



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA**

**A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: A DESIGUALDADE DE ACESSO À SAÚDE NO BRASIL**

ORIENTANDA: LARYSSA RODRIGUES REIS

ORIENTADORA: Prof.^a Ma. CARMEN DA SILVA MARTINS

GOIÂNIA

2022

LARYSSA RODRIGUES REIS

**A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: A DESIGUALDADE DE ACESSO À SAÚDE NO BRASIL**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GOIÁS).

Prof.^a Orientadora – Ma. Carmen da Silva Martins

GOIÂNIA

2022

LARYSSA RODRIGUES REIS

**A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: A DESIGUALDADE DE ACESSO À SAÚDE NO BRASIL**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Ma. Carmen da Silva Martins

Nota: _____

Examinadora Convidada: Prof.^a Dra. Caroline Regina dos Santos Nota: _____

A Deus, o autor e consumidor da minha fé.
Sem Ele, nada seria possível.
Aos meus familiares, amigos e namorado,
que tanto sonharam comigo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por guiar e iluminar os meus passos durante toda essa trajetória. Sem Ele, nada seria possível. Agradeço pela vida, pela saúde, por sua graça, pela capacidade e pelas oportunidades de lutar pelos meus sonhos.

Aos meus pais, Lilian Mônica e Gleyverson, que sem medir esforços, lutaram para que esse sonho se tornasse realidade.

Aos meus avós, Marlene e Benedito, agradeço por todo incentivo, preocupação e cuidado.

Em especial ao meu avô Benedito, *in memoriam*, agradeço por todo sacrifício, por todo apoio e incentivo. Obrigada por sonhar comigo e acreditar em mim, mesmo infelizmente não estando em nosso meio, dedico essa conquista de todo meu coração.

Aos meus irmãos, João Pedro e Thiago, que tanto amo.

Aos meus tios e primos, que fazem parte da minha história.

Ao meu namorado, Emanuel, agradeço por compartilhar as dificuldades dessa caminhada, tornando-as mais fáceis.

A minha orientadora, prof.^a Carmem Martins, agradeço toda paciência e dedicação.

A minha examinadora convidada, prof.^a Caroline Santos, que, com toda dedicação que exerce sua profissão, me inspirou na escolha do tema trabalhado.

Por fim, a todos que de alguma maneira, mesmo que distantes, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

A saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, que deve ser assegurado pelo Estado de forma livre, justa, igualitária e universal. Quando o direito à saúde não é efetivado, ou se apresenta de forma omissa, surge o fenômeno denominado judicialização da saúde, que pode ser conceituado como a intervenção do Poder Judiciário nas demandas relativas à prestação da saúde pelo Estado. O texto apresenta um panorama da desigualdade de acesso à saúde no Brasil, em que são identificadas as possíveis causas, como omissão do Estado ou ausência de recursos. Por meio de pesquisas bibliográficas, discute os impactos da excessiva judicialização e ao final, apresenta medidas capazes de reduzir a judicialização da saúde e seus efeitos negativos, a fim de assegurar a efetivação do direito à saúde de forma digna.

Palavras-chave: Judicialização. Saúde. SUS. Desigualdade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Health is a fundamental right provided for in the Federal Constitution of 1988, which must be guaranteed by the State in a free, fair, equal and universal way. When the right to health is not implemented, or is presented in an omitted way, the phenomenon called judicialization of health arises, which can be conceptualized as the intervention of the Judiciary in the demands related to the provision of health by the State. The text presents an overview of the inequality of access to health in Brazil, in which the possible causes are identified, such as omission by the State or lack of resources. Through bibliographic research, it discusses the impacts of excessive judicialization and, in the end, presents measures capable of reducing the judicialization of health and its negative effects, in order to ensure the realization of the right to health in a dignified way.

Keywords: Judicialization. Health. SUS. Inequality. Dignity of human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1. A ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988..	11
1.2. DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS.....	15
1.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS X DIREITOS HUMANOS.....	17
1.4. DIREITO À SAÚDE.....	18
1.5. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	19
2. DESIGUALDADES SOCIAIS NO BRASIL – DESIGUALDADE NO ACESSO AO DIREITO DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	22
2.1. O DÉFICIT DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	22
2.2. A DESIGUALDADE DE ACESSO À SAÚDE NO BRASIL.....	25
2.2.1. Escassez ou má distribuição dos recursos sociais no Brasil.....	27
2.3. A PANDEMIA DO COVID-19 COMO FATOR AGRAVANTE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	30
2.3.1. Emenda Constitucional n.º 29.....	32
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
3.1. JUDICIALIZAÇÃO: DEFINIÇÃO E ASPECTOS GERAIS.....	35
3.2. OS IMPACTOS DA EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	37
3.3. COMO REDUZIR O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO SANITÁRIA.....	40
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

A pesquisa se justifica no atual cenário social, político e econômico brasileiro, considerando que esses setores se inserem na esfera pública gerando impacto na sociedade como um todo.

O tema Judicialização como meio de efetivação dos direitos fundamentais: Da desigualdade de acesso à saúde no Brasil é bastante atual, ante o dilema da existência da crise sanitária brasileira, bem como a caracterização da sociedade como repleta de desigualdades.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é considerada um avanço na história dos direitos e garantias, ao inaugurar um extenso rol de direitos fundamentais, sendo por tal razão, também denominada por “Constituição Cidadã”.

Dentre os direitos fundamentais conferidos aos cidadãos pela Constituição de 1988, o direito à saúde é tratado no artigo 196 da Carta Magna que impõe ao Estado o dever de garantir a saúde e sua promoção por meio de políticas públicas.

Entretanto, nos últimos anos, o debate acerca do tema vem ganhando maior destaque, ante a crise financeira que atinge a administração pública, o que conseqüentemente, afeta os recursos a serem despendidos para efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde, enfoque principal desta pesquisa.

Estima-se que, a cada dez brasileiros, sete necessitam do Sistema Único de Saúde para terem acesso à cuidados médicos. Além disso, o Brasil acumula um montante de cerca de 30 milhões de pessoas que, por razões de idade, etnia e poder econômico, não possuem condições de acesso à saúde.

Sob essa ótica, a pesquisa busca analisar a desigualdade de acesso à saúde no Brasil, em que, pequena parcela da população goza do privilégio de usufruir de uma saúde de qualidade, ao passo que, grande parte dos brasileiros encontram inúmeras dificuldades para proveito do mínimo necessário para um atendimento médico de qualidade.

Ademais, com a crise financeira e a conseqüente crise sanitária, tem-se a judicialização da saúde em exponencial crescimento, potencializando a sobrecarga do Poder Judiciário, o que aumenta a demora demasiada nas soluções das demandas, e por conseguinte, acaba gerando mortes na fila do SUS à espera de tratamento.

Desse modo, a pesquisa tende a analisar o fenômeno da judicialização como sendo consequência da disparidade das oportunidades de acesso à saúde no Brasil.

Nesse contexto, a discussão do tema possui grande relevância social ao discutir o déficit de efetivação do direito à saúde, na tentativa de identificar seu nascedouro, seja na escassez ou má distribuição dos recursos públicos, na tentativa de propor medidas que reduzam a desigualdade, conferindo isonomia no acesso à saúde pública, para que assim, seja abrandado o crescimento das demandas judiciais de saúde.

Pretende-se analisar a judicialização como consequência da desigualdade de acesso à saúde no Brasil e como meio de efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Conhecer os direitos fundamentais previstos na constituição federal com enfoque no direito à saúde.

Discutir as desigualdades sociais no Brasil. Analisar a desigualdade de acesso ao atendimento à saúde. E por fim, determinar a relação existente entre a desigualdade de acesso à saúde e o exponencial crescimento da judicialização.

Para o desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo a fim de estudar as hipóteses que influenciam no demasiado crescimento da judicialização da saúde e testar alternativas capazes de reduzi-la.

Quanto ao tipo de pesquisa, aplica-se o método exploratório para compreender a importância da Constituição Federal de 1988 na implementação dos direitos sociais fundamentais e estabelecer a relação de influência existente entre a desigualdade de acesso à saúde e a judicialização.

A abordagem do estudo caracteriza-se como abordagem qualitativa, pois busca analisar os fenômenos sociais que contribuem com a desigualdade de acesso aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, com ênfase no direito à saúde. Além disso, pretende encontrar medidas que minimizem os efeitos das desigualdades sociais, visando reduzir a judicialização e seus impactos.

Quanto às fontes, utiliza-se fontes secundárias e a técnica de pesquisa documental, por meio de consultas à manuais, doutrinas, legislação e revistas jurídicas que auxiliaram na compreensão do papel do Estado na efetivação dos direitos sociais fundamentais, com base em argumentos e ensinamentos de outros pesquisadores do tema abordado. Ademais, utiliza-se em conjunto as fontes terciárias com o estudo de resumos e sinopses de obras relacionadas.

No que tange aos resultados, ao final da pesquisa pretende-se compreender como ocorreu o surgimento e a ampliação dos direitos fundamentais no Brasil, interpretar as causas da desigualdade social, analisar como a desigualdade de acesso à saúde interfere no crescimento da judicialização e concluir como medidas alternativas podem ser de grande valia na efetivação dos direitos assegurados constitucionalmente.

O trabalho encontra-se estruturado em capítulos. No primeiro capítulo, busca-se traçar e compreender o surgimento e a evolução dos direitos fundamentais, bem como, descrever a atuação do SUS no Brasil.

No segundo capítulo, intenta-se discutir a desigualdade de acesso à saúde no Brasil suas causas.

Por fim, no terceiro capítulo, tem-se abordada a judicialização da saúde, seus impactos e formas de contenção ao seu vertiginoso e célere crescimento.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são garantias protetivas positivadas dentro da legislação interna, que existem para assegurar o bem-estar e a vida digna do homem dentro do Estado Democrático de Direito. Pautados no princípio da dignidade humana, são direitos que devem ser implementados e efetivados pelo Estado como o exercício de sua função de órgão garantidor.

Com a dinamicidade social, os direitos fundamentais foram se desenvolvendo e evoluindo com o passar do tempo, de acordo com os anseios sociais. Por isso, o estudo de sua origem e evolução é primordial para a compreensão de sua importância.

1.1. A ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Por serem direitos inerentes à natureza humana, os direitos fundamentais não possuem origem bem delineada. Além disso, sua evolução ocorreu de forma lenta e gradual. Nesse sentido, Bobbio (1992, p.5) ensina que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas e defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Desse modo, como ponto importante para traçar a origem e desenvolvimento dos direitos fundamentais, tem-se os pensamentos dos ensinadores jurídico-filosóficos, que através dessas doutrinas, buscam delimitar e compreender seu surgimento. São três as principais correntes de pensamento: a corrente jusnaturalista, a corrente juspositivista e a corrente realista jurídica.

Para a corrente jusnaturalista, a origem dos direitos fundamentais é inerente a qualquer outro marco legal, sendo considerados da própria natureza humana, e, portanto, seriam relacionados ao surgimento da humanidade. Assim, para o jusnaturalismo, desde que o homem existe, também existem os direitos humanos, que foram sendo aperfeiçoados ao longo do tempo de acordo com as necessidades humanas.

Por outro lado, a corrente juspositivista entende que o surgimento dos direitos fundamentais se deu com a positivação das normas estatais. Desse modo, apregoa que as leis são produtos da ação humana, enquanto os direitos fundamentais são frutos diretos da lei, não se relacionando com o direito natural.

Por sua vez, a corrente realista jurídica ensina que a origem dos direitos fundamentais é fruto de um logo e árduo processo histórico, de modo que foram sendo conquistados e implementados pelo homem por meio de lutas sociais históricas.

A corrente realista jurídica é a linha de pensamento majoritária atualmente, na perspectiva que esses direitos possuem uma evolução lenta e gradual, conforme supramencionado, de modo que nas raízes históricas estão seu nascedouro.

No contexto histórico, a Idade Média foi marcada pelo sistema feudal, em que, em um plano estavam os senhores feudais, homens detentores de grandes extensões de terra, e de outro lado estavam os servos, homens sem propriedade que vendiam a mão-de-obra como forma de subsistência. Nesse sentido, Comparato (2005, p.44) preconiza que:

Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero.

Nesse contexto de organização feudal é que surge a *Magna Charta Libertatum* Inglesa de 1215, que foi considerada um importante instrumento normativo de limitação do uso do poder. Dentre outras normas, previa multa proporcional ao infrator de acordo com o delito cometido, bem como trouxe as primeiras aparições dos conceitos de devido processo legal e liberdade de locomoção dentro do país.

Segundo Bonavides (2003, p.563),

Os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do Constitucionalismo do Ocidente.

Nessa linha, Noblet apud Silva (2007, p.152) diz que:

Longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens

livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres.

Desse modo, alguns historiadores da corrente realista jurídica entendem ser a partir da Magna Carta de 1215 que surgiram os direitos fundamentais.

Na Idade Moderna, ao contrário da Idade Média, possuir terras não era mais considerado sinônimo de poder, nesse período, vigoravam os preceitos trazidos pelo capitalismo. Foi o surgimento de uma nova era econômica com o desenvolvimento do comércio, predominância da razão em contraposição à visão religiosa e a centralização do poder político, ou seja, a determinação de direitos iguais para todos, surgindo então, as primeiras ideias de igualdade.

Com a criação da Petição de Direitos, do Habeas Corpus Act, a *Bill of Rights* e a Declaração de Virgínia, a Idade Moderna foi um período histórico de enormes contribuições ao desenvolvimento dos direitos fundamentais.

A Petição de Direitos (*Petition of Rights*), foi criada com base na Magna Carta de 1215, e possibilitava que nenhum homem fosse aprisionado, exilado, ou molestado, sem a existência de sentença, trazendo assim, efetivamente os fundamentos do devido processo legal.

Em 1689, a Revolução Inglesa contribuiu com o *Bill of Rights*, que reconheceu direitos como propriedade, liberdade e segurança. Nesses termos, preconiza Comparato (2003, p.92):

A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado, essa fórmula de organização estatal, no *Bill of Rights*, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial.

Em 1679, surgiu o *Habeas Corpus Act*. Sobre ele, Moraes (2005, p. 26) ensina:

A lei previa que por meio de reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto se se tratar de traição ou felonía, assim declarada no mandado respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandado, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, poderiam conceder providência de habeas corpus (exceto se o próprio indivíduo tivesse negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se afiançável, o indivíduo seria solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. Além de outras previsões

complementares, o *Habeas Corpus Act* previa multa de 500 (quinhentos) libras àquele que voltasse a prender, pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura.

Dessa maneira, o Habeas Corpus inglês foi um importante conquista medieval para a obtenção da liberdade de locomoção.

Sequencialmente, em 1776 surgiu a Declaração de Virgínia. Sobre a Declaração de Virgínia, Moraes (2005, p. 27) ensina que:

Na Declaração de Direitos de Virgínia, a Seção I já proclamava o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Outros direitos humanos fundamentais foram expressamente previstos, tais quais, o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa.

Assim, além de limitar o poder estatal em face da sociedade, a Declaração de Virgínia também arrolou várias espécies de direitos naturais. Em 1776, também surgiu a Declaração de Independência dos Estados Unidos, a qual dispunha que todos os homens são iguais perante Deus.

No contexto histórico da Idade Contemporânea, o desenvolvimento dos direitos fundamentais pode ser identificado no século XVIII, sendo seu marco principal a Revolução Francesa ocorrida em 1789, quando criada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. A Revolução Francesa com seus ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, foi um importante avanço no desenvolvimento dos ideais de justiça e democracia.

Posteriormente, em 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pelas Nações Unidas (ONU), que foi um grande marco na história dos direitos fundamentais, ao dispor que todos os homens nascem iguais em direitos e deveres, consolidando a ideia de igualdade independente de raça, sexo, idade e religião.

No Brasil, o marco mais importante do desenvolvimento dos direitos fundamentais é a Constituição Federal de 1988, por tratar de forma geral dos direitos fundamentais em seus artigos.

A elaboração da Carta Magna brasileira de 1988 foi baseada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, trazendo direitos já consolidados pela Declaração e inserindo novos direitos de acordo com as necessidades sociais. Dentre os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, o direito à vida é uma das garantias de maior destaque.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 ficou conhecida também por “Constituição Cidadã”, em razão de ter sido elaborada após o fim da Ditadura Militar, em um período de redemocratização, inaugurando uma nova era de direitos fundamentais.

1.2. DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem como características principais: a indivisibilidade, a historicidade, a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, dentre outras.

Respectivamente, significa dizer que, os direitos fundamentais não podem ser divididos; são históricos, tendo seu desenvolvimento ocorrido de forma gradual ao longo da história; são universais, ou seja, são aplicáveis a todos, sem que haja qualquer espécie de exceção; são inalienáveis, não podem ser alienados; e por fim, são imprescritíveis, não perdem seu efeito.

Das características citadas, as raízes que foram sendo firmadas ao longo da história e as conquistas efetivadas por meio da luta de classes, ou seja, a historicidade, merece destaque, já que, com base no lema da Revolução Francesa, qual seja: igualdade, liberdade e fraternidade, os direitos fundamentais são divididos em três gerações, ou dimensões como alguns estudiosos costumam definir.

A primeira geração ou dimensão corresponde aos direitos chamados direitos de defesa, são os direitos civis e políticos, que visam proteger o cidadão das intervenções abusivas do Estado. Seguindo essa linha da intervenção do Estado, Alexy (2008, p.499) ensina:

Os direitos fundamentais como direitos a prestações, em sentido amplo e em sentido estrito, calcado na concepção de incumbir ao Estado a função de, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, a tarefa de pôr à disposição os meios materiais e implementar condições que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais.

Desse modo, são as prestações negativas do Estado como forma de proteção ao cidadão. Como direitos da primeira geração pode-se citar o direito à vida, direito à liberdade, direito à igualdade, à propriedade, dentre outros previstos ao longo do artigo 5º da Constituição Federal.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão, são as prestações positivas do Estado perante os cidadãos, se referem aos direitos culturais econômicos e sociais, sendo este último o enfoque do presente estudo.

Classificados na terceira dimensão, como exemplo estão os direitos coletivos e difusos. São os direitos destinados à toda coletividade, baseados na solidariedade, como exemplo o direito ao meio ambiente preservado e equilibrado.

Alguns estudiosos defendem a existência da quarta, quinta e até sexta geração de direitos fundamentais, mas a partir da terceira dimensão, não há unanimidade na doutrina.

O enfoque deste estudo são os direitos alocados na segunda dimensão, os direitos sociais.

Direitos sociais são as garantias previstas na Constituição Federal, que possuem o objetivo de resguardar as condições mínimas para a vida digna e o bem-estar do homem na sociedade.

Na Constituição Federal brasileira, os direitos sociais estão previstos no artigo 6º, que assim dispõe:

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.

Dessa maneira, estando descritos na Carta Magna da nação brasileira, o Estado, como órgão garantidor, possui o dever de implementá-los e efetivá-los, a fim de minimizar as desigualdades sociais.

Destrinchando o artigo 6º da Carta Magna que dispõe sobre os direitos sociais, a primeira garantia elencada é o direito à educação. Além de estar previsto no artigo 6º, a constituição também o aborda no artigo 88, inciso III e entre os artigos 205 a 214. O direito à educação previsto na constituição refere-se à igualdade de acesso e permanência na escola, liberdade para aprender, ensinar, pesquisar, dentre outros.

O direito à saúde por sua vez, é um direito universal também previsto no artigo 6º, de grande importância para este estudo e diz respeito à igualdade de acesso à saúde como um todo, para tanto, existe o Sistema Único de Saúde (SUS).

A direito à alimentação se refere ao dever que incumbe ao Estado de efetivar uma alimentação adequada para todos. O direito à moradia descreve também o dever do Estado em fornecer moradia aos cidadãos. O direito ao transporte descreve a

incumbência do Estado em proporcionar o acesso ao transporte público e de qualidade, primando sempre pela sustentabilidade e preservação ambiental.

Sobre o direito à segurança, o Supremo Tribunal Federal preconiza que:

[...] é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. (RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011)
(Disponível em <<https://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=136&tipo=CJ&termo=educa%E7%E3o>> Acesso em 20. Mar.2022.)

Não havendo na constituição outros artigos para tratarem da segurança, a disposição fica sob responsabilidade das leis infraconstitucionais, todavia, não retira a responsabilidade do Estado de investir, implementar e efetivar a segurança pública.

A prestação positiva no sentido de proteger a maternidade, a infância e oferecer assistência aos desamparados pode ser remetida ao conceito de igualdade material, na forma em que, como meio de tutela especial aos mais vulneráveis, o Estado deve tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Assim, verifica-se que, no plano formal, a Constituição abarca uma enorme gama de direitos fundamentais, entretanto, cabe ao Estado garantir e efetivar a aplicação de tais direitos no plano material, como forma de assegurar o bem-estar do cidadão e a dignidade da pessoa humana.

1.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS X DIREITOS HUMANOS

É importante traçar a diferença existente entre direitos fundamentais e direitos humanos, já que, comumente são tratados como termos sinônimos. Apesar da semelhança, direitos fundamentais e direitos humanos são conceitos diferentes.

Os direitos fundamentais são aqueles previstos dentro do ordenamento jurídico pátrio, não necessariamente na constituição, podendo constar em leis infraconstitucionais. Já os direitos humanos, são garantias previstas em documentos internacionais.

Destaca-se que, a diferença entre ambos consiste na forma, quanto à matéria, são semelhantes, pois guardam íntima relação ligação com a dignidade da pessoa humana, com a essência do homem.

Tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos humanos, se suprimidos, afetam a própria dignidade, não somente o patrimônio, mas o bem mais valioso: a vida. Não se revelam como luxo, mas tratam-se do mínimo existencial que o Estado deve garantir aos cidadãos.

1.4. DIREITO À SAÚDE

Em 1946, a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu a saúde como o bem-estar físico, mental e social. Sendo assim, ter saúde não significa apenas a ausência de enfermidade, mas o estado de equilíbrio e bom funcionamento do organismo humano e do ambiente em que habita.

O direito à saúde foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez por meio da Constituição Federal de 1988, que o elencou entre o rol de direitos sociais previsto em seu artigo 6º. Além disso, o artigo 196 também da Carta Magna dispõe que:

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

Ademais, Dallari apregoa que:

Por ser direito essencial, a vida deve ser plena. A ausência de doenças será uma das formas de efetivação desse direito, uma vez que a saúde proporciona qualidade de vida. O princípio da dignidade humana é elemento basilar e informador dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, os direitos fundamentais à vida e à saúde decorrem da dignidade da pessoa humana. (DALLARI, 1999, p.22 e 23).

Ao abordar sobre o direito à saúde, Ladeira (2009, p. 110) argui que o “direito à saúde configura-se como direito social prestacional que objetiva assegurar à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social livre de doenças físicas e psíquicas.”

Spitzcovsky (2006, texto digital) preceitua que:

Em nosso País, o direito à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse contexto, estão incluídas as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8382>>. Acesso em: 06 mar.2022.)

Ainda nesse sentido, Paranhos (2007, p.156) aduz que “o direito à saúde é direito à vida, pois a inexistência de um leva, inevitavelmente, ao fim da outra.”

Portanto, além de constituir o rol dos direitos fundamentais, o direito à saúde está intimamente ligado à efetivação de outros princípios previstos constitucionalmente, haja vista não ter como segregar o direito à saúde do direito à vida, tampouco do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.5. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Dentre as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, avulta-se a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), como meio de efetivação das políticas sociais e econômicas garantidoras do direito à saúde para todos, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal.

O SUS é o conjunto de serviços públicos prestados pelos três entes federativos: União, Estados e Municípios, a fim de garantir o acesso à saúde a todos os cidadãos brasileiros. É digno de nota que, sendo considerado o maior sistema de saúde pública do mundo, o SUS é regido por princípios como a proporcionalidade, universalidade, igualdade, publicidade, princípio da participação na comunidade, dentre outros.

Além disso, juntamente com a nova era de direitos trazidos pelo processo de redemocratização de 1988, o SUS não significa apenas a ausência de doenças, mas possui função preventiva, com ações como visitas às famílias para identificar possíveis problemas, oferta de consultas de rotina e exames de prevenção.

O artigo 198 da Constituição Federal define o SUS como:

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

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Além disso, o artigo 200, também da Magna Carta descreve como competência do SUS:

- I - Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - Incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A Lei nº 8.080/90, em seu artigo 6º, define como campo de atuação do SUS:

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

- I - a execução de ações:
 - a) de vigilância sanitária;
 - b) de vigilância epidemiológica;
 - c) de saúde do trabalhador; e
 - d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
- II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;
- III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;
- V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;
- VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;
- VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;
- VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;
- IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;
- XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

Entretanto, apesar de sua enorme estrutura, o SUS enfrenta diversos problemas que podem ser identificados na gestão, na escassez ou má distribuição de recursos, e tantos outros fatores que podem influenciar negativamente em seu funcionamento. Cabendo, portanto, ao Estado identificar e implementar medidas que amenizem os efeitos negativos, para que o sistema funcione com eficiência e o direito à saúde seja de livre acesso para todos.

2. DESIGUALDADES SOCIAIS NO BRASIL – DESIGUALDADE NO ACESSO AO DIREITO DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A desigualdade social no Brasil não é um dilema atual, mas afeta os cidadãos desde os primórdios da civilização brasileira. Pode ser conceituada como a divergência de condições de vida entre pessoas que vivem no mesmo meio social.

A desigualdade traz consequências como pobreza extrema, desnutrição, fome e marginalização dos cidadãos menos favorecidos e mais afetados.

Bobbio (1992, p.24) ensina que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

No presente estudo, o enfoque principal é demonstrar como a desigualdade social impacta o acesso à saúde no Brasil, e evidenciar a responsabilidade do Estado em minimizar os efeitos negativos, como órgão garantidor das prerrogativas constitucionais essenciais à dignidade da pessoa humana.

2.1. O DÉFICIT DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O Brasil é um país reconhecido mundialmente pelo seu Sistema Único de Saúde, como sendo um dos maiores e mais abrangentes. Entretanto, apesar das diversas qualidades que o caracterizam, o sistema de saúde no Brasil é escasso e precário, carecendo de alternativas que o efetivem de forma satisfatória.

Ocorre que, apesar de no plano formal o SUS ser bem elaborado e estruturado, na prática, não se verifica a mesma realidade. Os problemas podem advir de diversas origens, dentre elas, pode-se destacar o financiamento, ou seja, os recursos dispendidos para investimento no sistema de saúde.

Embora o SUS tenha sido criado com a promessa de conferir atendimento a todos sem distinção, não é o que ocorre de fato, tendo em vista que, a saúde no Brasil não possui estrutura para atender todos os brasileiros, o que ocasiona grande número de mortes, hospitais lotados, falta de leitos disponíveis, demora no atendimento e principalmente, insatisfação da população.

É indubitável que, para a existência do princípio da dignidade da pessoa humana no plano material, é necessário que o cidadão tenha acesso à uma saúde de qualidade. O direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, não há como separá-los, haja vista que um não pode existir sem o outro.

Nesse sentido da indissolubilidade entre vida, dignidade e saúde, Luiz (2005, p. 74) preconiza que:

Acompanhando os direitos fundamentais, a saúde aproxima-se da ideia central de qualidade de vida e constitui um dos elementos da cidadania. Direito à cura e à prevenção de doenças, mas também a uma vida saudável, aos benefícios do desenvolvimento, tanto quanto ao trabalho e à alimentação adequada. Para além do acesso aos serviços de assistência médica, o direito à saúde requer relações sociais que possibilitem a qualidade do cotidiano e assume uma posição auto-reflexiva, relacionada à vida, não apenas à sobrevivência [...]

O direito à saúde, direito social previsto constitucionalmente, é uma das prerrogativas que o cidadão possui na tutela de sua dignidade. Desse modo, o déficit de efetivação do direito à saúde deve ser superado pelo Estado, para que a garantia constitucional seja assegurada.

É de conhecimento comum que a saúde no Brasil passa por problemas em sua execução. Portanto, para criação de medidas que possam reduzir e prevenir a situação caótica, é imprescindível a identificação das falhas do sistema.

O déficit de efetivação da saúde no Brasil pode ser identificado na falta de profissionais qualificados para atender a alta demanda da sociedade, a longa espera nas filas de atendimento, a falta de insumos e medicamentos, na insuficiência quantitativa de leitos e na má-gestão dos recursos destinados à saúde.

Em matéria publicada virtualmente pelo Portal Agência Brasil, constata-se que grande parte dos brasileiros não estão satisfeitos com a saúde pública:

Oitenta e nove por cento dos brasileiros classificam a saúde – pública ou privada – como péssima, ruim ou regular. A avaliação é compartilhada por 94% dos que possuem plano de saúde e por 87% dos que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS), segundo dados apresentados hoje (26) pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

A pesquisa, realizada pelo Instituto Datafolha, tem abrangência nacional e ouviu 2.087 pessoas – 59% delas residentes no interior. A amostra, composta por homens e mulheres com idade superior a 16 anos, respondeu a um questionário estruturado que dispõe ainda sobre a expectativa dos brasileiros sobre a atuação dos próximos governantes e parlamentares em relação à assistência médica.

(LABOISSIERE, Paula. Quase 90% dos brasileiros consideram saúde péssima, ruim ou regular. Agência Brasil, Brasília, 26 jun.2018. Disponível em:<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-06/para-89-dos-brasileiros-saude-e-considerada-pessima-ruim-ou-regular>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

Nesse ínterim, Sarlet (2001, p.12) preceitua que:

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que a nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma o direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito a saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição.

Dessa maneira, com tantas opiniões negativas sobre o funcionamento da saúde pública brasileira, é inegável a existência das falhas, que transformam o SUS em um sistema bem planejado e elaborado, mas frustrado em sua execução, o que causa indignação e afeta a qualidade de vida dos cidadãos brasileiros.

Os cidadãos pertencentes a uma classe social mais elevada podem não sofrer tão intensamente com o sistema caótico da saúde pública, ao passo que possuem condições de custeio de planos de saúde privados, caso necessário.

O problema maior se verifica no caso dos cidadãos que não possuem condições financeiras para recorrer à saúde privada, restando apenas a saúde pública como única alternativa na tentativa da manutenção do direito à saúde. Entretanto, ao buscar o atendimento médico necessário, se deparam com inúmeros problemas que inibem a qualidade na prestação do serviço por parte do Estado.

Em uma sociedade repleta de dilemas, o déficit de efetivação ao direito da saúde revela-se uma notória inobservância da Constituição Federal, ao passo que o Estado não cumpre na integralidade seu dever em assegurar uma saúde digna e gratuita para todos.

O direito à saúde não diz respeito somente à sobrevivência, mas pode ser remetido a todos os pilares que rodeiam a dignidade humana, como justiça, liberdade e igualdade.

Nessa linha, Silva (2002, p.285-286), ao tratar os direitos sociais, preceitua que são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Assim, a Constituição Federal de 1988 prevê o direito à saúde como um direito de todos e dever indisponível do Estado, de modo que, recursos devem ser empregados e estratégias elaboradas para superação dos déficits que sobrevierem para que assim, os brasileiros possam usufruir de um sistema de saúde acessível, gratuito, igualitário, universal, irrestrito, digno e de qualidade.

2.2. A DESIGUALDADE DE ACESSO À SAÚDE NO BRASIL

Desde a criação e implementação do Sistema Único de Saúde no Brasil, tornou-se evidente a melhoria trazida para o sistema. Entretanto, além dos pontos positivos, a saúde brasileira ainda necessita de inúmeras alterações, para que as dificuldades sejam reparadas e seja reduzido o impacto na qualidade de atendimento.

O Brasil é um país rico em diversidades culturais, econômicas e raciais. Todavia, embora a exuberante diversidade que apresenta, também se mostra com discrepância nos sistemas e oportunidades sociais.

Desde os primórdios da sociedade, é possível identificar a gritante diferença existente entre pobres e ricos, no sentido legal do termo. Cita-se o período feudal, período escravocrata e o período atual, ambos marcados por desigualdades entre as classes.

As desigualdades se manifestam nos mais diversos setores sociais, como educação, moradia, segurança e o enfoque principal do estudo, no aspecto da saúde.

Para compreender a desigualdade de acesso à saúde no Brasil, é de suma relevância analisar a divisão organizacional da saúde. No Brasil, ocorre a divisão entre saúde pública e saúde suplementar.

A saúde pública se refere ao SUS, o atendimento gratuito e livre a todo e qualquer cidadão. Por outro lado, a saúde suplementar diz respeito à saúde privada, oferecida por planos de saúde e profissionais particulares.

Ocorre que, como modo de verificar a desigualdade latente no acesso à saúde, ressalta-se que, atualmente, a maioria dos cidadãos brasileiros utilizam exclusivamente a saúde pública, por meio do SUS. Entretanto, o uso exclusivo não se revela opcional, a maioria citada utiliza exclusivamente o SUS porque depende do sistema público e não aufere condições financeiras de buscar atendimento junto à saúde suplementar.

Por outro lado, a minoria dos cidadãos, faz uso da saúde suplementar. Contudo, mesmo ao utilizar a saúde privada, o cidadão não perde o direito de utilizar a saúde pública, por ser um direito universal e ilimitado previsto constitucionalmente.

O dilema apontado não está estruturado na faculdade de escolher entre a saúde pública ou suplementar, mas manifesta-se na hipótese do cidadão que não possui condições de buscar atendimento junto à saúde privada, dependendo única e exclusivamente da saúde pública, prestada pelo Estado de forma escassa, caótica e omissa.

A desigualdade de acesso à saúde pode ser conceituada como as dificuldades enfrentadas por parcela da população brasileira que convive no mesmo meio social, ao buscar atendimento de saúde.

As dificuldades encontradas podem ser causadas pela raça, condição socioeconômica, idade, características físicas, e até por orientação sexual.

No tocante à desigualdade, o artigo 3º da Constituição Federal prevê que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No mesmo viés, o artigo 5º, caput, também da Constituição Federal descreve:

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.

Dessa maneira, é nítido que a Constituição Federal preconiza em todo seu texto legal acerca da igualdade e da necessidade de redução das desigualdades sociais. Portanto, é inadmissível que a saúde pública seja um sistema limitado e seletivo, o que confronta diretamente a Carta Magna.

2.2.1. Escassez ou má distribuição dos recursos sociais no Brasil

O Sistema Único de Saúde, previsto na Lei nº 8.080/90, foi implementado no Brasil com o objeto de proporcionar acesso à saúde gratuito e ilimitado para todos os brasileiros, sem qualquer distinção.

Entretanto, o funcionamento do sistema não se manifesta conforme a proposta e apesar de sua amplitude, o Brasil não investe recursos necessários para manutenção da saúde de forma adequada, suficiente e satisfatória a toda população.

Surge então, a indagação sobre a causa dos problemas da efetivação do direito à saúde no Brasil: A escassez, ou a má distribuição dos recursos? É o que se passa a analisar.

Primordialmente, destaca-se que, a Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 9º, elenca as competências dos entes federativos para dirigir o SUS:

Art. 9º. A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:
 I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
 II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
 III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Ainda nesse sentido, o artigo 15 da referida lei, estabelece as atribuições comuns dos entes federativos na direção do SUS:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:
 I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;
 II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
 III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;
 IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

- V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;
- VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;
- VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;
- VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;
- IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;
- X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;
- XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;
- XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;
- XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;
- XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;
- XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;
- XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;
- XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;
- XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;
- XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;
- XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;
- XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Dessa maneira, cada um dos entes deve atuar dentro de sua alçada para assegurar o bom funcionamento do SUS em sua área de administração.

Quanto aos recursos destinados ao SUS, os artigos 31 e 35, ambos também da Lei n.º 8.080/90, preceituam que:

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

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

- I - perfil demográfico da região;
- II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;
- III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;
- IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

- V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;
- VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;
- VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

Dessa maneira, verifica-se que os recursos orçamentários destinados ao SUS deverão atender as peculiaridades de cada ente, conforme ensina Nery Junior (1999, p. 42): “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Ocorre que, o Brasil investe menos em saúde do que seria necessário para garantir atendimento à toda população. Segundo matéria publicada pelo Conselho Federal de Medicina (2020, Acesso em 05 mar. 2022.), o Brasil investe R\$ 3,83 por dia com a saúde de cada cidadão.

Observa-se que, a pandemia do Covid-19 agravou ainda mais a situação da escassez de recursos para manutenção do sistema de saúde, em razão da alta demanda de procura de atendimento.

Em matéria publicada pelo Correio Braziliense (2012, Acesso em 05 mar. 2022.), fora divulgado que a população gasta mais com saúde do que o próprio governo, ao passo que, em 2009, os cidadãos gastaram cerca de R\$ 157,1 bilhões, enquanto o Estado, dispendeu R\$ 123,6 bilhões de recursos financeiros.

Além da insuficiência de recursos orçamentários, a má gestão dos recursos existentes também é um fator que afeta a qualidade de saúde no Brasil.

Verifica-se uma enorme disparidade na distribuição de recursos na saúde pública e privada no Brasil, demonstrando na realidade o axioma “muitos com pouco, poucos com muito”.

Portanto, conclui-se que, a escassez de recursos aliada à má gestão dos recursos existentes, enfatizam a caótica situação sanitária brasileira, impactando diretamente seu funcionamento, o que pode ocasionar um colapso no sistema de saúde.

Verifica-se que a precariedade sanitária causada pela escassez de recursos não se dá apenas na ausência de recursos financeiros, mas também na insuficiência de insumos e profissionais qualificados que variam de região para região no Brasil.

O fato gerador dos problemas que impedem a efetivação do direito à saúde no Brasil deve ser identificado, para que assim, a escassez de recursos ou a má

distribuição não afete a prerrogativa prevista constitucional, e os brasileiros usufruam de uma saúde digna e acessível.

2.3. A PANDEMIA DO COVID-19 COMO FATOR AGRAVANTE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Como é de conhecimento comum, em 2019, na cidade de Wuhan, na China, começaram a ser identificados os primeiros casos de um vírus até então desconhecido. Com o passar dos dias, a taxa de contaminação foi aumentando, até o mundo contabilizar milhares de mortes diárias, configurando a situação pandêmica do Covid-19.

No início da disseminação, acreditava-se ser uma infecção viral que, apesar de altamente contagiosa, duraria poucos dias. Comércio e escolas foram fechados, ao passo que as pessoas se isolaram socialmente na tentativa de inibir a rápida transmissão.

Ocorre que, os quinze ou trinta dias esperados de isolamento não foram suficientes para conter a propagação do vírus. Passado mais de um ano desde o início da pandemia, em 2021, segundo dados fornecidos pelas organizações de saúde, o Brasil chegou registrar uma morte a cada 25 segundos em decorrência de complicações do Covid-19.

Assim, a pandemia prevista para durar por quinze dias, decorridos dois anos de duração com grandes impactos por todo mundo, ainda não possuía estipulação de período para terminar.

Desse modo, em razão das incertezas e temores de um novo pico de contaminações, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estipulou algumas medidas que deveriam ser seguidas pelos países no intuito de conter a alta taxa de contaminação, como: isolamento social, vedação à realização de atividades escolares e trabalho, restrição no funcionamento dos comércio e proibição de viagens nacionais e internacionais.

Entretanto, com a implementação das medidas supramencionadas, diversos setores foram afetados, como educação, economia, política e, principalmente, a saúde, enfoque deste estudo.

Na educação, os estudantes sofreram o impacto da pandemia ao passo que ficaram impossibilitados de comparecerem às aulas, que posteriormente, foram ministradas de forma remota, mas não cessou com os prejuízos sofridos.

Dentre os principais, estão os alunos que não conseguem se concentrar nas aulas remotas, o que acarreta a não absorção do conteúdo e principalmente, a maior dificuldade se revela quanto aos estudantes mais prejudicados, aqueles que não dispõem de recursos tecnológicos para participação das aulas, evidenciando mais uma vez, a situação de desigualdade no Brasil.

A economia também foi um dos setores mais afetados pela pandemia, com a necessidade de isolamento, várias indústrias e empresas tiveram suas atividades interrompidas, o que ocasionou significativa redução dos lucros e conseqüentemente, aumento da taxa de desemprego.

No que tange à saúde, o impacto foi ainda maior. Se antes da pandemia, a saúde no Brasil já enfrentava dificuldades, os problemas foram intensificados com a alta procura de atendimento e internações, insuficiência de leitos e medicamentos, a pela falta de profissionais para atuarem na linha de frente.

Além disso, ressalta-se que, vários usuários da saúde suplementar migraram para o SUS durante o período pandêmico, situação na qual, o SUS já afetado com a insuficiência de recursos causada pela economia fragilizada, lidou com a necessidade de atender mais cidadãos. Assim, a ausência de recursos aliada com o aumento de atendimentos, culminou no agravamento dos dilemas encontrados na saúde brasileira.

No período da pandemia, o Brasil enfrentou a pior crise sanitária da história, em razão da necessidade de ampliar drasticamente o atendimento somada à redução de recursos.

Com isso, verificou-se a insuficiência de leitos, falhas no abastecimento de oxigênio, falta de insumos e medicamentos e lamentavelmente, insuficiência de caixões e funcionários nas funerárias por todo Brasil, que não conseguiram suportar a alta demanda.

Todavia, é importante esclarecer que, a pandemia não trouxe a situação caótica ao sistema de saúde, apenas acentuou os déficits que já existiam antes mesmo do estado pandêmico.

Diante disso, resta evidente que a pandemia comprometeu ainda mais a efetivação do direito à saúde previsto na Constituição Federal. Cabe, portanto, ao

Estado em conjunto com a população, cada qual em sua atribuição, agir e buscar estratégias para minimizar os efeitos da pandemia no sistema de saúde brasileiro, para que, mesmo em situação excepcional pandêmica, a dignidade da pessoa humana não seja violada.

2.3.1. Emenda Constitucional n.º 29

A Constituição Federal de 1988, quanto à sua estabilidade, é classificada como rígida, ou seja, sua mutação pressupõe um processo formal a ser seguido. Uma das formas de alteração da Carta Magna é por meio do Projeto de Emenda À Constituição (PEC).

Ressalta-se que, a Constituição de 1988 já sofreu algumas alterações, dentre elas, a Emenda Constitucional n.º 29, promulgada em 2000, que alterou os artigos 34, 35, 156, 160, 167, e 198 da Magna Carta.

Uma das principais alterações trazidas pela referida Emenda se deu no artigo 34 da Constituição que incluiu a saúde como uma espécie de política pública, de modo que, passou a prever que um mínimo de recursos deveria ser investido na saúde.

Em complemento ao artigo 34, o artigo 35 passou a prever que, o não investimento do mínimo na saúde, enseja hipótese autorizadora de intervenção federal.

O Conselho Nacional de Saúde (2009, p.1) afirmou que:

Um dos principais problemas enfrentados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a partir de sua criação pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), refere-se à natureza instável do seu processo de financiamento. De acordo com o Conselho, a curta vigência da norma constitucional prevendo a alocação mínima de 30% do Orçamento da Seguridade Social para a Saúde, os empréstimos junto ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e a criação da CPMF (e a conseqüente redução de outras fontes) são exemplos da instabilidade e da insuficiência de recursos que caracterizam o financiamento do setor, inviabilizando o adequado cumprimento da norma constitucional. Diante do exposto os movimentos sociais lutaram bravamente na década de 80 pela criação de uma Lei que garantissem recursos para saúde. Surge então à luta pela PEC 169 e após a regulamentação vira Emenda Constitucional nº 29.

[...]

A regulamentação da EC nº 29 permitirá que os recursos aplicados nas ações e serviços de saúde não sofram “desvio de finalidade”, visto que a lei definirá o que poderá ser considerado como tal [...]. Ou seja, será introduzido um componente qualitativo na análise do gasto com ações e serviços de saúde, visto que, até o momento, o componente quantitativo (percentual de aplicação) não foi suficiente para garantir a eficácia dos serviços prestados, alocando-se, em muitos lugares, conforme denúncias recebidas pelo CNS, despesas de outra natureza para comprovar o cumprimento do percentual mínimo. Porém, isso tudo poderá ser perdido diante da emenda que retira da base de cálculo da aplicação mínima em saúde a dedução da receita oriunda do Fundo de Valorização dos Profissionais de Educação (FUNDEB). Trata-se de um artifício que desrespeita a proposta originalmente estabelecida na EC 29, visto que a vinculação deve ocorrer sobre a base “bruta”, antes dessa dedução e de qualquer outra dedução, como forma de priorizar a saúde tanto quanto a educação, nos termos da Constituição Federal. Com essa redução da base de cálculo, haverá menos recursos para o financiamento da saúde pública no âmbito dos Estados e Distrito Federal.

Desse modo, conclui-se que a Emenda Constitucional n.º 29 significou um importante acontecimento para melhoria do sistema de saúde brasileiro, ao passo que sua promulgação promoveu uma melhor regulamentação e fiscalização dos recursos financeiros destinados ao SUS.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como “Constituição Cidadã”, pois representa um importante marco na evolução dos direitos fundamentais a serem efetivados no Estado Democrático de Direito.

Dentre o rol de direitos implementados e ampliados pela Magna Carta de 1988, tem-se o direito à saúde, ponto principal deste estudo, como um direito de todos e dever do Estado.

Por meio da Emenda Constitucional n.º 29, a saúde além de prevista no rol dos direitos sociais fundamentais, passou a ser abarcada pelo rol das políticas públicas, ou seja, medidas que o Estado deve adotar para minimizar as desigualdades sociais e assegurar a dignidade da pessoa humana.

O artigo 5º da Constituição Federal elenca a gama de direitos fundamentais, e como cláusula pétrea, assegura a tutela dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ocorre que, embora não previsto na referida disposição, o direito à saúde está intimamente atrelado ao direito à vida, tendo em vista que sem saúde não há vida.

Assim, resta nitidamente evidenciada a ligação entre o direito à vida e à saúde, de modo que ambos devem ser tutelados e efetivados como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Todavia, quando o Estado não efetiva os direitos como a Constituição prevê, o cidadão busca outras alternativas para promover a satisfação de seus direitos. É o que ocorre com a judicialização da saúde, que significa a intervenção do Poder Judiciário na busca da resolução dos litígios advindos de questões sanitárias.

Entretanto, a judicialização excessiva pode trazer impactos tanto para os titulares do direito, quanto para o próprio Estado, é o que se pretende analisar neste capítulo.

3.1. JUDICIALIZAÇÃO: DEFINIÇÃO E ASPECTOS GERAIS

A Constituição Federal de 1988 determina que é dever do Estado, por meio de políticas públicas, implementar ações que assegurem o acesso livre e universal à saúde no Brasil para todos os brasileiros.

Ocorre que, por diversos fatores como a escassez de recursos aliada à altas demandas, a má gestão dos recursos existentes e as desigualdades sociais, o direito à saúde não é efetivado de forma suficiente e satisfatória aos cidadãos.

Quando isso ocorre, o cidadão não encontra solução diversa, a não ser socorrer-se do Poder Judiciário, para ter seu direito rapidamente satisfeito. É o fenômeno chamado “Judicialização da saúde”, que pode ser amplamente definido como a ingerência do Poder Judiciário nas demandas judiciais de modo a obrigar a Administração Pública a fornecer o tratamento, medicamento e insumo pleiteados pelo paciente- autor da ação.

Paranhos (2007, p. 171) preconiza que:

Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim.

Ohland (2010, p.36) afirma que o “Poder Judiciário vem assumindo papel decisivo na área da saúde pública, por conta da garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito”.

Assim, ante a não efetivação plena do direito à saúde, ao não conseguir acesso a exames, medicamentos, consultas, cirurgias e demais procedimentos, sob o fundamento de que o direito à saúde possui a identificação de fundamental, os pacientes ajuízam ações a fim de obrigarem o Estado a fornecer o procedimento pretendido.

Ocorre que, nos últimos anos, o fenômeno da judicialização vem crescendo demasiadamente, em razão da busca dos cidadãos em tutelarem seu direito à saúde da forma mais breve possível.

A judicialização da saúde pode se originar de diversos fatos geradores. Como um dos principais, tem-se a desigualdade como um dos principais e mais fortes fatores no crescimento do fenômeno da judicialização.

É cediço que a Constituição Federal atribui ao direito à saúde um aspecto fundamental e indisponível, sendo assim, deveria ser efetivado de forma originária e voluntária. Entretanto, quando não cumprida a determinação constitucional, o cidadão não poder ficar à espera da ação do Estado, tendo em vista que a matéria discutida é de extrema importância e urgência, além de ser o bem mais valioso a ser tutelado: a vida.

Nesse sentido, Silva (2005. p. 768):

Não pode, a toda evidência, porém, a sociedade permanecer à espera de vontade política para a criação de leis e a adoção de práticas que executem os comandos constitucionais. Diante da omissão legislativa ou executiva para a adoção de políticas, emerge, extraordinariamente, ao Judiciário a função de assegurar, por meio da justiciabilidade de políticas públicas, a implementação de políticas públicas que concretizem os ditames constitucionais. A jurisdição constitucional, então, traduz-se em mecanismo de relevância ímpar para garantir a tutela dos direitos fundamentais quando o Estado, por meio do Poder Executivo ou Legislativo, deixar de observar a imposição normativa constitucional, não implementando os mecanismos que efetivem aludidos direitos na forma pretendida constitucionalmente.

Então, verifica-se um impasse difícil a ser solucionado: de um lado, estão os cidadãos que necessitam de acesso livre, gratuito e eficiente à saúde, de modo a assegurar sua existência digna; de outro, está o Estado que sofre intensamente com os efeitos do crescimento vertiginoso da judicialização.

Dessa maneira, diante da urgência em solucionar os problemas enfrentados pela saúde pública no Brasil, face do crescimento das demandas judiciais relacionadas à saúde, surge o questionamento: Quais são os impactos trazidos pela efetiva judicialização? Como a judicialização e seus efeitos negativos podem ser reduzidos? É o que se passa a analisar.

3.2. OS IMPACTOS DA EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

É inconteste que, nos últimos anos, a busca pela efetivação do direito à saúde com a intervenção judicial aumento demasiadamente e de forma preocupante, em razão dos efeitos irreversíveis e irreparáveis que pode causar.

Oliveira (2006, p. 405), ensina que:

[...] não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.

Sarlet (2001, p.12) alude:

Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, contata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros.

Sobre o crescimento da judicialização, o INSPER (2019, p.15) em pesquisas realizadas pelos tribunais superiores brasileiros obteve os seguintes resultados:

[...] a LAI permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais³, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, no período entre 2008 e 2017. Considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017.

[...] Os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde”, seguidos de “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”. Nota-se, em particular, uma participação muito elevada dos assuntos “Plano de Saúde” e “Seguro”, revelando a relevância da litigância judicial na esfera da saúde suplementar, assunto ainda pouco investigado na literatura sobre o tema

Ainda nesse sentido, INSPER (2019, texto digital) divulgou que:

De 2009 a 2017, o número anual de processos na primeira instância da Justiça relativos a saúde no Brasil praticamente triplicou. O movimento destoou fortemente da tendência nacional para o conjunto dos processos judiciais, que declinou ligeiramente no período.

A chamada judicialização da saúde não é necessariamente um problema. Trata-se, no caso da saúde pública, de um direito previsto na Constituição, e demandá-lo dos juízes pode fazer com que o sistema funcione com mais eficiência e equidade. INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, 2019.

Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>> Acesso em: 07 mar. 2022.

Dessa maneira, resta demonstrado o excessivo crescimento da judicialização da saúde no Brasil. Portanto, é necessária a análise dos impactos que o excesso pode causar.

O primeiro impacto trazido pelo crescimento demasiado da judicialização, revela-se na inobservância do princípio da isonomia. Segundo o Ministério da Saúde (2010) a regulação dos sistemas de saúde:

Tem como objeto os sistemas municipais, estaduais e nacional de saúde, e como sujeitos seus respectivos gestores públicos, definindo a partir dos princípios e diretrizes do SUS, macrodiretrizes para a Regulação da Atenção à Saúde e executando ações de monitoramento, controle, avaliação, auditoria e vigilância desses sistemas, contemplando as seguintes ações:

I – Elaboração de decretos, normas e portarias que dizem respeito às funções de gestão.

II – Planejamento, Financiamento e Fiscalização de Sistemas de Saúde.

III – Controle Social e Ouvidoria em Saúde.

IV – Vigilância Sanitária e Epidemiológica.

V – Regulação da Saúde Suplementar.

VI – Auditoria Assistencial ou Clínica.

VII – Avaliação e Incorporação de Tecnologias em Saúde.

[...]

Uma estratégia para regular a oferta e a demanda em saúde é a constituição do Complexo Regulador que consiste na organização do conjunto de ações da Regulação do Acesso à Assistência, de maneira articulada e integrada para adequar a oferta de serviços de saúde à demanda que mais se aproxima das necessidades dos usuários do SUS. A constituição do Complexo Regulador permite absorver todo o fluxo da assistência na atenção básica, na média e alta complexidade

Assim, a central de regulação pode ser definida como a estrutura que organiza os atendimentos buscados pelos cidadãos por ordem de urgência e emergência, de modo a assegurar que todos os casos tenham acesso ao atendimento.

Entretanto, ao conseguir o atendimento por meio de decisão judicial, o paciente-requerente, “fura a fila” da regulação, sendo priorizado em relação aos

demais que estavam aguardando a liberação na fila de espera, ferindo assim, a isonomia, em razão de obter favorecimentos pelo acesso desigual à saúde.

Nessa linha, Leal (2006. p.71) ensina:

[...] quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que ocorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de informações ou recursos para fazê-lo.

Não obstante, o STF, por meio da Proposta de Súmula Vinculante n.º 4, já estabeleceu entendimento sobre a competência comum dos entes para questões relativas à saúde. Assim, os municípios, por serem compreendidos como vulneráveis entre os entes, sofrem em ter que arcar com tratamentos e medicamentos de alto custo, já que possuem orçamentos e infraestrutura menores, comparado a outros órgãos da administração. Dessa maneira, a excessiva judicialização da saúde pode gerar um desequilíbrio de distribuição das competências dentro do Estado.

Além disso, insta discutir acerca da escassez de recursos. O Estado, encontra enormes dificuldades orçamentárias em efetivar o direito à saúde, tendo em vista que as demandas são infinitas, e os recursos limitados. Desse modo, não consegue oferecer o acesso à saúde de forma igualitária e universal a todos os cidadãos.

Carvalho, apud Juliano Heinen (2010, p. 3) preconiza:

[...] o Estado, ao ser compelido, por decisão judicial a arcar com despesas que exorbitam seu âmbito regular de atuação em matéria de política pública, [...] tem que destinar parte dos recursos, já escassos, para o atendimento específico das ações propostas, em detrimento de outros tantos cidadãos que necessitam de procedimentos e medidas cuja efetivação e/ou prestação também lhe compete.

Portanto, em razão das inúmeras decisões judiciais relativas à prestação da saúde, o Estado se vê compelido a arcar com diversos tratamentos de valores exorbitantes e fora do orçamento público, o que pode afetar outros setores e direitos fundamentais como educação e transporte, ao passo que, para não ser condenado a pagar a multa fixada em decisão judicial, a administração realoca recursos a fim de cumprir a determinação.

Grande maioria das demandas da saúde levadas ao judiciário são julgadas procedentes em favor do paciente-requerente. Entretanto, tais decisões não podem ser aviltantes sob as possibilidades econômicas do Estado.

Tavares (2002, p. 109) argumenta que:

Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são 'seletivas' no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário.

Bacci (2006, p.25) assevera:

O efeito indesejado que pode decorrer [...] é o deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, dos Poderes Executivos e Legislativo, onde se elabora o planejamento e se define como consequência, o orçamento público, segundo sua ótica global, para o contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos (ou talvez de uma comunidade, mas nunca ou quase nunca com a mesma abrangência das leis orçamentárias, de âmbito municipal, estadual ou federal).

Destarte, não cabe aqui afirmar se é assertiva ou não a judicialização da saúde. Entretanto, conclui-se que, deve haver uma ponderação, na perspectiva em que, de um lado está o direito indisponível e de outro, a capacidade do Estado.

Assim, a judicialização da saúde deve ser reduzida à casos em que haja a inexigibilidade de conduta diversa, de modo a evitar a satisfação de direitos individuais a determinados cidadãos, quando, na realidade constitucional, a saúde é um direito coletivo e universal, não podendo ser reduzido à individualidade.

3.3. COMO REDUZIR O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO SANITÁRIA

Conforme narrado nos capítulos anteriores do presente trabalho, a saúde configura-se um direito de todos e dever do Estado, que deve assegurá-la de forma livre, gratuita e irrestrita.

Ocorre que, por inúmeros fatores listáveis, por diversas vezes o Estado não consegue efetivar o direito à saúde consoante estabelecido pela Constituição. Situação na qual, o cidadão, em estado de urgência, recorre ao Poder Judiciário como alternativa de satisfazer seus direitos, o que tem causado um aumento significativo de processos ajuizados com o fito de compelir o Estado a promover o direito à saúde.

Entretanto, a excessiva intervenção do judiciário nas demandas de saúde, pode causar diversos danos, de modo que, deve ser reduzido a fim de evitar prejuízos ao Estado e ao próprio cidadão, titular do direito.

É certo que não se trata de espontaneidade do cidadão recorrer ao Poder Judiciário, todavia, não se pode negar que a judicialização é um meio de resguardar a vida do requerente-paciente que, caso não ingresse com a ação judicial, corre o risco de sofrer danos irreparáveis, ou nos casos mais graves, chegar a ir à óbito.

Nessa linha de pensamento, insurge destacar o ensinamento de Sarlet (2001, p.14-15):

[...] não haveria como desconsiderar a grave ameaça que paira sobre todos aqueles que necessitam bater as portas do Judiciário para a obtenção, via processo judicial, do reconhecimento e proteção de seu direito a saúde. Com efeito, tendo em conta o caráter normalmente emergencial da prestação reclamada, impõe-se, em regra, a concessão de uma medida liminar, que, evitando o comprometimento grave e até mesmo irreversível da saúde do demandante, concede-lhe antecipadamente o direito reclamado em juízo.

[...]

Mesmo assim, constata-se que Juízes e Tribunais [...] continuam, ao menos em sua maior parte, deferindo liminares, cientes de que negar a antecipação da tutela e relegar ao final do processo a concessão do direito reclamado, em muitos casos equivaleria [...] condenar a pessoa a morte ou ao comprometimento grave e, por vezes, definitivo de sua saúde.

Não é possível apontar uma solução imediata e capaz de solucionar os problemas de saúde pública no Brasil. Mas, revela-se de extrema importância a análise de medidas capazes de reduzirem a judicialização da saúde e seus efeitos negativos, sob uma perspectiva em que o direito à saúde seja efetivado de forma

adequada e assegurada a dignidade da pessoa humana, sem maiores prejuízos ao erário e à sociedade como um todo.

A primeira medida a ser proposta para redução da judicialização da saúde e seus impactos é a criação e incentivo de câmaras de conciliação e mediação, de modo que os conflitos possam ser resolvidos de forma consensual, sem necessidade de acionar o Poder Judiciário para tal.

Nesse sentido do incentivo conciliatório, o Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, § 2º e 3º dispõe que:

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Desse modo, as formas alternativas de solução de conflitos devem ser implementadas como meio de resolver as demandas judiciais, sem necessidade de judicializar todos os casos que por ventura existem. O que poderia auxiliar na redução da judicialização excessiva e desnecessária, contribuindo com a minimização de seus efeitos negativos.

Outra medida que pode auxiliar na contenção do crescimento da judicialização da saúde é a publicidade sanitária. A publicidade refere-se à divulgação dos serviços e medicamentos que a saúde pública oferece aos cidadãos.

O dizer popular “o conhecimento é poder” revela-se se grande verdade, ao passo que, quando um tratamento não é realizado, ou um medicamento não é encontrado, por exemplo, em grande maioria, o pensamento das pessoas volta-se para a judicialização como a forma mais eficaz de obter o serviço necessário.

Entretanto, conforme já narrado no desenvolvimento da presente pesquisa, a intervenção do poder judiciário não é a melhor alternativa, devendo ser buscada apenas em última hipótese.

Assim, se a população sempre tiver acesso à informação atualizada sobre quais serviços e a forma que podem ser buscados, a judicialização poderia ser reduzida.

Ademais, evidencia-se que o diálogo institucional entre o Poder Público e Poder Judiciário é de grande relevância na tentativa de abrandar o fenômeno da

judicialização, de modo que, a comunicação entre os sistemas pode aperfeiçoar as decisões judiciais para o que direito à saúde seja efetivado sem grandes impactos ao erário.

Conforme Sarlet (2001, p.16):

[...] apenas mediante uma convergência de vontades e esforços (do Poder Público e da sociedade), bem como especialmente com a superação do tradicional jogo de “empurra-empurra” que se estabeleceu em nosso País (entre Estado e iniciativa privada, entre União e Estados, entre estes e os Municípios, entre Executivo e Legislativo, entre estes e o Judiciário, etc) é que se poderá chegar a uma solução satisfatória e que venha a resgatar a dignidade da pessoa humana para todos os brasileiros, notadamente no que diz com a efetiva possibilidade de usufruir das condições mínimas para a existência digna.

Nessa perspectiva, tem-se o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), um setor que atua no poder judiciário elaborando relatórios e pareceres acerca dos pedidos ajuizados pelos pacientes-requerentes. Desse modo, a conservação e o incentivo ao funcionamento do NATJUS é de extrema importância para reduzir os impactos da judicialização, tendo em vista que, as sentenças são técnicas e não somente baseadas no convencimento do juiz, já que este não possui conhecimento técnico da saúde.

Outra alternativa que poderia ser ampliada e implementada nos demais estados do Brasil é o projeto “Ser Saúde”, criado inicialmente pelo Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul. A sigla “Ser” significa Soluções Extrajudiciais Resolutivas, assim, o projeto visa a diminuição do ajuizamento das demandas de saúde por meio de termos de cooperação entre órgãos da administração pública, para que possam ter comunicação entre si, de modo a solucionar os conflitos na via extrajudicial, sendo a judicialização a última alternativa.

Além das alternativas citadas, para reduzir a judicialização da saúde é imperioso que, as decisões proferidas nos processos judiciais sejam pautadas na razoabilidade e proporcionalidade, a fim de que o caso concreto seja analisado minuciosamente.

Grande parte das demandas ajuizadas constam requerimentos urgentes, dessa maneira, aplicada a razoabilidade e proporcionalidade, é possível identificar quais casos demandam tratamento em emergência, e em quais casos é possível aguardar um prazo razoável para que se faça orçamentos para o serviço mais em conta, o que diminuiria o prejuízo à sociedade.

Por fim, a mediação sanitária é uma alternativa que se revela com grande eficácia e vem crescendo bastante no alcance da chamada “desjudicialização da saúde”.

Segundo a Diretiva 2008/52 da Comunidade Europeia, mediação pode ser conceituada como:

um procedimento estruturado, seja qual for seu nome ou denominação, em que duas ou mais partes em litígio tentam voluntariamente alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de um litígio com a ajuda de um mediador.

Disponível:<<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008I0052:es:NOT>>. Acesso em 12 mar. 2022.

Assim, na mediação, as partes que podem ser entes públicos ou privados, com o auxílio de um terceiro desinteressado, buscam chegar a um consenso, e por meio de acordo mútuo, solucionar o litígio.

Apesar de ser uma prática não recente, a mediação sanitária vem sendo difundida para resolução das questões que versem sobre a efetivação do direito à saúde.

É digno de nota que, a implementação da mediação ocorre de forma lenta e gradativa, por isso, a prática deve ser tornada pública, tendo em vista os inúmeros benefícios que dela decorrem, como a celeridade na resolução das controvérsias, praticidade, satisfação do direito do paciente e redução dos impactos negativos trazidos pela judicialização.

CONCLUSÃO

O rol de direitos fundamentais foi ampliado pela Constituição Federal de 1988, também conhecida por “Constituição Cidadã”, ao inaugurar uma nova era de direitos garantidores da dignidade da pessoa humana.

A temática abordada objetivou analisar o direito à saúde sob o viés constitucional, como um direito fundamental e indisponível, que deve ser assegurado pelo Estado por meio de ações públicas que o efetivem.

O Estado possui o dever de efetivação dos direitos fundamentais consolidados na Constituição Federal, dentre eles, o direito à saúde, estando previsto no artigo 196 da Carta Magna como um direito de todos e um dever do Estado. Assim, constitui dever legítimo e inegável o papel do Estado como órgão garantidor em efetivar os direitos fundamentais a fim de assegurar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O déficit de efetivação ao direito da saúde é um fator determinante no crescimento exponencial da judicialização, tendo em vista que, ao não ter acesso ao atendimento médico adequado, a judicialização torna-se a única alternativa para obtenção do tratamento ou medicamento necessário para resguardar o bem mais valioso a ser tutelado, a vida.

A excessiva judicialização da saúde tem contribuído para a sobrecarga do Poder Judiciário. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, mais de 90 milhões de ações estão em trâmite no Poder Judiciário brasileiro. Dessa quantidade, grande parte são demandas relacionadas à saúde, advindas da dificuldade de acesso à saúde pública, que poderiam ser solucionadas fora do âmbito judicial se a legislação que assegura os direitos fundamentais fosse eficaz no plano material.

As soluções alternativas devem ser incentivadas e implementadas com o objetivo de reduzir os impactos da judicialização da saúde. Dentre elas, a mediação sanitária revela-se uma importante aliada na solução das demandas relacionadas à saúde, por se tratar de uma solução alternativa que visa dirimir conflitos sem a necessidade de propositura da ação judicial, contribuindo para uma solução mais célere, com menor onerosidade e menor desgaste emocional, propiciando ainda, redução na quantidade de processos que sobrecarregam o poder judiciário Brasil.

Todos os objetivos propostos foram cumpridos, uma vez que, foi possível analisar o direito à saúde em sua configuração fundamental, as causas da desigualdade de acesso à saúde no Brasil, bem como a responsabilidade do Estado na efetivação do direito constitucional, e ainda, as possíveis medidas para reduzir os impactos da judicialização, de modo que, o direito à saúde seja efetivado garantindo a vida e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIORÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF.
- BRASIL. **Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>> Acesso em: 06 mar. 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 29**, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas. **Diretrizes para a implantação de complexos reguladores / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas**. – 2.ed. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 559.646-AgR**, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011) (Disponível <<https://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=136&tipo=CJ&termo=educa%E7%E3o>> Acesso em 20. Mar.2022.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**.3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Brasil gasta R\$ 3,83 ao dia com a saúde de cada habitante, 2020**. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/noticias/brasil-gasta-r-383-ao-dia-com-a-saude-de-cada-habitante-2/>. Acesso em: 04 mar.2022.
- CORREIO BRAZILIENSE. **População gasta mais com saúde do que o governo, segundo IBGE, 2012**.

Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/01/18/internas_economia,286760/populacao-gasta-mais-com-saude-do-que-o-governo-segundo-ibge.shtml>. Acesso em 05 mar. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Moderna, 1999.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. Jus Navigandi, 2012. Disponível em :<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 20 set. 2021.

HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/>. Acesso em 08 mar. 2022.

INSITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, 2019.
Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>> Acesso em: 07 mar. 2022.

INSITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União**. Brasília, 2019.
Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>> Acesso em: 07 mar. 2022.

LABOISSIERE, Paula. **Quase 90% dos brasileiros consideram saúde péssima, ruim ou regular**. Agência Brasil, Brasília, 26 jun. 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-06/para-89-dos-brasileiros-saude-e-considerada-pessima-ruim-ou-regular>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105-127, maio/ago. 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **A Efetivação do Direito à Saúde – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades**. In **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. v.6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

LUIZ, Olinda do Carmo. **Direitos e equidade: princípios éticos para a saúde**. Arq. Méd. ABC. 2005, p. 74.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JÚNIOR, Néilson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOBLET, Alfred. **A democracia inglesa**. p.28 *Apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. P.152.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. **Direito & Justiça**. v. 36. n. 1. Porto Alegre, 2010.

ORDACGY, André da S. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2007.

Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf> Acesso em: 22 set. 2021.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

PISKE, Oriana. **Formas Alternativas de Resolução de Conflito**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 24, n. 5, p. 2, maio 2012.

Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/49739>
Acesso em: 12 mar.2022

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Ingo%20Wol
f. Acesso em: 02 mar. 2022.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1053, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8382>>. Acesso em: 06 mar.2022.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. **O fornecimento de medicamentos pelo Estado**. Revista de direito da Procuradoria-Geral 55: 109, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles**. 2008. Disponível em: »
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008l0052:es:NOT>
Acesso em 12 mar. 2022.