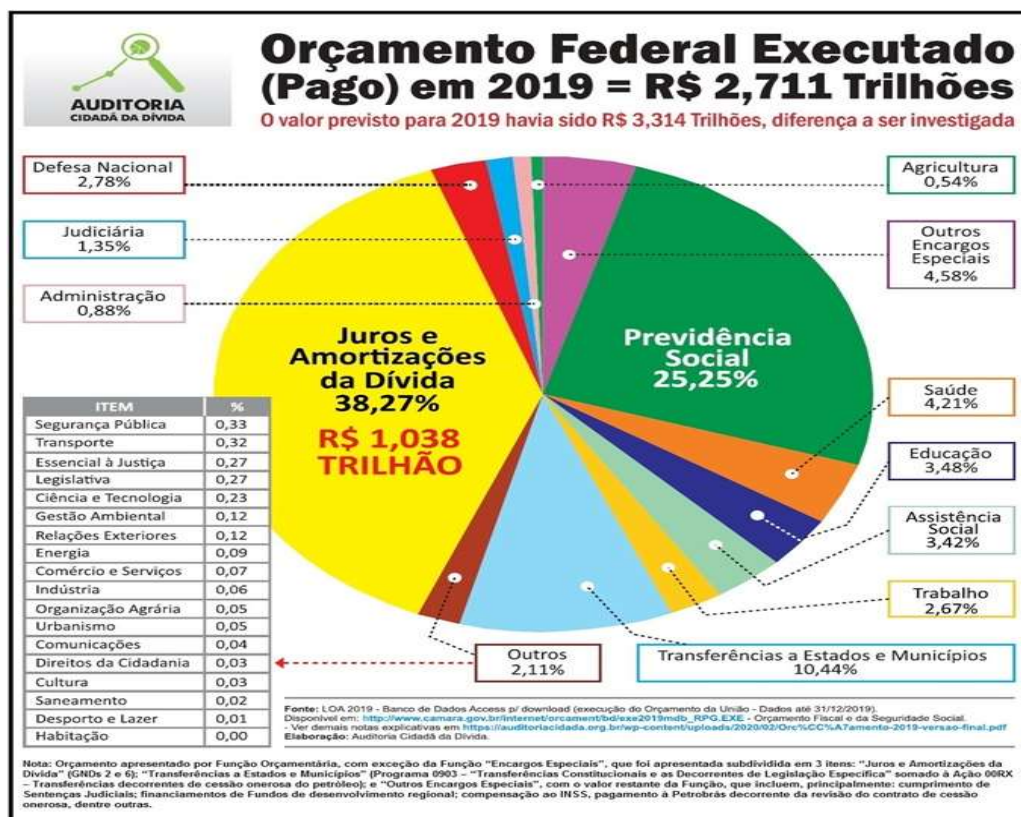
O sistema único de saúde (SUS), por meio do qual os brasileiros possuem acesso à saúde de forma universal e igualitária, luta com dificuldades muito grandes desde a sua criação. Esses problemas possuem natureza de duas ordens: primeira, é o subfinanciamento ou a falta de recursos destinados a custear os gastos, ou seja, os poucos recursos que o governo aplica na saúde para tratar de todos os brasileiros; a segunda, é o mau gerenciamento desses poucos recursos disponíveis.

A Administração Pública, em nosso País, tem uma característica burocrática, isso significa que, ela, via de regra, é exercida por pessoas que valorizam as formalidades e que muitas vezes emperra o andamento e a tomada de decisões. Ou seja, muitos projetos não são desenvolvidos em virtude do excesso de 'controles', o que acarreta dificuldades no bom andamento de atividades e projetos. Diante desse cenário, os recursos financeiros disponíveis que, como já salientado, são escassos, tornam-se ainda mal administrados e se perdem no desenrolar das atividades e com isso sua aplicação não chega nos 'vasos capilares do tecido social'.

Continuamente se observa que o Poder Público, mais especificamente a Administração Pública, procura se esquivar de suas obrigações legais de promover a melhoria de vida da população, obrigações essas dentre as quais pode-se destacar a prestação do serviço de saúde, alegando a insuficiência de recursos financeiros do Estado para custear a devida assistência médica-hospitalar.

No entanto, de acordo com o site da Auditoria Cidadã, percebe-se que os argumentos utilizados pela esfera pública são equivocados e não se sustentam perante uma análise mais criteriosa e detalhada, no que diz respeito à forma como os recursos do Produto Interno Bruto (PIB) são distribuídos, investidos ou gastos.

Basta analisar o gráfico abaixo para perceber a falácia desses argumentos:



O gráfico revela que uma grande parte dos recursos são destinados para pagar juros e amortizações da dívida pública, ou seja, mais de um terço de tudo que o Brasil arrecada é destinado a remunerar o capital que o Brasil toma emprestado para manter funcionando a "máquina pública".

Áreas essenciais na prestação de serviços à população, tais como à saúde, no ano de 2019, foi destinada um percentual de apenas 3,42% do orçamento; para a área da educação foi destinada 3,48% e, inacreditavelmente, às áreas da Ciência e Tecnologia, Saneamento e Habitação nem sequer chegaram a 1% do orçamento disponível. Esses percentuais se repetiram nos anos anteriores de forma muito semelhante a essa que o gráfico mostra.

Esses dados, por si sós, revelam a grande disparidade nos investimentos, assim como revelam as prioridades que o sistema adota. Em outras palavras, pode-se dizer que do orçamento do País, a maior fatia é destinada à remuneração dos rentistas, ou seja, para remunerar o próprio capital.

Em outros termos, pode-se dizer que boa parte do orçamento do PIB brasileiro é destinado, com prioridade, para as pessoas que possuem capital excedente, capital esse que é emprestado para o próprio Brasil, a fim de que ele se utilize desses valores e gire a máquina pública.

Por outro lado, ao se analisar a quantidade de valores investidos nas políticas públicas, nota-se com facilidade que os valores são muito menores. Disso se pode concluir que o argumento utilizado pela Administração Pública, no sentido de que faltam recursos para as políticas públicas não se sustenta. Recursos há, mas as prioridades adotadas pelo governo são no sentido de privilegiar a remuneração do capital dos rentistas ao invés de aplicar em políticas públicas em prol da grande maioria da população brasileira.

Dentro desse contexto, e da evidente crise pela qual este País, desde alguns anos está mergulhado, é fácil perceber que por detrás das opções que o Estado faz existem muitos interesses de pessoas poderosas (físicas e jurídicas) que são determinantes nas escolhas.

Essa crise econômica gera, para grande parte da população menos favorecida economicamente, efeitos sobre a saúde das pessoas, em virtude da preocupação com o desemprego, o endividamento, a falta de alimentação e de qualidade de vida que a mesma acarreta a essas pessoas. Nesse sentido, a pesquisadora do Ipea Vieira (2016), em nota técnica ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, nº 26 - com o tema Crise econômica, austeridade Fiscal e saúde: que lições podem ser aprendidas? - afirma:

Entre as consequências sociais mais amplas, verifica-se que a perda do emprego e o aumento do desemprego provocam perdas financeiras e o endividamento das famílias, levando ao empobrecimento, ao aumento dos divórcios e da violência. Essas condições, associadas à insegurança quanto à manutenção do emprego, ocasionam piora da saúde mental, com elevação da incidência e prevalência de ansiedade, depressão, estresse e abuso de álcool e outras drogas. Ainda como consequências para a situação de saúde, identificaram-se o aumento dos casos de suicídio e de doenças crônicas e infecciosas. Nesse contexto, a demanda por atendimento no sistema público de saúde aumenta, tanto pela piora das condições de saúde quanto pela diminuição da capacidade de pagamento diretamente do bolso e de planos privados de saúde pelas famílias. Esta situação se agrava como consequência da adoção de medidas de austeridade fiscal, baseadas na redução do gasto com políticas sociais. A manutenção e o reforço aos programas de proteção social durante as crises econômicas são importantes medidas para reduzir o risco de desfechos negativos sobre a saúde das populações e podem promover a saúde e o bem-estar. Em conclusão, as

crises econômicas e as medidas de austeridade fiscal, que reduzem o gasto com políticas sociais, pioram a situação de saúde da população.

Portanto, em uma conjuntura de crise, torna-se ainda mais necessário o aumento dos recursos à saúde, para compensar os efeitos nocivos do desemprego, endividamento e aumento da diminuição da qualidade de vida. No entanto, nesse contexto de crise, o qual vem acompanhado de uma política governamental restritiva nos gastos públicos destinados às políticas de melhorias sociais, são justificados pelo governo como se fossem a solução para o problema, mas na verdade acabam aumentando e aprofundando a situação de miséria desse contingente da população.

Como se percebe pela análise dos dados acima expostos, recursos financeiros é algo que o Brasil possui. A questão que se coloca é a distribuição dos mesmos, da riqueza e da renda, já que o Sistema da Dívida pública e a maneira como as prioridades são eleitas, absorve, anualmente, quase a metade dos recursos do orçamento federal, afetando também os orçamentos estaduais e municipais.

Do acima exposto, pode-se concluir com grande margem de segurança que o problema que se apresenta frente à saúde pública é a falta de uma gestão eficiente e de uma fiscalização ativa e comprometida. A ausência dessas realidades causa um impacto do mau uso das poucas verbas disponibilizadas e repercute no sucateamento da infraestrutura da saúde pública. A realidade revela uma face negligenciada da Administração Pública que, sem a adoção de medidas efetivas, continuará afetando milhões de brasileiros que dependem exclusivamente da rede pública para garantir esse direito.

Esses fatos constatados é causa de um considerável aumento das demandas judiciais na área da saúde, uma vez que muitas pessoas acabam procurando o Poder Judiciário para que se exija da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações previstas legalmente.

3. O DEVER DO ESTADO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

3. O mínimo existencial e a reserva do possível

'Reserva do Possível' é uma expressão que surge em 1972 com o julgamento de um caso emblemático pela corte constitucional alemã. Trata-se de uma decisão conhecida como *numerus clausus*, na qual um grupo de candidatos a vagas nas faculdades públicas de Medicina não lograram êxito para ingressar nas Universidades, devido às limitações do número de vagas para a admissão ao curso. Ocorre que a Constituição Alemã não garante expressamente o direito à educação superior.

O grupo de jovens então ingressou com uma ação judicial alegando que se não tivessem garantido o acesso à universidade, não poderiam escolher livremente suas profissões. Esse sim, é um direito consagrado pela Constituição Alemã.

O tribunal, em sua decisão, reconheceu que o acesso à Universidade realmente era importante e desejável para o fiel exercício da escolha profissional. No entanto, afirmou que seria inviável exigir que o Estado fornecesse a todos esse acesso, por uma questão conhecida como 'reserva do possível', argumentando que o Estado não conseguiria atender todas as demandas sociais, devendo se concentrar naquelas que seriam razoavelmente possíveis.

Nas palavras de Sarlet (2003, p. 265), o Tribunal Alemão entendeu que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável

Desse modo, o Tribunal Constitucional Alemão passou a entender que existia uma contenção fática, afeita à 'reserva do possível', no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral.

Ou seja, o deferimento dos pedidos dos autores daquela ação poderia colocar empecilhos e causar grandes dificuldades à Administração Pública, pois poderia conceder pretensão acima de um patamar considerado logicamente razoável de exigências sociais, motivo pelo qual o mencionado Tribunal decidiu, neste caso específico, que a Administração Pública não estaria obrigada a custear um número ilimitado de vagas na Universidade para acolher todos os interessados em cursar nível

superior de ensino. Esse caso teve muita repercussão pelo mundo, e serviu de paradigma para decisões de outros tribunais.

No Brasil, a posição da doutrina e da jurisprudência que trata da reserva do possível é mais restritiva do que a adotada por seus defensores em seu país de origem (Alemanha), pois no País se avalia a disponibilidade de recursos materiais e humanos antes de serem garantidos e deferidos os direitos sociais, assim como é analisada a disponibilidade orçamentária para o direito específico pleiteado.

Portanto, a tendência das posições doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil é de que só se podem deferir direitos na medida do possível, pois se for verificado que dentro do orçamento estabelecido o Estado não possui recursos previstos, a tendência é o indeferimento para não comprometer a organização dos prévios serviços sociais previstos pela Administração Pública. Ao limitar os direitos sociais aos cidadãos brasileiros, se incorre, fatalmente, em uma diminuição dos mesmos, o que na prática acarreta um claro e evidente retrocesso.

É diante desse embate que surge a reflexão acerca de até onde a reserva do possível alcançaria a tutela estatal de direitos, qual seria então o mínimo existencial que deveria ser assegurado para cada pessoa pelo Estado, sem ferir o disposto no texto constitucional.

O conceito do mínimo existencial caracteriza-se como um conjunto básico de direitos fundamentais necessários à manutenção da vida com dignidade e que o Estado deve obrigatoriamente fornecer sem poder se escusar de sua obrigação.

Nos dizeres de Sarlet e Figueiredo (2007, p.9), a garantia do mínimo existencial, segundo o qual o Estado se obriga a prestações que garantam condições materiais mínimas para uma vida digna a todos os seus cidadãos, está embasada em três elementos, a saber: o primeiro, baseia-se no princípio da dignidade humana, sem o qual não estaria garantida se quer a proteção das liberdades individuais, e é preciso que também seja garantida “por um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade humana ficaria sacrificada”; segundo, se constitui no direito à vida e à integridade física, princípio este que não é somente a vedação de sua violação, mas supõe uma atitude ativa na sua

proteção e; terceiro, o direito geral de liberdade, já que a condição de pessoa livre e autônoma não dispensa a certeza da garantia de condições mínimas de existência.

Diante disso, surge uma problematização. Quais são os direitos básicos para se viver dignamente? O que é o mínimo necessário para uma pessoa subsistir? Acerca dessas reflexões observa-se que não existe nenhum parâmetro claro e objetivo para dizer o que é que se deve entender por 'digno para se viver'. Não há uma unificação jurisprudencial ou doutrinária acerca disso. Contudo, deve-se procurar esses direitos básicos na Constituição, que está previsto no artigo 6º, que diz:

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

Como visto, o direito à saúde é considerado um direito básico pelo legislador constituinte, e por conseguinte, o Estado tem a obrigação de cuidar da saúde dos cidadãos. Ocorre que o Brasil importou a ideia da teoria da reserva do possível, da Alemanha, de uma forma distorcida, alegando que o Estado possui uma insuficiência financeira orçamentária frente às demandas dos indivíduos que requerem prestações do Estado, e tem-se utilizado dela nas ações em que há a demanda de fornecer determinada prestação material, como medicamentos, cirurgias e afins, como forma de se desobrigar do seu dever de viabilizar o acesso à saúde a todos, este considerado um direito fundamental.

É o que relata o autor Krell (2002, pp.108 e 109) que faz uma dura crítica referente à utilização da teoria da reserva do possível no Brasil:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados de rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar a subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

Esse argumento apresentado pelo Estado é visto por muitos doutrinadores como um fator de restrição, conforme aduz o autor Souza (2009, p.4000), a reserva do possível é um tema ainda mais polêmico do que o do mínimo existencial, e que tem sido alegada indiscriminadamente pelo Estado como forma de escusa para se efetivar o direito à saúde plenamente.

No mesmo sentido apontado acima, o autor Farena (1997, pp. 13 e 14) salienta o perigo de se colocar a falta de recursos financeiros para a efetivação dos direitos sociais como pressuposto básico, o que pode representar um retrocesso social que elimina as pretensões contidas em nossa Constituição:

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais.

Assim, o conceito que se deve aplicar às teorias do mínimo existencial e da reserva do possível devem sempre ter como parâmetros a razoabilidade e a proporcionalidade, especialmente quando elas dizem respeito à realidade do Brasil, em virtude dele ser um país cuja modernidade ainda está por ser atingida e, por conta disso, possui uma condição política, econômica e social muito distinta da Alemanha.

A aplicação do mínimo existencial e da reserva do possível não pode limitar aquelas conquistas que, mediante os atendimentos que o SUS, garante de forma universal, de um mínimo sanitário represado por restrições do orçamento da Administração Pública.

A não efetivação do direito à saúde, em todos os seus níveis, consistiria numa violação aos fundamentos e princípios desse direito garantido na Constituição da República a todos. Dessa forma, é necessário que se pense e se estructure alternativas coerentes com a efetivação do direito à saúde no Brasil, para que não seja endossado nenhum projeto que represente retrocessos sociais, que teria objetivos de restringir a atuação, ou extinguir o SUS do texto Constitucional.

3.1 A judicialização da saúde brasileira

A judicialização da saúde se dá por meio de ações judiciais que as pessoas ingressam no judiciário para pleitear algum tipo de serviço de saúde. Na judicialização existe as demandas públicas e privadas. Na esfera pública as ações são contra o Estado e na esfera privada as ações são contra os planos de saúde. Ambas são fundamentadas no direito à saúde que está previsto na constituição em seu artigo 196,

mas, para o presente estudo, somente será abordada a primeira, ou seja, aquelas contra o Estado.

Grande parte das causas da judicialização da saúde consiste na demanda da falta de medicamentos, tratamentos e serviços que o sistema público deveria fornecer aos cidadãos, e que pelos motivos de uma má gestão, ausências de políticas de saúde pública, falta de prioridade e desvio de dinheiro e recursos, dificulta o acesso à saúde.

O artigo 5º da Constituição Federal define que todas as pessoas que se sentirem prejudicadas de alguma maneira, podem levar a discussão ao Poder Judiciário.

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 ao excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (grifou-se)

Portanto, a Constituição da República encarrega o Estado de prestar serviços de saúde, de qualidade, a todas as pessoas residentes no território nacional, já que esse direito consiste em uma das cláusulas pétreas contidas no bojo do texto constitucional. Assim, em tese, esse direito é garantido a todos, independente da situação em concreto.

A judicialização da saúde resulta em duas questões que merecem reflexão. A primeira diz respeito à estrutura governamental prevista na própria Constituição da República. Ou seja, a Carta Magna prevê a divisão e independência dos Poderes, de sorte que eles devem existir em harmonia, cada qual exercendo as suas atividades típicas e próprias. Ora, no texto constitucional, a administração cabe ao Poder Executivo, e não ao Poder Judiciário.

Então, a questão que paira no ar é: a intervenção judicial, ao determinar que o Poder Executivo preste a assistência à saúde ao jurisdicionado, dispendendo recursos dos cofres públicos destinados a outras finalidades administrativas, encontra respaldo no texto constitucional? Ou essa tomada de decisão judicial estaria ferindo a independência e harmonia dos Poderes?

A segunda questão diz respeito à judicialização, mediante a qual é transferido ao juiz o poder de deliberar sobre as políticas públicas de saúde, e essas deliberações, via de regra, têm sido do ponto de vista individual, ou seja, concedendo direitos apenas para pessoas que pleitearam sua demanda no judiciário. E, partindo

desse pressuposto, é do senso comum que muitos juízes não possuem conhecimento médico necessário para embasar suas decisões dos pedidos vinculados a área médica.

Além do mais, há de se questionar, quais são as condições socioeconômicas das pessoas que ingressam com essas ações para requererem e angariarem seu direito? É possível admitir que muitas pessoas que se valem do Poder Judiciário para garantir o seu direito à saúde, têm condições financeiras de arcar por conta própria com as despesas provenientes dessa necessidade. E aquelas que não possuem uma situação financeira suficientemente estável, dificilmente ingressam em juízo para pleitear o seu direito.

Em virtude de todo o exposto acima, é possível afirmar que na prática a judicialização pode acabar ferindo o princípio da equidade, princípio este que significa que todos os cidadãos brasileiros, independente de sexo, religião, idade ou situação socioeconômica, têm direito à mesma assistência à saúde e que ainda, devido às diferenças sociais e disparidades regionais, os recursos para a saúde deverão ser distribuídos no sentido de favorecer àqueles que mais necessitam de atenção e cuidados

Conforme afirmam os autores Almeida, Chioro e Zioni (2001, p. 37), o princípio da equidade deve ser compreendido sobre o prisma de que:

[...] todo cidadão é igual perante o Sistema Único de Saúde e será atendido conforme as suas necessidades. Os serviços de saúde devem considerar que em cada população existem grupos que vivem de forma diferente, ou seja, cada grupo ou classe social ou região tem seus problemas específicos, tem diferenças no modo de viver, de adoecer e de ter oportunidades de satisfazer suas necessidades de vida. Assim os serviços de saúde devem saber quais são as diferenças dos grupos da população e trabalhar para cada necessidade, oferecendo mais a quem mais precisa, diminuindo as desigualdades existentes. O SUS não pode oferecer o mesmo atendimento a todas as pessoas, da mesma maneira, em todos os lugares. Se isto ocorrer, algumas pessoas vão ter o que não necessitam e outras não serão atendidas naquilo que necessitam. O SUS deve tratar desigualmente os desiguais.

Esposado no argumento do texto acima, é visto que esta realidade gera uma ideia de má judicialização, pois resulta em dar para poucos aquilo que é negado para a grande maioria. Ou seja, quando o Poder Judiciário toma decisão em casos a ele submetidos, é ele quem decide aonde aplicar essas políticas públicas e para quem, ao invés de isso ser feito pelo Poder Público de modo impessoal e harmônico para atender a todos que precisam.

Em artigo publicado por Barroso (2007, p. 4), com o tema “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, o autor compartilha do mesmo entendimento:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Portanto, pode-se concluir que a judicialização da saúde não resolve o problema da sociedade como um todo e não deve ser considerada como estratégia legítima para garantir o acesso à saúde a toda a população, já que o crescimento desenfreado dessas demandas judiciais podem trazer graves consequências para o equilíbrio orçamentário do país.

Ao Poder Judiciário incumbe verificar, em última instância e no caso concreto, de que forma o direito à saúde do demandante deve ser efetivado pelo Estado. Nesse sentido, o ideal é buscar um sistema público de saúde de qualidade, bem como implementar, investir e efetivar políticas públicas sociais destinadas à saúde, a fim de que, no futuro, a judicialização da saúde não seja mais necessária.

3.2 A importância das Políticas Públicas para Efetivação do Direito Social à Saúde

Diante do exposto, vê-se que o principal problema em relação ao direito social à saúde é a sua efetividade. Em um país extenso como o Brasil, bem como as complexidades e os desafios sociais que possui, saber o significado e a importância das políticas públicas é algo essencial. Afinal de contas, elas estão diretamente relacionadas com o planejamento do setor público e a qualidade desse planejamento e sua efetivação está relacionada com a qualidade de vida da população.

Políticas públicas são ações e programas que são adotados por entes públicos (federal, estadual e municipal) a fim de garantir os direitos, principalmente aqueles previstos na Constituição da República, objetivando garantir o bem estar e

uma vida digna a população, ou seja, possuem o propósito de efetivar os direitos fundamentais inerentes a todos os cidadãos.

As políticas públicas afetam a todos as pessoas, independente do grau de escolaridade, sexo, raça, religião ou nível social, e também abrangem todas as áreas como educação, saúde, segurança, mobilidade, meio ambiente, habitação, dentre outras.

A garantia do direito à saúde, enfoque deste artigo, conforme o artigo 2º, §1º, da Lei 8.080/1990, se concretiza a partir de políticas sociais e econômicas, executadas pelo Estado, visando à diminuição do risco de doenças através do acesso universal à saúde, por meio de serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Sistema Único de Saúde (SUS), determinado pela Lei nº 8.080/90, é um modo de política pública de saúde que contém um rol de finalidades e garantias que são próprias à concretização da saúde, assegurando de tal modo à atenção do direito basilar de proteção à saúde.

A importância das políticas públicas, no cenário brasileiro, ganha maior relevo quando se analisa a situação socioeconômica de um contingente enorme de pessoas que residem no território nacional. Esta situação de extrema miséria para esse contingente de pessoas tem a sua origem na experiência colonial e escravista, que legou ao país toda uma gama de iniquidades e que parte significativa da população vem suportando de geração em geração, o que traz uma diminuição significativa à possibilidade de exercício de cidadania plena.

Ademais, não se pode ignorar o agravamento do quadro social que nas últimas décadas ocorreu no Brasil, como a ocorrência de fatores excludentes – gerados pelo capitalismo – como por exemplo o desemprego, o aumento da pobreza e das desigualdades sociais, assim como um crescente contraste social entre uma camada diminuta da população, que possui condições financeiras altamente favoráveis e esta massa de pessoas que vivem na pobreza ou abaixo do nível da pobreza.

Essa situação acima mencionada, ou seja, o ciclo de pobreza, não apresenta sinais de abrandamento, e, inclusive, os dados estatísticos demonstram que o abismo entre pobres e ricos voltou a aumentar, o que equivale a dizer que no Brasil vai se perpetuando junto àquelas famílias cujo acesso aos serviços públicos é deficitário. Muitas dessas famílias residem nas periferias das cidades, grandes e

pequenas, muitas delas chefiadas por mulheres, com filhos pequenos e em completa desestruturação habitacional.

Além disso, o ambiente físico no qual elas estão inseridas é desprovido, via de regra, das mais elementares estruturas de saneamento básico, associado a carência de alimentação, o que acarreta um aumento considerável dos problemas de saúde. As causas podem ainda ser agravadas quando o nível educacional e de informação dessas pessoas é diminuto.

Nesse ambiente de carência, muitas meninas jovens engravidam cedo, abandonam a escola e acabam tendo um nível de formação profissional deficitário, o que, por consequência, acarreta uma diminuição de chances de colocação no mercado de trabalho. *Ispo facto*, a renda dessas pessoas mantém-se aquém do necessário para manter-se a si e aos seus dentro de um padrão de razoabilidade, ou seja, capaz de garantir um mínimo existencial e a dignidade. É fácil perceber que nesse ambiente as crianças ficam desassistidas, não recebem os cuidados que uma infância saudável requer e exige, perpetuando assim, o ciclo de pobreza na qual elas estão inseridas.

Diante desse cenário, as políticas públicas, mais especificamente a de saúde, ganham relevo e importância por atingirem um âmbito coletivo, como meio primordial de legitimação do ente estatal em face dos seus cidadãos, e se torna um dos principais veículos de garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição da República.

Posto isso, é inegável dizer que as políticas públicas são necessárias para que se tenha um sistema eficiente e democrático de proteção social, o que consequentemente possibilita mudanças sociais, como a redução de desigualdades e de sofrimento social, permitindo, desta forma, que as pessoas tenham condições de modelar suas próprias vidas, especialmente no que tange ao direito à saúde, que está diretamente ligado ao próprio direito à vida.

CONCLUSÃO

O direito à saúde é uma garantia que se encontra umbilicalmente ligada ao direito à vida, sendo, portanto, um dos aspectos mais importantes previstos na Magna Carta. Sua inclusão como direito fundamental na Constituição de 1988 somente foi

possível após um longo processo de lutas da sociedade civil organizada que clamava por garantia de vida digna e justa para todos.

A partir dessa conquista, ficou sedimentada a ideia de que a saúde é um bem fundamental e exigível, devendo, portanto, o Poder Público fornecer meios e condições para que esse direito seja efetivado plenamente a todos os cidadãos.

Ocorre que a realidade da sociedade brasileira revela o caos que o sistema público de saúde vivencia em função da grande parte da população viver em condições de extrema pobreza, e em virtude disso, não detém recursos para custeá-lo por conta própria.

As políticas públicas, que são mecanismos que devem serem implementados pela Administração Pública, exatamente com o objetivo de propiciar a todas as pessoas que residem no Brasil o acesso a esse direito, não são efetivadas de forma satisfatória. Essa ausência de políticas públicas adequadas tem como fatores a ausência ou pelo menos a parcimônia de recursos dos cofres públicos a elas destinadas, de tal sorte que a sua implementação sempre fica aquém do necessário para atender a toda a população. Aliada a essa carência, o Estado se esconde por detrás do argumento da 'reserva do possível' para continuar a manter-se inerte quanto a assegurar a todos esse direito.

A ideia que subjaz à 'Reserva do Possível' é o fato de que o Estado, muitas vezes não possui recursos financeiros suficientes para fazer frente a todas as demandas sociais. Então, a questão que se coloca é se o Estado, mesmo assim, continua a ter ou não o dever de implementar e concretizar os benefícios para determinados cidadãos, direitos que lhe são assegurados no texto constitucional, na condição de direitos fundamentais. Este argumento da 'Reserva do Possível' tem servido reiteradas vezes de substrato jurídico para o Estado se isentar da implementação desses direitos. E aí a questão que foi discutida neste artigo, apontou no sentido de que o Estado não pode se servir de tal argumento para negar a efetivação do direito fundamental à saúde sem ferir o texto constitucional.

Como arremate final, o estudo deixou muito claro que o argumento da reserva do possível também não pode servir, no Brasil, de sustentação jurídica para ilidir a responsabilidade estatal na implementação e concretização do direito analisado, porque ficou demonstrado que os recursos de que o Estado dispõe são bastante substanciais. O que de fato inexistente é uma opção mais concreta pela

destinação de recursos, assim como uma melhor gestão dos valores destinados a essas políticas públicas.

Finalmente, pode-se concluir com bastante razoabilidade que é possível assegurar a todas as pessoas que residem no Brasil o direito à saúde se forem implementadas as realidades já previstas no próprio texto constitucional, assim como também na legislação, que na hierarquia está abaixo dela, quais sejam as políticas de Estado relativas aos direitos fundamentais, mormente à saúde pública. De fato, somente com a implementação dessas medidas o Estado conseguirá atingir aquela camada carente da população, que indis põe de condições de arcar com os custos do gozo de tais direitos.

Em resumo, sem políticas públicas adequadas, o direito à saúde não se efetivará como garantia fundamental, nos termos em que foi pensado e positivado na Carta Magna de 1988.

ABSTRACT

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

The purpose of this scientific article is to study whether the arguments used by the State of what is known as the principle of reserve for contingencies, is a sufficient argument to support the failure to guarantee the right to health due by the Constitution of the Republic. Because the right to health is a constitutional right assured to all people residing in Brazil. As a large part of the Brazilian population does not have its own resources to ensure such a right, the constitutional text provides that in such cases it is the duty of the State to do so. On the other hand, the State does not comply with this obligation on the pallium of the principle of the reserve for contingencies, arguing that there are not financial resources foreseen in the budget to allocate this cost. However, the Constitution of the Republic provides that the State must do so. So, the question remains: If the State has no resources, should it still guarantee this right to everyone? The necessary answer is that the constitutional text cannot be breached under the allegation invoked. But there is also no doubt that the best way for the State to discharge this obligation is to create, structure and develop public policies, which aim to reach a significant contingent of the needy population, and that in this way the right to health could be guaranteed to all citizens.

Keywords: Right to Health, Public Policies, Financial Resources.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de; CHIORO, Arthur; ZIONI, Fabiola. *Políticas públicas e organização do sistema de saúde: antecedentes, reforma sanitária e o SUS*. In: WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de (Org.). *Gestão de serviços de saúde: descentralização, municipalização do SUS*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

AUDITORIA CIDADÃ – Disponível em: <https://auditoriacidadada.org.br/> - Acesso em: 30/09/2020

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> - Acesso em 02/10/2020

BATISTELLA, Carlos. *Abordagens contemporâneas do conceito de saúde*. Disponível em: [http://dihs.ensp.fiocruz.br/documentos_dihsadmin/Batistella, Carlos -
_Abordagens_Contempor%C3%A2neas_do_Conceito_de_Sa%C3%BAde.pdf](http://dihs.ensp.fiocruz.br/documentos_dihsadmin/Batistella,_Carlos_-_Abordagens_Contempor%C3%A2neas_do_Conceito_de_Sa%C3%BAde.pdf). Acesso em: 15/09/2020

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

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 01/10/2020

CARIDADE, *Filantropia e saúde: o papel das santas casas de misericórdia*. Disponível em: <https://www.politize.com.br/direito-a-saude-historia-da-saude-publica-no-brasil/>. Acesso em: 29/09/2020

CAVALHERI, Filho Sergio. *Programa de responsabilidade civil* – 8 ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

FARENA, Duciran Van Marsen. *A saúde na Constituição Federal*. In: *Boletim do Instituto de Advocacia Pública*, n. 4, 1997.

FONSECA, Angélica Ferrerira; CORBO, Anamaria D'Andrea (Orgs.). *O território e o processo saúde-doença*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Direito à saúde e critérios de aplicação*. *Direito Público*, n.2, p. 112-32, 2006

NOTA TÉCNICA DO IPEA Nº 26, DE AGOSTO DE 2016: *Crise econômica, austeridade Fiscal e saúde: que lições podem ser aprendidas?* Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160822_nt_26_disoc.pdf.

Acesso em: 02/10/2020

PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva / Moacyr Scliar - *História do Conceito de Saúde*. - Rio de Janeiro, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos*. EOS Revista Jurídica da Faculdade de Direito, ano 2, v.2, n.1, 2008.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *O direito fundamental à saúde na perspectiva da constituição federal: uma análise comparada*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010

REFORMA SANITARISTA – Disponível em: <https://bvсарouca.icict.fiocruz.br/sanitarista05.html>. Acesso em: 02/10/2020

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito de saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Ltr 1999.

SARLET Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. 2007 - <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73> - Acesso em: 22/09/2020

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *O direito fundamental à saúde: dos direitos humanos à constituição de 1988*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2970> Acesso em: 20/09/2020

SOUZA, Luciane. *Reserva do Possível x Mínimo Existencial: O Controle de Constitucionalidade em Matéria Financeira e Orçamentária como Instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf. Acesso em: 02/10/2020

UNICEF BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 30/09/2020.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. *Concretização dos direitos fundamentais sociais e a interpretação da constituição: o direito à saúde – extensão e limites*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

RESOLUÇÃO n° 038/2020 – CEPE**ANEXO I**

APÊNDICE ao TCC


Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante **Pietra Ayres Schutz**, do Curso de **Direito**, matrícula 2015.0001.1115-5, telefone:62 99998-8836, e-mail pietraschutz@hotmail.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 **A falta de recursos financeiros do Estado é justificativa para a não implementação do Direito Social à Saúde?** 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, 25 de novembro de 2020.

Assinatura do autor: 

Nome completo do autor: Pietra Ayres Schutz

Assinatura do professor-orientador: 

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