

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

RENATA MIRANDA CONCÓRDIA

**A EFICÁCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO
BRASIL**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2015**

RENATA MIRANDA CONCÓRDIA

**A EFICÁCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO
BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da professora M.^a Francele Moreira Marisco.

**CACOAL – RO
2015**

Concórdia, Renata Miranda.

C744j A eficácia da judicialização do direito à saúde no Brasil/ Renata
Miranda Concórdia – Cacoal/RO: UNIR, 2015.

64 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientadora: Prof. Ma. Francele Moreira Marisco.

1. Direito 2. Saúde 3. Garantia 4. Constituição 5.
Judicialização. I. Marisco, Francele Moreira. II. Universidade Federal
de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 342

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

A EFICÁCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

RENATA MIRANDA CONCÓRDIA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professora M.a Daeane Zulian Dorst - UNIR - Presidente

Professor Esp. Jônathas Siviero - UNIR - Membro

Professor M.e Gilson Tetsuo Myiakava - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, 02 de julho de 2015.

Dedico à Minha mãe Eunice Concordia, pois confiou em mim e me deu esta oportunidade de concretizar e encerrar mais uma caminhada da minha vida, aos meus amados avós maternos Pilar e Alcides (*in memoriam*), bem como aos meus avós paternos Cristina e Antônio (*in memoriam*). Saudades eternas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo da minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que uma pessoa pode conhecer.

Pelo dom da vida, por ter iluminado meu caminho e me oferecido a oportunidade de viver, evoluir, crescer e conhecer todas as pessoas que citarei abaixo.

Agradeço a toda minha família, pai Sebastião e irmão Pablo que apesar de alguns desajustes procuraram ajudar. Agradeço a minha mãe Eunice, mulher de fé e corajosa, pois confiou em mim e me deu esta oportunidade de concretizar e encerrar mais uma caminhada da minha vida, pois não mediu esforços para que este sonho se realizasse. Sem a compreensão, ajuda e confiança dela nada disso seria possível hoje.

Tia Rosângela e tia Alice que vivem me ajudando na correria do dia-dia, e sempre que preciso estão à disposição para o que der e vier.

Minha prima Vanessinha sempre presente. Espero que a tenha incentivado para que estude e seja uma pessoa que vislumbre também uma vida acadêmica, minha gratidão.

Obrigada meus tios, Tião, Janete, e todos os outros familiares, que nos momentos de minha ausência dedicados ao estudo superior, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente. Obrigada!

Agradeço aos meus avós maternos Pilar e Alcides (*in memoriam*) e aos meus avós paternos Cristina e Antônio (*in memoriam*) que, infelizmente, não poderão estar presentes neste momento tão feliz da minha vida, mas se faz necessário agradecer a educação recebida, o exemplo de luta, bem como o amor dedicado que me faz fortalecida até hoje. Sem dúvida, estariam muito orgulhosos por me verem vencer este desafio. Obrigada avós queridos, por tudo. Saudades Eternas!!!

Por todos comentários inteligentes, bem como pelo suporte, correção, incentivo e por não permitir que eu perdesse o foco da pesquisa, agradeço muito a minha orientadora professora mestre Francele Moreira Marisco.

Obrigada também a Wilsa pela sua grande ajuda na leitura da pesquisa, apontando os erros ortográficos para um melhor trabalho.

Obrigada também Leila e Erica, minhas amigas e confidentes. Simples palavras não são o suficiente para expressar tudo o que vocês fizeram por mim. E família, Luziete, Senhor Uzias e Igor, pelo apoio e companheirismo de sempre e sempre.

Também merece minha total gratidão pelos últimos cinco anos, aos amigos, Adineia, Oliliane, Nédia, (meninas, pela constante diversão que não foram poucas nesses anos e por fazerem parte do meu amadurecimento) Edson e Gilson (pelas incansáveis caronas), Wallace (personalidade peculiar sempre rs), Vanessa e Leiliane (sempre ajudando), companheiros e amigos que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

Ao meu amigo Leonardo que apareceu e se tornou uma pessoa importante, sempre ajudando, pois sabe os percalços da formação superior. Obrigada!

Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender.

Enfim, a todos que contribuíram de forma direta ou indireta durante este curso, bem como a todos que torceram e acreditaram que este momento chegaria. Serei infinitamente grata a todos vocês.

A cada dia que vivo, mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca, e que, esquivando-se do sofrimento, perdemos também a felicidade

(Carlos D. de Andrade)

RESUMO

Este trabalho busca analisar a relação entre o direito à saúde constitucionalmente garantido e seus determinantes sociais, apresentando inicialmente uma breve evolução histórica da saúde pública no Brasil. É contextualizada também a garantia do direito à saúde, tendo como preceito fundamental o fato de que o ente público não pode furtar-se de promovê-la. Em seguida, relaciona-se o direito de receber do Estado a chamada ajuda de custo quando não há tratamento médico adequado na unidade de Federação do cidadão – e o mesmo não detém condições financeiras para arcar com as despesas fora de seu domicílio. Tem a referida verba a finalidade de subsidiar custos com alimentação, transporte e hospedagem de maneira que se efetive esse direito fundamental assegurado. Traz à baila, as perspectivas da judicialização da saúde - temática esta que o Poder Judiciário é frequentemente conclamado a solucionar por não haver medida eficaz, tendo em vista as negligências da Administração Pública. O caminho natural é que haja uma invocação jurídica desse específico direito social em determinada situação concreta, como forma de garantir um direito constitucional assegurado em decorrência das necessidades do cidadão.

Palavras-chave: Direito. Saúde. Garantia. Constituição. Judicialização.

ABSTRACT

This work analyzes the relation between the constitutionally guaranteed right to health and its social determinants, initially presenting a brief historical evolution of public health in Brazil. It is contextualized also guaranteeing the right to health, having as fundamental premise the fact that the public entity can not avoid to promote it. Then relates the right to receive from the State the call allowance when there is no proper medical care in Federation of citizen - and the same holds no financial position to bear the expenses out of their homes. It has the said amount in order to subsidize food costs, transportation and accommodation so that becomes effective this fundamental right secured. Brings up, this academic work, health legalization of perspectives - this theme that the judiciary is often called upon to resolve because there is no effective measure in view of the shortcomings of public administration. The natural way is that there is a legal invocation of this particular social law in a given concrete situation, in order to ensure a constitutional right guaranteed as a result of citizen needs.

Keywords: Equality. Right. Health. Guarantee. Constitution. Legalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITO À SAÚDE E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	13
1.1 HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	13
1.2 DEFINIÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	17
1.3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O DIREITO À SAÚDE	20
1.3.1 Princípio da Igualdade	21
1.3.2 Princípio da Proporcionalidade	22
1.3.3 Princípio da Reserva Do Possível.....	24
2 A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .	29
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRESSUPOSTO BÁSICO E FUNDAMENTAL.....	29
2.2 A EFICÁCIA POSITIVA DO “MINIMO EXISTENCIAL”	32
2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	36
2.4 ASPECTOS JURÍDICOS DO TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO.....	40
3 O CONTROLE JURISDICIONAL E O LIMITE À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE	45
3.1 O DEVER DO ESTADO EM PROMOVER O DIREITO À SAÚDE	45
3.2 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	48
3.3 O ENDENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) afirma que é um dos direitos fundamentais de todo homem “gozar do grau máximo de saúde” e “que os governos têm a responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só poderá ser cumprida por meio da adoção de medidas sanitárias sociais adequadas”. Também estão garantidos na Carta Magna de 1988, considerados como bens jurídicos ou instrumentos por meio dos quais é assegurado o exercício dessas prerrogativas, bem como a devida reparação no caso de violação.

Ademais, o direito a saúde está vinculado aos deveres dos Poderes Públicos, conforme a realidade da sociedade, ficando obrigado a promover a saúde e a efetivar esse direito premente aos necessitados. Além disso, o Poder Legislativo (através da elaboração dos instrumentos legais) e o Executivo (através de medidas administrativas pertinentes) estão associados ao cumprimento e concretização dessas prerrogativas fundamentais, devendo assegurar a sociedade a realização do acesso à saúde eficiente e que vá ao encontro das necessidades prementes do indivíduo.

Assim o objetivo central da pesquisa é demonstrar a responsabilidade do ente federado frente a necessidade do indivíduo de um tratamento à saúde digno, pois o direito à saúde é uma garantia constitucional, o qual não deve escusar-se de promover esse direito.

O tema será desenvolvido por meio do método dedutivo-dialético, de forma predominante, pois por meio de uma pesquisa constitucional de diversos argumentos e teorias a respeito da problemática o método de abordagem a ser adotado no presente estudo será do direito fundamental à saúde e sua efetivação

por meio de ações judiciais, analisará, em termos de Direito brasileiro o reconhecimento de premissas gerais aplicáveis a casos concretos.

Inicialmente, apresentar-se-á um breve histórico do direito à saúde no Brasil, a evolução do direito à saúde nas constituições brasileiras, bem como a abordagem do direito à saúde, segundo os princípios jurídicos e o imenso respaldo que este direito fundamental tem na seara principiológica.

Em seguida, no segundo capítulo, analisar-se-á especificamente a intrínseca relação entre o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, pois é de conhecimento comum as negligências praticadas pelo Estado a esse direito tão básico à vida humana, bem como considerações a respeito do benefício do Tratamento Fora do Domicílio - um instrumento legal para garantir tratamentos médicos a pacientes que necessitam de apoio em outros estados, quando acometidos por doenças que não tem, em seus municípios de origem, recursos e condições técnicas de tratamento.

Neste contexto, elenca-se a possibilidade do Brasil ser um país em que há ampla garantia em leis. Entretanto, deve-se considerar que há a ineficácia em relação à efetividade dos direitos fundamentais, o que acaba por produzir negligência ao princípio da dignidade da pessoa humana e torna o respaldo legal regulamentar ineficaz. Surge, daí, a urgência em se acionar o Poder Judiciário para que se faça cumprir o que determina a legislação específica.

Está reservado o último capítulo para debater a temática sobre a judicialização da saúde, tendo como objetivo traçar um breve estudo, assim como estabelecer uma revisão sobre os ditames assistidos ao Poder Judiciário nas decisões fundamentadas na Constituição Federal de 1988. Nestes termos, o presente trabalho tem por objetivo analisar a existência do conflito entre um direito constitucionalmente asseverado e as negligências em efetivar o direito à saúde pelos órgãos do Poder Executivo, responsável direto pela administração e controle deste setor público.

Vale salientar que o importante é garantir a saúde humana de maneira digna, evidenciando e concretizando os valores sociais constitucionalmente fixados em prol de uma cultura justa numa sociedade que clama por seus direitos. Ademais, o procedimento técnico aplicado foi de pesquisa bibliográfica a partir de material já

publicado, constituído principalmente de livros doutrinários, jurisprudências pátrias e artigos científicos atinentes ao tema.

1 DIREITO À SAÚDE E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) assevera que é um dos direitos fundamentais de todo o homem “gozar do grau máximo de saúde” e “que os governos têm a responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só poderá ser cumprida através da adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas”. (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946)

Não obstante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adota e proclama, conforme resolução 217 A, III, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e determina o artigo 25^o, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Neste contexto, pode-se afirmar que o direito à saúde é a forma mais irrefutável entre o direito à vida e a condição da dignidade da pessoa humana.

O respectivo direito é reconhecido e considerado pela Constituição Federal de 1988 no artigo 6^o, bem como no artigo 196 e seguintes¹ como um direito fundamental, visto que é dever do Estado garantir o acesso universal e igualitário à população.

Diante disso, examina-se o histórico da saúde pública no Brasil, bem como a evolução da proteção do direito à saúde nas constituições brasileiras, seguido de definição do Sistema Único de Saúde.

1.1 HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

¹Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

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.

A história da saúde no Brasil teve início no ano de 1808 com a chegada da realeza portuguesa no país. A partir desse marco, passou a existir um maior implemento nos procedimentos do sistema de saúde, visto que até então eram apenas cuidados mais primitivos, como plantas naturais do conhecimento do povo.

Assim, na época da chegada dos portugueses ao país, tudo dependia da metrópole, Portugal, pois segundo Paim (2009), os serviços de saúde das tropas militares subordinavam-se ao cirurgião-mor dos Exércitos de Portugal. Já o físico-mor, diretamente ou por meio de seus delegados nas capitânias, respondia pelo saneamento e pela profilaxia das doenças epidêmicas e às questões relativas ao trabalho de médicos, farmacêuticos, cirurgiões, boticários, curandeiros, dentre outros mais.

Os problemas de higiene eram de responsabilidade das autoridades locais. Assim, as câmaras municipais se preocupavam com a sujeira das cidades, a fiscalização dos portos e o comércio de alimentos. E desde aquela época os moradores das cidades solicitavam a presença de médicos, mediante cartas do rei, apesar da dificuldade de serem encontrados profissionais dispostos a migrarem para o Brasil. (PAIM, 2009, p. 25-26)

Por conseguinte, com a vinda da Família Real, houve o incentivo de desenvolver a medicina em si, porém não se registram medidas sistemáticas para isso - fato que somente irá surgir na organização da Estrutura política da República no país.

Nota-se, a partir de 1930, quando Getúlio Vargas toma o poder iniciando a chamada “Era Vargas”, que ações começaram a ser desenvolvidas de forma democrática para a sociedade ao passo que: “Vargas adotou o populismo, criou o Ministério da Educação e Saúde, Trabalho, Indústria e Comercio” (BARBEIRO; CANTELE; SCHNEEBERGER, 2004, p. 414). Contudo, a contribuição de Vargas para a sociedade com a criação deste ministério foi ínfima. Pelo fato de haver uma unicidade no respectivo ministério entre educação e saúde, os recursos eram distribuídos conjuntamente, com o emprego de pouco investimento na saúde brasileira.

A saúde começou a realmente ter uma funcionalidade melhor com a criação do Ministério da Saúde, através da Lei 1.920 de 1953, a qual separava a pasta (até então conjunta) da Educação e Saúde em Ministério da Educação e Cultura e

Ministério da Saúde, possibilitando melhor investimento e organização administrativa na área da saúde no país. Observa-se que a organização da saúde pública no Brasil é baseada na edição de várias normas, e muitas mudanças na esfera administrativa, mas somente após a Era Vargas que foi criado o órgão para o controle e organização institucional.

Através da previsão específica instituída pela Lei n.º 6.229, de 1975 foi instituído o Sistema Nacional de Saúde, bem como o Decreto n.º 94.657, de 1987 o qual fundamentava a criação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados (SUSDS). O governo Federal pretendia, assim, passar aos Estados membros e aos Municípios as respectivas ações em relação à saúde para obter eficaz organização e a garantia da saúde para população.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 1891, estabelecendo como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si. Neste sentido afirma Carone:

O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria e divisão dos poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam de liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente. (CARONE, 1969, p. 67)

Esta Constituição de 1891 organizou-se de uma estrutura formalizada, porém faltou uma vinculação com a realidade do país, ou seja, não teve eficácia social.

Em seguida, mantiveram da constituição anterior os princípios formais fundamentais como a República, a Federação, a divisão dos poderes, o presidencialismo e outros, mas a Constituição de 1934 não era tão bem estruturada como a primeira. Sobre esse contexto histórico, Silva analisa que:

Getúlio, na Presidência da República, intervém nos Estados. Liquida com a política dos governadores. Afasta a influência dos coronéis. Prepara novo sistema eleitoral para o Brasil, instituindo a justiça eleitoral, que cercou de garantias e à qual atribuiu as funções importantíssimas de julgar da validade das eleições e proclamar os eleitos. (SILVA, 2009, p. 81)

É importante relatar que, ao lado da clássica declaração dos direitos e garantias individuais, a Constituição de 1934 escreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre família, educação e cultura, bem como criou a justiça eleitoral como órgão do Poder Judiciário.

Não teve aplicação regular a Carta de 1937, visto que muitos de seus dispositivos permaneceram lei morta. Houve apenas a ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo centrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decreto-lei. Consta que “vinte e uma emendas sofreu essa Constituição, através de leis constitucionais, que alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do chefe do governo.” (SILVA, 2009, p. 83)

Com o histórico de Silva (2009), a redemocratização veio a ocorrer com a Constituição de 1946, após o fim da Segunda Guerra Mundial. O Brasil lutou junto aos aliados contra a ditadura nazi-facista, retornando, após este período, aos movimentos em prol da redemocratização. No mundo pós-guerra houve a recomposição dos princípios constitucionais com a reformulação das Constituições existentes de outros países, influenciando o debate sobre a reconstitucionalização da nação brasileira.

Em seguida, a Constituição de 1967 apresenta influência da Carta Política de 1937, tendo como questão primordial a preocupação com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República, reformulou o sistema tributário nacional e ainda dentre outras características reduziu a autonomia individual permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais.

Com o fim da ditadura militar e a redemocratização no país, a Carta Magna vigente em seu artigo 6º, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, prevê que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados. Tem-se ainda adiante, no Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo II – Da Seguridade Social, Seção II – Da Saúde, dispositivos que asseguram à saúde a atribuição de ser direito de todos e dever do Estado, garantidos mediante políticas sociais e econômicas. Conforme disposto no artigo 196, essas medidas visam à redução do risco de doença e outros agravos, assim como o acesso universal e igualitário às ações e

serviços para a promoção, proteção e recuperação do cidadão brasileiro. Por sua vez, o art. 197 dispõe que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Desta feita, Fiorillo (2004) considera que o direito a saúde é um direito difuso previsto para todos, visando possibilitar o acesso universal e integrando componentes básicos para estruturar e enfatizar o Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar que a garantia constitucional dos direitos fundamentais e sociais foram totalmente mitigados pelas constituições acima citadas e, somente com a Constituição Federal de 1988, esses direitos começaram a ter relevância constitucional no país. Logo, o direito à saúde foi eleito pelo constituinte como de peculiar importância, recebendo, deste modo, proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico-constitucional brasileira e suscitou, mais tarde, o surgimento de um órgão governamental que exerceria papel centralizador das atividades referentes à saúde no país.

1.2 DEFINIÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Tendo como parâmetros o direito fundamental de acesso à saúde, previu a Constituição Federal de 1988 a criação de uma estrutura organizacional. Indicou, também seus objetivos, assim como seria a atuação desse órgão administrativo. Surge, dessa maneira, o esboço do que seria o Sistema Único de Saúde, que receberia mais tarde legislação específica.

Nesse propósito, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), a qual estabelece a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde (SUS), propondo sua forma de organização e de funcionamento. Desta forma, encontra-se disposto no artigo 3º da referida Lei:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Ainda em referência direta a referida legislação ordinária:

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. Essa definição, até avançada para a época em que foi realizada, é, no momento, irreal, ultrapassada e unilateral. (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 539)

No que se refere ao conceito de saúde adotado pela Lei 8.080/1990, seu conteúdo é considerado mais abrangente que o da Constituição Federal e se aproxima do sentido proposto pela Organização Mundial da Saúde. Além disso, direciona a uma integralidade de ações federativas, tanto no âmbito político como no contexto técnico. Instruindo, dessa forma, que se mobilize a sociedade e o Estado para que busquem a construção de várias políticas sociais, no sentido de alcançar a qualidade não apenas da saúde, mas também dos demais elementos considerados formadores de bem-estar físico e mental.

O SUS é concebido como o conjunto de implementos e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração da saúde direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar, pois entre suas principais atribuições, segundo o artigo 6º, VI, da Lei Orgânica da Saúde está: “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção.”

Importante salientar que:

O Sistema Único de Saúde nasce trazendo um novo conceito do processo saúde e doença, abrigando os princípios doutrinários da universalidade, equidade e integralidade para o conjunto das ações em saúde que abrangem um ciclo completo e integrado entre a promoção à saúde, a proteção e a recuperação. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1991)

Ainda tendo como dispositivo legal a referida Lei, em seu artigo 7º, incisos I e IX, estrutura as formas do SUS, bem como fixa as suas atribuições. Além disso, estabelece os princípios com os quais se devem orientar na atuação de procedimentos. Outrossim, destacam-se a universalidade e igualdade de assistência

à saúde, as quais garantem o acesso às ações e serviços de saúde a todas as pessoas. Ainda trata da subsidiariedade e a municipalização, ações que procuram atribuir a responsabilidade aos municípios na execução de políticas públicas de saúde em geral.

Por conseguinte, cumpre notar que a Lei 8.080/90 procurou definir o que cabe a cada um dos Entes Federativos na matéria. Segundo o artigo 16, inciso XIII e XV, a direção nacional do SUS atribui-se a competência de: “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”, promovendo na sequência: “a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal.” Logo após, estabelece o artigo 17 as competências da direção estadual do SUS, atribui-lhe a prerrogativa de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, assim como de executar supletivamente ações e serviços de saúde, entre outros. Ademais, estabelece o artigo 18, incisos I e III, a competência da direção municipal do SUS, com o fim de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde.

Isto posto, observa-se que os artigos citados acima se definem em decorrência do princípio da descentralização administrativa, pelas competências promovidas pela Constituição Federal e também pela aprovação da Lei 8.080/90, enfatizando noções subsidiárias e de municipalização. Ampliando a discussão sobre o tema, vale a pena citar:

Nestas duas décadas, observam-se contundentes avanços do SUS. Destacam, por exemplo, a institucionalização e sistematização da participação social, atribuição de responsabilidades mais específicas nos processos de descentralização por meio da efetivação das Normas Operacionais Básicas do SUS, que constituem ferramentas de operacionalização e da regulação do sistema. Crescente autonomia dos municípios na gestão financeira do SUS por meio da transferência de recursos fundo a fundo, mecanismos de planejamento, gestão e avaliação do sistema nos três níveis de governo. (LUCHESSI, 2003, p. 439)

Destarte, alguns autores, como Campos (1992), Noronha e Soares (2001) apontam que há de se ter um reconhecimento maior das necessidades das pessoas em relação ao SUS, tais como nas grandes diferenças quanto a oferta de serviços e as desigualdades regionais. Assim, como limitações de recursos humanos e de

educação em saúde, qualificação da participação social e, por conseguinte, a garantia de mecanismos que permitam minimizar a crescente exclusão social e promover o acesso efetivo e universal à saúde.

Tendo como norma fundamental o conceito de que a saúde é concebida como dever do Estado e direito de todos, só poderá ser positivamente relevante quando fundamentada em normas jurídicas que promovam e protejam este direito constitucional. Assim sendo, uma legislação não deverá ser promulgada quando não buscar amparo na promoção de valores e nos princípios basilares da sociedade contemporânea. O panorama jurídico atual revela a necessidade de uma legislação voltada para o atendimento das necessidades humanas.

1.3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O DIREITO À SAÚDE

No cenário brasileiro, figura-se o direito à saúde como sendo um dos mais debatidos temas nos âmbitos acadêmico, doutrinário e judicial. Aliado a este fator, na elaboração da legislação pertinente à temática deste trabalho, é válido ressaltar a existência de determinados princípios observáveis como fundamentais no atual ordenamento jurídico brasileiro. Importante registrar que, na doutrina vigente, os princípios são considerados normas básicas axiomáticas. Informa Celso Bandeira de Mello ser este conceito fundamental um:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 1991, p.299)

Destarte, designados os princípios como premissas primárias do direito vinculam-se aos axiomas da sociedade, a fim de garantir uma convivência social e organizada.

Logo, prossegue a análise do direito à saúde diante dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da reserva do possível.

1.3.1 Princípio da igualdade

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido por meio de políticas sociais e econômicas. Estes instrumentos devem buscar a redução do risco de doenças e de outros agravos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, bem como proteção e recuperação, conforme preconiza o artigo 196 da Constituição Federal². Além da manifestação constitucional no sentido de garantia do direito à saúde, destaca-se também o seguinte entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF):

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no pano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema de saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República” (BRASIL, 2000)

Em consonância ao que foi exposto, o STF também assentou entendimento sobre que o direito à saúde não deve sofrer embaraços criados por autoridades administrativas que o dificultem ou lhe reduzam o acesso (RE, 226.835, 2011).

Nestes termos, acrescenta o eminente Ministro do STF Gilmar Mendes, que o direito à saúde, constitucionalmente previsto, estabelece-se como direito de todos. Sendo dever do Estado garantir mediante políticas públicas, que visem a redução de doenças e o agravos decorrentes das mesmas, regidas pelo princípio do acesso universal e igualitário, com medidas de serviços para a proteção, promoção e recuperação da saúde no Brasil.

A respeito do supramencionado, o autor Uadi Lammêgo Bulos afirma o que segue:

²Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

“[...] O direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de prestações positivas e negativas. Pela primeira, os Poderes Públicos devem tomar medidas preventivas ou paliativas no combate e no tratamento de doenças. Pela segunda, incumbe-lhes abster-se, deixando de praticar atos obstaculizadores do cabal exercício desse direito fundamental.” (BULOS, 2014, p. 1563)

Outrossim, neste aspecto é importante mencionar os ensinamentos de Silva nos seguintes termos:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexam com o direito da 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. (SILVA, 2008, p. 286-287)

Evidencia-se que o direito à saúde é um dos direitos fundamentais elencados na atual Constituição, ligados aos bens jurídicos do indivíduo que seriam a dignidade e a vida. Por ser assim, a não efetivação desse direito pode resultar em graves consequências, incluindo morte de pessoas.

1.3.2 Princípio da proporcionalidade

Buscando consolidar o Estado de Direito, dentre do padrão principiológico constitucional, alguns desses institutos jurídicos aparecem como figura de destaque na atual Constituição vigente. Entre eles, o princípio da proporcionalidade funciona como elemento de harmonização de interesses e também de proteção dos direitos fundamentais. Analisa-se que o bom senso, a prudência e a moderação são indispensáveis à exegese de toda e qualquer diretriz constitucional. Pelos critérios da proporcionalidade, servem a adequação e a necessidade como medida fundamental para aferição de sua eficácia. Na esteira deste entendimento doutrinário, encontra-se a seguinte citação:

Como explica Guerra Filho, que foi o primeiro jurista brasileiro a tratar da tripla dimensão do princípio da proporcionalidade, na qual uma medida será adequada “se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.” (GUERRA FILHO, 1989, p.75)

Cumpra mencionar que a proporcionalidade representa a proibição de excesso e de insuficiência, de modo que não se pode exigir do Estado algo fora dos padrões do razoável ou do racional. No entanto, a reserva do possível também se relaciona com a proporcionalidade no sentido daquilo que for possível de realização. Também estabelece o eminente autor que: “A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.” (MENDES, 2012, p. 329)

Desse modo, conforme as características mencionadas acima, nos referidos aspectos, a formulação de perguntas que devem ser observadas para examinar a legitimidade de algumas medidas que limitariam direitos fundamentais, como o direito à saúde, passam a apresentar-se como:

- a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? b) o meio escolhido foi o ‘mais suave’ ou o menos oneroso entre as opções existentes? c) o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida limitou? (LIMA, 2002, p. 1)

Nesta seara doutrinária, observa-se o entendimento de Alexy, posto que a submáxima da proporcionalidade em sentido estrito verifica-se pela ponderação entre princípios contraditórios. Ainda segundo o mesmo autor, o balanceamento teria três regras:

- 1º) avaliação do grau de não satisfação de um dos princípios;
- 2º) avaliação da importância da satisfação do princípio colidente; e
- 3º) avaliação se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio. (ALEXY, 2008, p. 594).

Ainda deve-se mencionar que, na teoria dos princípios, Alexy (2008) estabelece um parâmetro normativo para a resolução de conflito entre princípios defendendo a temática, segundo Leal, que:

Um dos aspectos decisivos da teoria de Alexy, como visto, é sua definição de princípios jurídicos como mandados de otimização (*Optimierungsgebote*), dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O que os caracteriza é a possibilidade de cumprimento em diversos graus. Por tal razão é que a teoria dos princípios alexyana implica (logicamente) o ‘princípio da proporcionalidade’ (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), com seus três princípios, e o ‘princípio da proporcionalidade’ implica a teoria dos princípios. A possibilidade de relativizar a realização em função das possibilidades fáticas nos conduz às submáximas de adequação e necessidade, que expressam, para Alexy, a idéia do *ótimo de Pareto*. Isso significa que os processos de aplicação de princípios colidentes devem buscar uma *composição eficiente* entre as normas. Nesse aspecto, a busca

pelo resultado ótimo (eficiência) é um dever estrutural de aplicação de princípios jurídicos. (LEAL, 2006, p. 160)

Assim, pode-se dizer que ambos os autores primam pela máxima da necessidade, pois está intrinsecamente relacionada com a ideia de eficiência e vedação de renúncias desnecessárias ao direito à saúde se impõe. Ainda sobre a presente questão, o entendimento é de que na Constituição Federal de 1988 um dos princípios mais utilizados foi o da proporcionalidade. Visto que os julgadores, bem como os tribunais superiores tem fundamentado suas decisões em tal princípio, em que merece evidencia a decisão do Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 21.923-5MG), na qual o Ministro Relator HUMBERTO GOMES DE BARROS, afirma estar certo de que "o Poder Judiciário não se poderia furtar à declaração de nulidade de absurdos evidentes" (BRASIL, 1992).

Portanto, tendo em vista riscos que podem aniquilar direitos fundamentais, procura-se solver questões com base em outros elementos intrínsecos ao princípio da proporcionalidade, que é especificamente a necessidade que deve sopesar todos os direitos. Assim, seria indevido uma decisão judicial que determinasse aos órgãos públicos conceder a um paciente um medicamento inadequado ou determinasse ao SUS a realização de uma cirurgia inútil a determinado tratamento de uma doença. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade tem o papel de obter um controle para assim promover a solução adequada e a integral justiça, bem maior almejado por toda a sociedade.

1.3.3 Princípio da reserva do possível

A reserva do possível relaciona-se com o princípio da proporcionalidade no sentido daquilo que for possível de realização, consistindo na ponderação e equilíbrio entre o bem jurídico que deve assegurar ou o limite a outro direito.

O conceito do princípio da reserva do possível condiciona a possibilidade e a atuação do poder estatal para a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, assim como o direito à saúde. Para a real eficácia há que se proporcionar a prestação do Estado com a existência dos recursos públicos disponíveis. A respeito do conceito de reserva do possível, cita-se Angélica Carlini:

Termo importado do Direito germânico do pós-guerra, a expressão de fato sugere que a efetividade dos direitos fundamentais estará condicionada à existência de reservas obtidas a partir da arrecadação de tributos, atribuindo ao Executivo e ao Legislativo a supremacia pela decisão de onde investir o dinheiro público, sabido que, no sistema brasileiro, o orçamento é constituído pelo Executivo e pelo Legislativo que o aprova em sua forma final. (CARLINI, 2014, p. 117-118)

Além disso, a reserva do possível promove uma aproximação do Direito com a Economia para que haja uma total efetividade dos direitos fundamentais e sociais. Conforme o autor Fernando Facury Scaff afirma:

Os economistas possuem uma expressão bastante interessante, denominada 'Limite do Orçamento', que depois foi trasladada para o Direito, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, com o nome de 'Reserva do Possível'. O significado é o mesmo: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização da econômica geral. (SCAFF, 2008, p.169)

A reserva do possível, conforme citação anterior, tem origem na Alemanha do pós-guerra e prevê a relação do Estado com os elementos essenciais para promover e garantir a eficácia dos recursos arrecadados para efetivar os direitos constitucionais, pois há consonância com o orçamento público e a sua disponibilidade. Cumpre ainda registrar que, segundo Flávia Piovesan, os direitos fundamentais tem garantia e aplicabilidade imediata, conforme previsão estabelecida na Constituição Federal de 1988. Dessa maneira, ainda segundo a autora:

Inadmissível por consequência, tornar-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir o direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2003, p. 44)

Em outra definição, o Estado é o agente que obtém o orçamento e cabe a ele organizar pela via do Executivo e Legislativo formas de direcionar o orçamento a partir de preferências que estão inseridas no contexto da discricionariedade do Estado. A douta Ana Paula Barcellos expõe seu pensamento a respeito do tema:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] a

reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

A rigor, sob o título da reserva do possível convivem ao menos duas espécies de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como reserva do possível fática. [...] O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular. (BARCELLOS, 2008, p. 261-263)

Ainda na seara do entendimento de Barcellos, a mesma argumenta que a reserva do possível é um tema que passou a ser discutido no Brasil a partir da década de 1990 e destaca de forma prudente que:

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicalidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas. (BARCELLOS, 2008, p. 263)

Nota-se que, de fato, a falta de estudo a respeito da reserva do possível gera vários fatores que vêm a calhar diretamente com os direitos sociais, na medida em que a falta de decisão dos poderes em promover o real direito não pode ser sinônimo de abstenção ou até mesmo de negação, pois representa justiça a aplicação de recursos públicos a todos os fatores sociais. Para fundamentar tal informação, têm que:

O princípio da reserva do possível, portanto, não constitui reduto de proteção para o Estado deixar de cumprir seus deveres. É o caso das omissões constitucionais, que devem ser repudiadas. Ora, qualquer conduta governamental negativa pode aniquilar direitos constitucionais básicos, como a educação, a saúde, a previdência, a moradia etc., fulminando, por completo, o status de fundamentalidade que ostentam. (BULOS, 2014, p. 379)

Outrossim, acrescenta-se que no Brasil, cuja administração estatal por diversas formas é marcada pela má gestão dos recursos orçamentários em decorrência principalmente por práticas de corrupção, não pode ser utilizado a reserva do possível como alegação para admitir um acesso precário e até negativo dos direitos fundamentais. Na mesma acepção, partilha Sarlet do seguinte entendimento: “Os direitos fundamentais possuem também a dimensão objetiva, que

impõe ao legislador e demais entes públicos a concretização de determinadas tarefas-fins e/ou programas.” (SARLET, 2008, p. 163). Ademais, há uma generalização e desconfiança da sociedade no sentido de que o argumento dos Entes Federados a respeito da reserva do possível é uma justificativa evasiva da má gestão dos recursos públicos, pois são utilizados e administrados de maneira ilícita para patrocinar interesses próprios de políticos e administradores públicos.

Neste contexto, defende Barcellos o seguinte entendimento:

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (BARCELLOS, 2008, 271-272)

Não se deve olvidar, contudo, que as limitações impostas pela falta de recursos públicos não pode permitir atitudes escusas em relação ao direito social à saúde. Especificamente, tendo em vista ser um direito associado a dignidade da pessoa humana de usufruir de uma vida plenamente saudável. Em referência ao seguinte questionamento, observa-se:

Neste sentido, para que o Estado venha a negar efetividade a um direito usocial ou fundamental sob a alegação da reserva do possível, impõe demonstrar que tem “motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. (AMARAL, 1999, p. 110)

Desta forma, o conceito de reserva do possível pode ser aplicado à saúde pública no país. Não pode ser, porém, apenas uma construção teórica para ser utilizada pelos Entes Federados para afastar a responsabilidade de promover o direito à saúde pública, mas sendo aceitável em uma amplitude maior da ideia de planejamento do exercício público na medida em que venham a surgir maior

quantidade de necessidades, as quais passariam a ocorrer com eficácia e democracia.

De acordo com os conceitos apontados acima, a Reserva do Possível é atribuída como um elemento externo, oportuno para o Estado limitar o acesso à saúde, em face da restrição orçamentária. No entanto, esse discurso não deve ser o almejado, tendo em vista a existência dos direitos constitucionalmente previstos que promovem a dignidade da pessoa humana.

Outrossim, faz-se necessário aprimorar os princípios da eficácia e efetividade do direito à saúde, visto estar embasado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Requer, pois, o direito à saúde certa proteção contra medidas do poder público que venham a aniquilá-lo ou reduzi-lo de modo desproporcional, pois estão previstos na Constituição Federal os níveis já consagrados de proteção social.

2 A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRESSUPOSTO BÁSICO E FUNDAMENTAL

A precariedade da saúde é característica de vários estados no país, e tal situação se agrava com os insatisfatórios recursos tecnológicos e humanos existentes na área de saúde. Diante dessa situação, tendo em vista a necessidade de maiores implementos na realização de tratamentos a certas doenças, o Tratamento Fora do Domicílio de Rondônia foi aprovado pela Portaria no 207/GAB/SESAU, de agosto de 2004. O título regulamenta o Tratamento Fora de Domicílio a nível estadual, seguindo as orientações da Portaria n.º 055, de 24 de fevereiro de 1999 do Ministério da Saúde.

Neste sentido, busca-se a dignidade da pessoa humana cumprindo o estabelecido na Constituição Federal, quando os municípios e estados promovem o pleno direito à saúde a tratamentos não fornecidos em seus territórios.

Todos os direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, devem ser interpretados de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, vale mencionar a teoria de Kant, que em sua obra “A fundamentação da Metafísica dos Costumes” (2005), realizou um conceito amplo e consistente das relações da pessoa humana como um todo. Nestes termos, é devido estabelecer premissas do indivíduo para se conectar com as questões jurídicas, como assinala o mestre Reale:

Partimos dessa ideia, a nosso ver básica, de que a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores. O homem, como ser natural biopsíquico, é apenas um indivíduo entre outros indivíduos, um animal entre os demais da mesma espécie. O homem, considerando na sua objetividade espiritual, enquanto ser que só se realiza no sentido de seu dever ser, é o que chamamos de pessoa. Só o homem possui a dignidade originária de ser enquanto deve ser, pondo-se como razão determinante do processo histórico.

A ideia de valor, para nós, encontra na pessoa humana, na subjetividade entendida em sua essencial intersubjetividade, a sua origem primeira, como valor-fonte de todo o mundo das estimativas, ou mundo histórico-cultural. Quanto Kant dizia – “Sê uma pessoa e respeita os demais como pessoas” – dando ao mandamento a força de um imperativo categórico, de máxima fundamental de sua Ética, estava reconhecendo na pessoa o valor por excelência. (REALE, 1999, p. 220-221)

Em análise, para Kant (2005) o Direito e o Estado devem estar estruturados e ordenados para beneficiar a sociedade, com o fim de assegurar às pessoas a liberdade de realizarem seus intentos individuais. Em semelhante temática, dignidade da pessoa humana é uma característica intrínseca da pessoa humana, de modo que se torna irrenunciável. Por assim dizer, também Sarlet (2001) identifica o significado e o alcance da dignidade da pessoa humana e propõe o seguinte conceito jurídico:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

Por sua vez, Moraes designa a dignidade da pessoa humana como:

[...] valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2006, p. 16)

Confirmando tal doutrina, Ingo Wolfgang afirma:

Consoante com o já anunciado, não há como negar – a despeito da evolução ocorrida especialmente no âmbito da Filosofia – que uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, revela-se no mínimo difícil de ser obtida. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacada na doutrina, decorre certamente (ou menos também) da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos, característica necessariamente polissêmica, bem como por um forte ‘apelo emotivo’, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à noção de dignidade da pessoa. Uma das principais dificuldades, todavia, – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que as demais normas jusfundamentais não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc), mas sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser

humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito da proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa (SARLET, 2007, p. 212-213).

A grande dificuldade advém da expressão deste princípio, o qual compreende uma gama de direitos inerentes a pessoa humana, conforme aponta de maneira lógica Sarlet (2001). Entretanto, pode-se afirmar que a proteção à dignidade da pessoa humana deve ser efetivada em todos os seus contornos.

Convém analisar, diante do exposto, quanto a abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana e a intrínseca relação com o direito à saúde, visto as necessidades básicas para uma sobrevivência plena.

Assim, não se pode ficar inerte diante de óbitos em filas de hospitais, por falta de um tratamento de saúde adequado e eficaz, posto que o direito à saúde é um direito fundamental à vida.

Assevera que a elaboração da Constituição Federal de 1988, a nação brasileira vem concretizando e efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana, seja em casos simplificados (como o acesso a saúde e/ou à educação) ou, complexos como o uso de células-tronco e suas implicações humanas.

Nessa premissa, como qualquer outro direito ou princípios conquistados, as dimensões da dignidade da pessoa humana para chegar no atual conceito, demandaram manifestações variadas e uma intensa trajetória histórica. Vale salientar que, somente após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana adquiriu certa relevância jurídica. No Pós-guerra, a compreensão deste princípio era mais simples, pois demandava apenas a continuação da vida propriamente dita vinculada a sobrevivência primitiva como ter acesso a água, comida, abrigo e demais necessidades básicas. No entanto, atualmente, o conceito é amplo e complexo, visto que qualquer desrespeito ao ser humano implica agressão a dignidade da pessoa humana. Ainda em relação ao presente aspecto, Marcelo Novelino defende:

A dignidade em si não é um direito, mas um atributo inerente a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover esse valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes

públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários para uma vida digna.

O dever de respeito impede a realização de atividades prejudiciais à dignidade (“obrigação de abstenção”). O dever de proteção exige uma ação positiva dos poderes públicos na defesa da dignidade contra qualquer espécie de violação, inclusive por parte de terceiros. O dever de promoção impõe ao Estado uma atuação no sentido de proporcionar os meios indispensáveis a uma vida digna. (NOVELINO, 2009, p. 348)

Conclui-se que, todos os direitos sociais, principalmente do direito à saúde, de maneira intrínseca, estabelecem vínculos com o princípio da dignidade da pessoa humana, a justiça e a democracia, visto que os direitos fundamentais, para obterem uma concretização satisfatória, necessitam de prestações estatais eficazes para a promoção e proteção da dignidade humana. Com a positivação deste princípio, desta forma, há uma preocupação constante da seara jurídica em lutar, pela ampliação dos direitos sociais consagradas pela Constituição Cidadã, pois as políticas públicas para a saúde são de utilidade fundamental à sociedade, tendo em vista que é garantidora do Direito à vida.

2.2 A EFICÁCIA POSITIVA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”

Ao que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado tem o dever de se abster de praticar atos que violam a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Diante da relação com a o princípio acima citado, merece uma conceituação quanto ao termo “mínimo existencial”, visto que é instituto jurídico que prevê ser o indivíduo detentor do direito à vida e à integridade física. Neste diapasão, fica relacionado o mesmo ao princípio da dignidade da pessoa humana, utilizando-se de análise econômica para efetivar a proteção e o acesso à saúde no Brasil. Trazem Sarlet e Figueiredo a concepção do “mínimo existencial”, afirmando que:

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e

integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 19)

Neste sentido, a vida de todo ser humano não consiste apenas em existir, mas existir com condições mínimas. Esses requisitos demandam alimentação saudável, lugar apropriado para viver, mas, especialmente, o direito de fazer escolhas com o resultado do trabalho e, assim, modificar as condições de vida de forma satisfatória. Estas condições básicas, todavia, devem ser fornecidas pelo Estado com o uso e administração correta dos recursos públicos, os quais trariam como resultado acesso à saúde, educação, moradia, profissão com trabalho digno mas também, em havendo desamparo total, caberia ainda ao Estado fornecer a alimentação necessária para a sua existência.

Barcellos reconhece a eficácia positiva jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, relacionando com o mínimo existencial da seguinte forma:

[...]o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. [a que utiliza a fórmula de criar um direito subjetivo de modo que a não realização dos seus efeitos pretendidos possa ser exigida judicialmente]. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem primordialmente outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias. (BARCELLOS, 2008, p. 278)

Ainda, citando igual autor, cujo entendimento doutrinário prevê:

Falar de eficácia positiva ou simétrica do mínimo existencial na área da saúde significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição. Mais que isso, tal afirmação significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder. Em resumo: as prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos. (BARCELLOS, 2008, p. 304)

No mesmo sentido, o douto Ministro do STF Celso de Mello destaca no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 393.175/RS:

Cumprе assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Na compreensão da autora, bem como da jurisprudência, percebe-se que há destinação prioritária de gastos públicos. Assim, sempre haverá uma escolha que prioriza determinados casos de necessidade em detrimento de outros, representando o que Calabresi (2008) conceitua por “escolha trágica”.

Ademais, o mínimo existencial vinculado ao estabelecimento de prioridades no orçamento público é visivelmente capaz de conviver harmonicamente com a reserva do possível, visto que, ao se instituir os elementos fundamentais do mínimo, estar-se-á identificando que a destinação prioritária dos gastos públicos não constitui limitação de recursos públicos - fundamento suficiente a isentar o Estado à prestação da saúde. Não obstante, havendo omissão ou ineficácia do Poder Público na prestação do direito à saúde, estando à manutenção de uma vida digna em risco, seria plenamente legítimo ao cidadão buscar a concretização de seu direito por meio do Poder Judiciário, sob pena do direito à saúde tornar-se promessa constitucional sem sentido e praticamente vazia.

Em sua compreensão sobre a sociedade contemporânea, confia Barcellos (2008) em postulados humanistas e na democracia, bem como na dignidade da pessoa humana, não apenas formal, mas também material, já que se constitui em valor fundamental a existência. Outrossim, continua a autora, é na acepção mais essencial da dignidade da pessoa humana “naquela esfera do consenso mínimo assegurado pela Constituição e transformado em matéria jurídica” que se encontra a eficácia jurídica positiva e o caráter de regra do princípio constitucional. Em apertada análise, acrescenta:

[...] a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do ‘tudo ou nada’, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe

confira substância: também a ponderação tem limites. (BARCELLOS, 2008, p. 282)

Sendo assim, é nesta perspectiva que Barcellos (2008) defende a possibilidade do controle jurídico a determinados conjuntos de bens essenciais, quais sejam saúde básica, assistência a pessoas desamparadas, bem como educação e acesso à justiça. Considera-se nestes termos que tais direitos correspondem ao que a sociedade espera das políticas públicas, as quais são previstas regularmente na Constituição Federal. Em semelhante discurso ao de Barcellos, Torres reconhece:

“Os direitos fundamentais e o mínimo existencial, nos países em desenvolvimento, tem uma extensão maior que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis.” (TORRES, 2001, p. 263)

Baseando-se no contexto teórico de Estado e vida social de Rawls e Walzer, Barcellos (2008) sintetiza a ideia desses autores reconhecendo a necessidade da garantia do mínimo existencial, conforme transcrição abaixo elencada:

Assim é que, para Rawls, sem o mínimo social (a situação equitativa de oportunidades), não há a fruição efetiva dos direitos da liberdade, bem como se inviabiliza *ab initio* qualquer justiça distributiva. O mínimo existencial ou social, portanto, constitui uma verdadeira condição da liberdade. Para Walzer, diferentemente, a garantia do mínimo existencial, além de um valor das sociedades liberais ocidentais, é também uma imposição da moralidade mínima, vale dizer: da própria natureza humana, aspecto universal do indivíduo, funcionando como pressuposto básico de sua participação democrática em qualquer comunidade. (BARCELLOS, 2008, p. 155)

Importante também salientar que o Estado tem de assegurar o mínimo existencial pela sua indispensabilidade, seja qual for a organização social que se pretenda implementar, visto que os direitos fundamentais e o mínimo existencial em países em desenvolvimento, como no Brasil, necessitam de assistência estatal aos bens essenciais à sobrevivência.

Por fim, faz-se referência à Sarlet (2007) que, apesar de críticas à designação dos direitos sociais como normas programáticas, nada muda o fato da existência na Constituição Federal estar estabelecido: “em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de

positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador.” (SARLET, 2007, p. 279).

A vinculação do mínimo existencial com os direitos sociais estabelece pelas vertentes garantistas e prestacionais. A primeira porque impõe a garantia de meios para a satisfação de condições mínimas à existência digna e a segunda tem a natureza de direito social, posto que impõe ao Estado essa prestação positiva em razão do Estado Democrático de Direito.

2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O Tratamento Fora de Domicílio (TFD) é um instrumento legal que garante o tratamento de doenças e, permite por meio de passagens e diárias o deslocamento de pacientes portadores de doenças não tratáveis em seu município de origem por falta das condições técnicas, assim, estabelece-se que o TDF é um instrumento que vem a garantir especificamente a realização de um direito fundamental social que é o direito à saúde. Com isso faz-se uma melhor abordagem dos direitos sociais, conforme segue o texto.

Entende-se por eficácia jurídica como a capacidade potencial da norma constitucional para produzir efeitos jurídicos. A efetividade, por sua vez, significa: “o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (KRELL, 2002, p. 39).

Neste contexto, mas também na perspectiva de um Estado Social, o Estado deve se comprometer não somente com as liberdades em geral, mas também na promoção da igualdade, a qual pressupõe atuação positiva para a garantia das condições mínimas aos direitos sociais. Destarte, mencionando Sarlet o qual propõe:

[...] enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui

seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade [...] (SARLET, 2008, p. 261)

A eficácia reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve apenas à ausência de leis ordinárias. O impasse maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo poder público, já que a grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. Vê-se que a problemática está instalada na: “formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios” (KRELL, 2002, p. 31-32). Vale registrar que a situação se torna mais complicada quando o Poder Público fica inerte. Neste contexto, os serviços não foram instalados às necessidades prementes das pessoas ou há o funcionamento, contudo os serviços apresentam-se de forma precária.

O fato é que diante da precariedade da prestação do direito à saúde em determinados estados e, para cumprir com a responsabilidade social com os pacientes de doenças complexas que necessitam de um tratamento mais técnico, encaminham via Tratamento Fora do Domicílio, o cidadão para uma entidade especializada no específico tratamento pelo atendimento ao SUS e, assim, exime da obrigação de fornecer no próprio estado, as condições adequadas a esses respectivos cidadãos.

Diante do mau funcionamento ou mesmo inexistência dos serviços essenciais para o bem-estar da população, far-se-á necessária a: “formulação de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e economicamente excluídas” (KRELL, 2002, p. 34). Políticas estas que demandam principalmente o gerenciamento pelo Estado, sendo de suma importância para sua implementação ocorrerem parcerias com a sociedade civil.

Logo, afirma-se que a modalidade de eficácia deve acompanhar as normas de direitos fundamentais sociais. Especialmente quando fundada na dignidade da pessoa humana, deve ser positiva ou simétrica, pois possibilita ao Estado-juiz, em havendo violação constitucional, intervir para efetivação do direito. As modalidades de eficácia criadas por Barcellos (2008), quais sejam, interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso, embora absolutamente relevantes e atuais, mostram-se insuficientes à proteção de determinadas variáveis fáticas decorrentes do imperativo

de respeito ao núcleo essencial dos direitos sociais. Portanto, sem a aplicabilidade imediata ou sem a eficácia positiva ou simétrica, segundo Barcellos:

As normas examinadas restam esvaziadas logo de início e, com elas, o próprio Estado de direito, já que este pressupõe a submissão, exigível diante do Judiciário, caso descumprida, de governados e governantes à lei, seja esta o fruto da elaboração dos poderes públicos constituídos, seja, com muito mais razão, a Constituição Federal (BARCELLOS, 2008, p. 236)

Diante do exposto, argumentamos que a coexistência harmônica entre a eficácia dos direitos sociais, a separação de poderes e os princípios estabelecidos tem como cerne: “atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado mínimo existencial, reconhecendo-se a legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação” (BARCELLOS, 2008, p. 257), na hipótese de ocorrência de violação.

Destarte, percebe-se que diante da inércia de órgãos do governo nas prestações quanto ao direito à saúde, especificamente, dos inúmeros casos de ações no judiciário em prol do benefício do Tratamento Fora do domicílio, pois não há a eficiência na prestação positiva pela via administrativa, nesta situação é válido recorrer à justiça.

Não há como desconsiderar sua função principal de direitos a uma prestação na problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais, assim como a sua forma de positivação no texto constitucional, pois: “já que ambos os aspectos, a toda evidência, constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2008, p. 272). Corrobora, para tanto, a natureza e a formulação vaga dos direitos sociais, não impedindo a imediata aplicabilidade desses preceitos, pois aos tribunais cabe a determinação do conteúdo das normas por ocasião da sua aplicação. Ainda se argumenta que, ao ser possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, sob pena de descompor os valores e conceder maior forma à lei em detrimento da norma constitucional.

Vale evidenciar, todavia, que existem situações em que a própria norma constitucional: “expressamente transfere ao legislador ordinário a tarefa (dever constitucional) de concretizar o direito fundamental, sendo que apenas após este ato de intermediação a prestação devida pelo destinatário tornar-se-á exigível” (SARLET, 2008, p. 327).

Em se tratando da reserva de competência do legislador, sustentam alguns uma eficácia reduzida, mas que, por força da aplicabilidade imediata conferida a todos os direitos fundamentais, inclusive aos direitos sociais, especificamente o direito à saúde, impõem ao legislador uma conformação com a disposição constitucional. Ao juízo, a tentativa de minimizar a falta de aplicação ou até mesmo o descaso da efetividade desses direitos por meio da aplicação da norma constitucional ao caso concreto, sem que com isso interfira na esfera da competência reservada constitucionalmente ao legislador. Em consonância com este entendimento, Sarlet (2008) afirma:

Relevante, sem dúvida, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira. (SARLET, 2008, p. 342)

Por conseguinte, Streck argumenta que é justamente neste íterim que se deve centrar o pensamento, na medida em que devemos: “construir as condições para a concretização de direitos – afinal, a constituição (ainda) constitui – e ao mesmo tempo evita decisionismos e arbitrariedades interpretativas” (STRECK, 2006, p. 89-90).

O que se estabelece ao decorrer da explanação da eficácia dos direitos sociais, é quando existe uma real aplicação da norma, que haja a efetividade que as pessoas de bem tanto almejam, e o direito à saúde seja realmente promovido a todas as pessoas que necessitam do Tratamento Fora do Domicílio para garantir o tratamento de doenças e o bem estar-social.

Outrossim, diante de todo o exposto e, na perspectiva de vários doutrinadores, a definição, garantia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais é considerado tema complexo, como afirma Silva:

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2008, p. 178)

Não obstante a complexidade dos direitos fundamentais sociais, deve-se ter em mente, como afirma o autor acima mencionado, que os mesmos não devem ser

somente formalmente reconhecidos, mas sobretudo, que o direito à saúde seja materialmente efetivado e aplicado no convívio diário da sociedade civil.

Vale salientar que, de acordo com o que foi exposto em relação a eficácia dos direitos sociais, bem como a prestação material do direito à saúde e a necessidade por algumas pessoas que não tem tratamento de doenças em sua localidade de origem, a ajuda de custo pelo instrumento do Tratamento Fora do Domicílio, vem a garantir aos que não tem nenhuma condição de locomoção aos centros que tem todo o aparato e técnica para solucionar os problemas de saúde das pessoas, e então, obter uma verdadeira dignidade. Diante disso, estabelece-se os conceitos e aspectos jurídicos do específico benefício do Tratamento Fora do Domicílio.

2.4 ASPECTOS JURÍDICOS DO TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO

Conforme instituído pela Portaria nº 55 da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, de 24.02.1999, o conceito de TFD é:

O Tratamento fora do domicilio – TFD – consiste em uma ajuda de custo ao paciente em alguns casos, também ao acompanhante, encaminhados por ordem médica à unidade de saúde de outro município ou Estado da federação, quando esgotados todos os meios de tratamento da localidade de residência do mesmo, desde que haja possibilidade de cura total ou parcial, limitado no período estritamente necessário a este tratamento e aos recursos orçamentários existentes.

O presente instrumento legal é, portanto, um programa responsável por custear despesas de passagens, hospedagem e alimentação ao paciente em alguns casos - bem como ao seu acompanhante - encaminhados por ordem médica às unidades de saúde referenciadas em outro município, quando todos os meios de tratamento existentes no município originário estiverem esgotados, bem como ante a ausência de condições técnicas para a realização do tratamento.

Conforme dispositivo legal, o TFD deve abranger: consultas, tratamento ambulatorial, hospitalar e cirúrgico previamente agendado. Acrescente-se também custeio de deslocamento ao local do atendimento e alimentação (incluindo acompanhante), caso necessário durante todo o tratamento.

Na prática, o paciente que precisar do auxílio do TFD deve solicitar ao médico responsável que lhe assiste (nas unidades ligadas ao SUS) que preencha o

formulário designado para tal fim. O referido documento, normalmente acompanhado de um laudo médico, será encaminhado à Comissão nomeada pelo respectivo gestor municipal/estadual para aprovação, sendo que, em se fazendo necessário, poderá solicitar exames ou demais informações que complementem a análise de cada caso. Em outros termos, quando esgotada a possibilidade de tratamento em seu próprio município.

O portal do governo do Estado de Rondônia, especificamente na página da Secretaria do Estado de Saúde (SESAU), informa que o programa do governo de Rondônia em relação ao Tratamento Fora do domicílio está disponível somente para custeio de passagens aéreas ou terrestres (ida e volta), com direito a acompanhante.

Neste sentido, há de se ater que, em consonância com a Portaria n.º 55 da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, de 24/02/1999, não deve o programa servir apenas para custeio de passagens, mas também para custeio de alimentação e hospedagem ao paciente e acompanhante, quando em tratamento fora do seu respectivo domicílio. Isto posto, o governo do Estado de Rondônia estaria descumprindo as diretrizes da referida legislação específica.

Com base no descumprimento legal verificado, o Ministério Público do Estado de Rondônia ingressou com uma Ação Civil Pública na Justiça Federal para garantir que a unidade federativa cumpra o que determina a Portaria acima mencionada. Na Ação, o Ministério Público Federal (2014, online) afirma que: “os pacientes são entregues à própria sorte num Estado estranho, sem condições de se alimentar ou local para passar a noite, caracterizando indiscutíveis violações aos direitos humanos”.

De acordo com a portaria nº 55 do Sistema Único de Saúde o valor da diária está orçado em R\$ 30,00 (trinta reais), valor que pode ser considerado ínfimo, visto que o Estado de Rondônia se responsabiliza com o pagamento de passagens aéreas que possui custo consideravelmente mais elevado. Na esteira deste entendimento, o argumento apresentado de que não há verba orçamentária suficiente para o custeio de despesa com alimentação e hospedagem apresenta-se irrelevante.

A Constituição Federal de 1988 determina a implantação do Sistema Único de Saúde – SUS por meio de uma rede hierarquizada e regionalizada, com atendimento

integral, descentralizado e com participação da comunidade, conforme disposição legal presente no art. 198 da CF³.

No tocante ao reconhecimento quanto a necessidade de custeio pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de despesas de transporte e estadia, em favor dos mais carentes, para a garantia do direito à saúde constitucionalmente salvaguardado, a Portaria nº 55 da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, de 24/02/1999, dispôs sobre a rotina do Tratamento Fora do Domicílio (TFD), estabelecendo:

Art. 4º - As despesas permitidas pelo TFD são aquelas relativas a transporte aéreo, terrestre e fluvial; diárias para alimentação e pernoite para paciente e acompanhante, devendo ser autorizadas de acordo com a disponibilidade orçamentária do município/estado.”

Visto que o direito de custeio de despesas relacionadas ao tratamento fora do domicilio deve ser garantido, caso o Poder Público descumpra seu dever constitucional de assegurar aos cidadãos o direito à saúde não ofertando no âmbito local serviços especializados de que necessitam seus cidadãos, deve garantir o acesso pelo custeio das despesas de deslocamento e hospedagem. Mesmo em se alegando restrição orçamentária, esta não pode servir de justificativa diante de um direito tão premente.

Para identificar o dever do Estado deve-se buscar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental redigida da seguinte maneira:

A reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004)

De igual maneira é a correta ponderação da Ana Paula Barcellos (2008), encontrada nos seguintes termos:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade,

³ 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.

que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (BARCELLOS, 2008, p. 246)

Defende Barcellos (2008) que foi com o surgimento do Estado do bem-estar social baseado no desenvolvimento social, cultural e econômico, assim como com o fim das desigualdades existentes, que os direitos fundamentais passaram a demandar prestações positivas do Estado. Passaram, desta forma, a responsabilizá-lo para que efetue as tomadas de decisões que garantam uma real efetividade dos direitos inseridos na Constituição. Ademais, o Poder Público não deve alegar abstenções elencando dificuldades para o não cumprimento dos direitos fundamentais, na medida que a não efetividade dessas normas geram a ineficácia social de todo um sistema de governo.

Outrossim, ainda em relação a Barcellos (2008), o Judiciário, de acordo com a ineficácia dos outros poderes para efetivar o fornecimento do “mínimo existencial”, é detentor de meios para implementar as políticas judiciais a serem tomadas para zelar pela aplicação da justiça social e vedar o retrocesso na preservação da dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer situação (por força das normas constitucionais sobre o princípio da dignidade da pessoa humana).

Salienta-se ainda que, apesar dos direitos sociais no geral e especificamente o direito à saúde ser positivado como uma norma de eficácia limitada, o Estado não se deve pautar neste sentido alegando ausência de recursos, como expõe de maneira equilibrada Ingo Wolfgang Sarlet:

No caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo (individual ou mesmo coletivo, a depender do caso) a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental [...].” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 593)

Sendo assim, não encontra respaldo jurídico a alegação do Estado de que assim se deve permanecer como uma solução para o caso, ainda mais tendo em vista estar a preservação do bem maior da vida humana. Nesse sentido é o

entendimento do Tribunal de Justiça de Rondônia, conforme o julgado da 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho, proclama:

Tratamento fora do domicílio. Ajuda de custo. Ação de ressarcimento. Gastos presumidos. Dever do Estado. A garantia do direito à saúde é imposição constitucional a que não pode furtar-se o ente público. O cidadão acometido por doença não tratada dentro de seu Estado e que não possuir condições financeiras de arcar com seu tratamento fora do domicílio tem direito a receber do Estado ajuda de custo a fim de custear suas despesas com alimentação, transporte e hospedagem. Comprovado o deslocamento para tratamento de saúde fora do domicílio, as despesas tornam-se presumidas, cujo dever de pagamento recai sobre o poder público, observado o valor já previamente estabelecido na tabela oficial. (RONDÔNIA, 2008)

A saber, por ser o direito à saúde um direito fundamental, é dever do Estado promover condições substanciais ao seu pleno exercício. Tendo como centro administrativo o órgão estadual de Saúde para Tratamento Fora do Domicílio (funcionando como extensão direta do Serviço Único de Saúde – SUS,) cabe ao Estado desembolsar valor monetário fixado para suprir as necessidades com alimentação, transporte e estadia, enquanto perdurar o tratamento. Em assim sendo, o controle jurisdicional, quanto as prestações positivas devidas pelo Estado, está balizada na doutrina e jurisprudência, bem como no Estado Democrático de Direito.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL E O LIMITE À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

3.1 O DEVER DO ESTADO EM PROMOVER O DIREITO À SAÚDE

Da consideração do direito à saúde como direito fundamental, decorre o dever do Estado em promover a saúde. Visto ser um bem jurídico indissociável do direito à vida, é correto afirmar que o Estado tem o dever de tutelá-la. Consoante este entendimento, Silva (2008):

[...] o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, positiva, que significa o direito às medidas e prestações estatuais visando a prevenção das doenças e tratamento delas.” (SILVA, 2008, p. 309)

Não obstante, em sua doutrina menciona Barcellos (2008):

[...] a ordem constitucional [...] não assegura a eficácia jurídica positiva a toda a extensão dos direitos fundamentais sociais, mas apenas a uma fração dele. [...] Embora a Constituição registre esse efeito ideal, o próprio constituinte reconheceu a necessidade de estabelecerem-se marcos de prioridade da matéria. E para se estabelecerem marcos de prioridade é preciso ater-se à concepção do que seja mínimo vital e do quanto é possível ao Poder Público oferecê-lo de forma universal abarcando todos os destinatários da norma, garantindo, pois a dignidade da pessoa humana. (BARCELLOS, 2008, p. 206)

Destarte, conforme a realidade social, surgiu a concepção do federalismo cooperativo que passa a exigir atribuições as quais não são mais exclusivas de cada esfera de governo, todavia de campos específicos para a atuação de cada nível de poder. No entanto, vale ressaltar, há possibilidades de ação conjunta nas esferas de governo, visto que a cooperação descreve a denominação de competência concorrente e comum. Neste contexto, explica Dallari (1995).

Inicia-se a execução comum de tarefas políticas por um critério que, além de supor o acordo, ou a vontade recíproca do trabalho conjunto, estabelece a prioridade para determinar a disciplina no exercício daquela atividade. É a chamada competência concorrente. Sua caracterização depende, portanto, da existência de uma única tarefa, que será desempenhada por mais de uma unidade federativa, segundo um critério de primazia anteriormente definido. Quando não existe primazia entre os responsáveis pela execução do encargo, mas, ao contrário, supõe-se a igualdade das diversas esferas federativas, que devem agir em conjunto, “sem que o exercício de uma

venha a excluir a competência de outra”, fala-se de competência comum. (DALLARI, 2995, p. 38)

A Constituição Federal de 1988 esclareceu o critério hierárquico implícito às competências concorrentes, conjecturando que “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”, sendo que a referida competência poderá ser suplementada pelos Estados, conforme previsão do artigo 24, § 1º e § 2º, da Constituição Federal⁴.

O texto constitucional ainda prevê a competência dos municípios para “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”, de acordo com o artigo 30, inciso II, também previsto na Constituição Federal⁵.

À vista disso, a Constituição vigente não ensejou oportunidade para a criação jurisprudencial ou doutrinária na matéria, na medida em que coube à União a competência legislativa concorrente na definição das normas gerais. Com a limitação bem definida pelo constituinte, incumbe aos estados e municípios a competência legislativa plena quando não existir lei federal sobre normas gerais para atender as particularidades, conforme previsão legal prevista nos artigos 24, § 3º e § 4º combinado com o artigo 30, inciso II da Constituição Federal⁶.

A respeito das interpretações doutrinárias e jurisprudenciais Dallari (1995), afirma:

Existe, todavia, espaço para a interpretação dos magistrados e constitucionalistas, no que se refere à compreensão das normas gerais. Entretanto, uma análise pormenorizada da copiosa produção sobre o tema, que já constava em Constituições anteriores, permite caracterizar seus elementos essenciais. Assim, as normas gerais são declarações principiológicas editadas pela União que, sem violar a autonomia dos demais entes federados, estabelecem as diretrizes nacionais a serem por

⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados

⁵ Art. 30. Compete aos Municípios:

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

ele respeitadas quando da elaboração de suas próprias leis. (DALLARI, 1995, p. 39)

Destarte, conforme preceitos de Dalari (1995), o federalismo cooperativo inseriu a possibilidade da realização de serviços governamentais, reconhecendo a participação de mais de uma competência dos Entes Federados na elaboração e cumprimento dos trabalhos à população. Essa concepção torna-se mais visível, tendo em vista as necessidades da sociedade civil, na medida em que o federalismo cooperativo permite a junção das esferas governamentais em prol do clamor da população por uma atuação mais efetiva.

Em análise dos artigos da Constituição Federal, surge a prevalência da competência comum para atender as exigências da sociedade. Na prevalência da referida competência, quando da elaboração das normas constitucionais pelo constituinte, nota-se a responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na realização de serviços sociais fundamentais na adequação das normas. Neste pleito, a fim de evitar conflitos desnecessários por ação ou omissão dos Entes Federados, a Constituição vigente editou a complementariedade, consolidando as normas para a colaboração entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visando ao progresso e ao bem-estar das pessoas, conforme disposição do artigo 23, § único⁷. Ainda citando Dallari (1995):

É evidente que, em se tratando de competência comuns, as responsabilidades são, igualmente, comuns. Assim, apenas nos casos concretos em que um ato normativo regular tenha distribuído as tarefas – e, portanto, a responsabilidade – para serem executadas por determinadas esfera de governo, atendendo à nacional, é que se poderá responsabilizar prioritariamente aquele nível governamental. [...] Argumentando que toda ação material do estado se baseia em normas legais e que no campo legislativo a Constituição estabeleceu a concorrência, limitando a prioridade da União à edição de normas gerais, há quem afirme também em matéria de competência comum a primazia da União. Por outro lado, considerando o conceito de norma geral e o de competência comum, que constitucionalmente supõe a cooperação, é forçoso concluir que aqui “não pode prevalecer a supremacia de qualquer poder”. (DALLARI, 1995, p. 40)

A Constituição Federal vigente, por sua função garantista em relação aos direitos sociais fundamentais, especialmente o direito à saúde, determinou as atividades governamentais sob o argumento de que zelar pela saúde é prestação de serviço público do qual todos Entes devem se encarregar. Tal fato ocorre tendo em vista as competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos

⁷ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Municípios, bem como as competências concorrentes a respeito da proteção e promoção à saúde, restringindo à União a edição de normas gerais, assim como devendo os Entes Federados e Municípios suplementar as normas editadas pela União.

Cumprido salientar que, pela análise quanto ao encargo atribuído aos Entes Federados em matéria de direitos fundamentais, especificamente no direito à saúde pela Constituição Federal atual, não se eximiu nenhuma esfera do Estado da obrigação e dever de promover e zelar pela saúde pública em todos os seus aspectos, pois conforme o artigo 196 da Constituição Federal⁸, a saúde é obrigação e responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Na realidade, para a população, é indiferente como o Estado se estrutura para promover o direito à saúde. O essencial é que, de fato, proporcione seu acesso. Desta feita, persiste o direito das pessoas de reivindicar do Estado a realização efetiva para garanti-lo, visto que não é passível de omissão.

O Poder Público, qualquer que seja a esfera de governo no plano da sistematização federativa, não pode se mostrar alheio ao problema da saúde da população, sob pena de cometer ato atentatório aos preceitos constitucionais vigentes.

Portanto, tendo em vista a omissão ou mitigação de um direito fundamental à existência humana pelo Poder Executivo ou Legislativo, o cidadão poderia estar recorrendo ao Judiciário para efetivar seu direito à saúde, nos casos em que tal prerrogativa lhe é negada.

3.2 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Importante destacar que a atribuição do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, modificando o que é de competência legislativa em competência judicial, mas sim o de solucionar os possíveis conflitos nos termos constitucionais ou das leis existentes no Brasil.

⁸ 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.

Convém mencionar a possibilidade estabelecida pelo constituinte, segundo os princípios que regem a Constituição Federal, visto que a dignidade da pessoa humana é exercida, além de tudo, pela liberdade pública quando aquela é mitigada pelos entes públicos. Desta feita, apresenta Marmelstein (2008):

Da constatação de que os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos verdadeiramente fundamentais surge uma intrigante discussão em torno da possibilidade de efetivação desses direitos através do Poder Judiciário. (...) Em síntese: Os direitos econômicos, sociais e culturais gerariam direitos subjetivos para os seus titulares? (...) a Constituição Federal de 88 não fez distinção, quanto ao regime de proteção jurídica, entre os direitos civis políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. No Brasil, tanto um quanto o outro podem ser considerados como legítimos direitos fundamentais e, em razão disso, todos os meios processuais disponíveis (mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, mandado de injunção, arguição de descumprimento de preceito fundamental, etc.) podem ser utilizadas para protegê-los indistintamente. Essa foi uma escolha clara do Constituinte brasileiro. (MARMELESTEIN, 2008, p. 174-175)

A Constituição de 1988, preocupada em promover a adequada assistência judicial dos direitos assegurados nas leis constitucionais, bem como em preservar o amplo acesso à justiça, com base no artigo 5º, inciso XXXV, estabelece as garantias fundamentais com o fim de resguardar as liberdades públicas, assim como os instrumentos adequados a transformar a omissão de determinados entes federados em real efetivação das normas constitucionais, quando descumpridos os direitos fundamentais.

No que se refere aos direitos sociais, são diversos os argumentos apontados pelo Estado para sustentar a incompetência na efetivação desses respectivos direitos. Uma das principais alegações é de que há alto custo na promoção dos direitos à saúde, moradia e educação. No entanto, percebe-se que existir certa conscientização por parte do cidadão, quando tais direitos não são efetivados, além da possibilidade de reivindicá-los perante o Poder Judiciário. Neste sentido, não apenas o cidadão está atento a esta situação, mas também o Ministério Público, exercendo importante papel como defensor da sociedade civil, determina que, diante de prestações negligenciadas, venham às mesmas serem efetivadas pelo Poder Judiciário, por meio do cumprimento de decisões judiciais.

Assim, com o acesso à justiça e a omissão em efetivar os direitos fundamentais sociais, surge o fenômeno da judicialização da saúde. Neste contexto,

menciona-se a pesquisa realizada pelo CNJ e divulgada sob a intitulação de “Justiça em números”, registrada por Nobre, nos seguintes termos:

Consoante revela a pesquisa desenvolvida pelo CNJ e divulgada sob a denominação de “Justiça em números”, existiam em trâmite em todo o Judiciário brasileiro, em 2009, 86,6 milhões de processos, dos quais 25,5 milhões aforados naquele ano, enquanto que os números iniciais sobre as demandas por prestação de saúde, segundo pesquisa em andamento, indicam que ficaremos bem longe do número de 500 mil ações dessa espécie, isso porque, até a última semana, considerando informações prestadas por 20 Tribunais (mais especificadamente: 15 Tribunais Estaduais e cinco Tribunais Regionais Federais), as ações por prestações de saúde somavam pouco mais de 112 mil feitos, sendo que, dentre aqueles primeiros, vale dizer, dentre os Tribunais Estaduais, os maiores quantitativos registrados são de 44.690 ações em São Paulo, 25.234 no Rio de Janeiro, 7.915 em Minas Gerais e 5.181 no Espírito Santo, bem como que no caso dos últimos, isto é, dos Tribunais Regionais Federais, apresentaram montantes mais significativos o TRF da 4ª Região, com 8.152 processos, o TRF da 2ª Região com 6.486 e o TRF da 3ª Região com 4.705, o que nos permite uma projeção segura de que, em todo o país, essas ações não chegarão sequer a meio por cento (0,5%) daquele total em tramitação, desautorizando, em consequência, qualquer discurso em torno de excesso ou avalanche de processos. (NOBRE, 2011, p. 361)

Diante da mencionada pesquisa, percebe-se que há milhares de ações judiciais tramitando perante o Poder Judiciário com a finalidade de efetivar os direitos negligenciados pelo Poder Executivo por meio da prestação judicial. O intuito dessas ações, certamente, é obrigar o Poder Executivo a cumprir e promover o auxílio ao direito à saúde.

Existem argumentos de que o Poder Judiciário estaria ferindo o princípio da separação dos poderes, estabelecendo paralelo com o pressuposto da implementação de políticas públicas através de determinação judicial. No entanto, esse entendimento não é salutar, conforme Gandini, Barione e Souza:

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes.

Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências. (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010, p. 77)

Nestes termos, verifica-se que a atividade judiciária, pela implementação de políticas públicas, não permite a este respectivo poder criá-las, mas tão somente executar as já existentes, da mesma forma que controla o descaso percebido nos poderes competentes.

Um exemplo claro a respeito da possibilidade do Poder Judiciário efetuar as políticas públicas é o julgado do Supremo Tribunal Federal, pelo Recurso Extraordinário 393175 de 01/02/2006:

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art.196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, infestável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (BRASIL, 2006)

Cumprido salientar, conforme o esclarecedor julgado citado, que a judicialização, bem com a prestação material dos direitos sociais pelo Poder Judiciário vinculado ao valor das normas constitucionais, autoriza o referido Poder à

efetiva prestação dos direitos fundamentais - neste sentido é o entendimento majoritário das Cortes deste país.

3.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O Poder Judiciário é a esperança da concretização da democracia e da cidadania que se espera presente na democracia brasileira, pois, segundo Vianna (1999), diante da “incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça”, cabe ao Judiciário distribuir justiça a todos e a tempo de não aniquilar os direitos intrínsecos e fundamentais ao ser humano.

Desse modo, visualiza-se o entendimento dos tribunais e suas jurisprudências acerca do direito à saúde, conforme expõe o Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Decidiu a 1^o Turma do Superior Tribunal de Justiça que:

O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando certo medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna e que tem como direito-meio, o direito à saúde. (BRASIL, 2008)

No caso acima, a demanda judicial visava à condenação do Estado ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de doença grave de um grupo de pessoas.

No mesmo parâmetro, decidiu também a 1^a Turma do Superior Tribunal de Justiça que:

A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a idéia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2010)

Assim, conforme entendimento majoritário, o Superior Tribunal de Justiça está determinando apenas o efetivo cumprimento das políticas já existentes e, com base nisso, construindo parâmetros para as decisões judiciais.

Também nesta perspectiva, a posição do Supremo Tribunal Federal, segundo Scaff (2008) - tanto antes quanto depois da Audiência Pública realizada pelo STF para debater a judicialização do direito à saúde nos dias 27 a 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009 - permanece de forma intacta o entendimento da respectiva Corte em reafirmar a garantia e o reconhecimento dos diversos matizes do direito à saúde. No referido evento, segundo Abreu (2015), foi constatado que a maior parte dos pedidos solicitados ao Poder Judiciário é em razão da omissão estatal. Sendo assim, a intervenção judicial visa somente ao cumprimento de políticas públicas já estabelecidas, visto que não há intervenção no espaço da discricionariedade administrativa.

Em decorrência da referida Audiência, o Supremo Tribunal Federal criou algumas regras para análise de pedidos relacionados à saúde.

Em suma, a decisão proferida no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE tornou-se precedente, com força obrigatória para casos futuros, conforme segue:

1) Quando a ação de saúde pretendida for prevista nos textos normativos e não estiver sendo prestada: o poder judiciário deve intervir a fim de fazer cumprir a norma. 2) Quando a ação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, deve-se distinguir se ela decorre: a) de uma omissão legislativa ou administrativa: deverá ser privilegiado o tratamento estabelecido pelo SUS (...) sendo permitido ao judiciário intervir caso um indivíduo comprove que o tratamento fornecido não é adequado para atender ao seu caso. b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la em virtude de: i) o SUS fornecer tratamento alternativo: igualmente deverá ser privilegiado o tratamento ofertado pelo (...) (2) por ser um novo tratamento ainda não testado pelo SUS, mas disponível na rede privada: o judiciário pode intervir em ações individuais ou coletivas, para que o SUS dispense aos seus pacientes o mesmo tratamento disponível na rede privada, mas desde que haja instrução processual probatória, o que inviabiliza o uso de liminares. b) de uma vedação legal à sua dispensação.

Em análise inicial, a decisão encontra respaldo jurídico, quando da intervenção do Poder Judiciário em obrigar a Administração Pública a cumprir a lei, bem como quanto à necessidade do Sistema Único de Saúde assegurar a universalidade do direito à saúde a todos os indivíduos.

Convém mencionar ainda que, além das diversas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito à saúde, merece destaque a seguinte jurisprudência a respeito do Tratamento Fora do Domicílio pela respectiva Corte.

Do benefício de Tratamento Fora do Domicílio TFD. Verifica-se, portanto, que o Tribunal de origem firmou entendimento em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o direito à saúde é dever do Estado, sendo esse obrigado a fornecer os meios necessários ao tratamento médico de enfermos. Ademais, existindo programa específico para esse fim, não se justifica a negativa ou simples inércia estatal no seu atendimento, de modo a descumprir a política pública já implementada e positivada pelo Estado. Assim, cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo, quando, como no caso dos autos, o ente político descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem de maneira a comprometer, em razão de sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal. (BRASIL, 2013)

Ainda, destaca-se a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, a qual descreve:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. (BRASIL, 1997)

A despeito da decisão acima comentada, vale ressaltar ainda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no trato da matéria em questão pela ministra Eliana Calmon, conforme segue:

A Jurisprudência do STJ caminha no sentido de admitir, em casos excepcionais como, por exemplo, na defesa dos direitos fundamentais, dentro do critério da razoabilidade, a outorga de tutela antecipada contra o Poder Público, afastando a incidência do óbice constante no art. 1º da Lei 9.494/97.

Paciente tetraplégico, com possibilidade de bem sucedido tratamento em hospitais da rede do SUS, fora do seu domicílio, tem direito à realização por conta do Estado.

A CF, no art. 196, e a Lei 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, União, Estados e Municípios, responsabilizando-os em solidariedade pelos serviços de saúde, o chamado SUS. A divisão de atribuições não pode ser argüida em desfavor do cidadão, pois só tem validade internamente entre eles. (BRASIL, 2005)

De acordo com as decisões jurisprudenciais acerca do direito à saúde, especificamente, ao benefício do Tratamento Fora do Domicílio, busca o cidadão

apenas o cumprimento da obrigação de propiciar a assistência integral à saúde dos indivíduos, por meio da garantia do custeio de despesas, bem como de seu acompanhante quanto ao transporte, alimentação e a hospedagem para o tratamento de enfermidades, as quais, não encontram tratamentos e técnicas no estado de origem de pessoas acometidas de doenças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei constitucional assegura a qualquer cidadão que se sinta ameaçado ou lesado, em razão da não-inclusão do benefício do Tratamento Fora do Domicílio ou a um determinado tratamento de saúde, poder ingressar com ação judicial, individual ou coletiva, requerendo o exame judicial do conflito. É certo também que a lei exige o exame judicial com base na Constituição e em leis regulamentadoras.

Em análise preliminar, a judicialização do direito à saúde revela um aspecto de descaso do Poder Executivo, visto que muitos cidadãos recorrem ao sistema judiciário para a garantia de um tratamento de saúde que, em inúmeros casos, asseguraria a própria vida. Assim, falar em direito à saúde é falar do direito à vida.

Desse modo, a atuação eficaz do Estado, além de dever, representa a garantia da vida, da recuperação da saúde ou mesmo ao alcance de um tratamento de saúde digno, visto que a omissão neste caso pode denotar uma sentença de morte.

O agir do Estado de forma positiva enseja não somente a efetivação e criação de políticas públicas, mas faz com que os direitos assumam um caráter coletivo e universal. Neste sentido, na acepção do mínimo social, os poderes Executivo e Legislativo devem pautar suas ações por meio de leis orçamentárias, políticas públicas, diretrizes e entre outras ações, para garantir o mínimo de prestações a uma maior parcela da população, assim assegurará a aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais.

Diante dessa situação, das efetividades dos órgãos públicos, muitos somente encontram saída com o emprego de ações judiciais para obter um tratamento de saúde.

É possível entender da presente pesquisa que, embora o tratamento das diversas doenças esteja garantido na Constituição de 1988 e em várias leis

regulamentadoras, a teoria tem sido muito mais eficaz que a prática em si. Dito isso, analisa ainda as doenças que necessitam, para a obtenção de tratamentos, de uma infraestrutura mais adequada. Quando não se encontram as técnicas médicas necessárias no domicílio de origem, o interessado busca ajuda por meio do benefício do Tratamento Fora do Domicílio para garantir o deslocamento de pacientes para outros estados nos quais se verificam melhores condições técnicas.

Por fim, quando violado a garantia dos direitos sociais, especificamente o direito à saúde, atingindo a dignidade da pessoa humana, é certo que o Judiciário estará legitimado para interferir e corrigir a atuação estatal, pois em um país onde são gastos milhões de reais de forma deturpada em construções de sedes governamentais e publicidade institucional como exemplo, não pode servir a reserva do possível como alegação e causar obstáculo à efetividade dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 594.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre os poderes. In TORRES, Ricardo Lobo (org), **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946**. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 17.01.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. 2ª Câmaras Especial. **Apelação Cível nº 1017519-04.2008.8.22.0001**. Apelante: F. M. N. N., representado por sua mãe A. M. G. N. Apelado: Estado de Rondônia. Relator: Desembargador Renato Mimesi. Rondônia, Porto Velho, 2008.

_____. Ministério da Saúde. In: **CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE: MUNICIPALIZAÇÃO É O CAMINHO**, 9. Relatório Final. Brasília, DF, 1991.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 55 de 24 de fev. de 1999**. Tratamento Fora do Domicílio (TFD) no Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília: SAS/MS, 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 21.923-5/MG**. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/33489396/djpr-10-01-2012-pg-1076> >. Acesso em: 12 abril de 2014.

_____. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental RE 226.835, 2011**. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ARE+226.835>>. Acesso em: 17 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9 MC/DF, DJ 04.05.2004**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175/RS**. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>> Acesso: 04.03.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175/RS**. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>> Acesso: 04.03.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial em Agravo Regimental 271.286**. Relator Min. Celso de Mello, Julgado 12.02.2000. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=27&Processo=1257713&Texto=Declara%E7%E3o%20de%20Voto%20-%20Maria%20Aparecida%20Blanco%20de%20Lima&Orgao=>> Acesso em: 13.12.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 21.923/MG**. Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Julgado em 20.05.1992, DJ 13.10.1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/29743516/pg-1235-diario-de-justica-do-estado-do-parana-djpr-de-19-08-2011>> Acesso em: 14.04.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 393175/RS**. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 01.02.2006, DJ 16.02.2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>> Acesso em: 30.04.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial 1.028.835, DF**. Relator Min. Luiz Fux, julgado em 02.12.2008, DJ 15.12.2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061132/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1028835-df-2008-0027734-2/relatorio-e-voto-12195858>> Acesso em: 31.05.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24197, PR**. Relator Min. Luiz Fux, julgado em 04.05.2010, DJ 24.08.2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5>> Acesso em: 31.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 695065, PA**. Relator Dias Toffoli, julgado em 28.04.2013, DJ 03.05.2013. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Tratamento+fora+do+domicilio+TFD&idtopico=T10000001>> Acesso em: 31.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Petição 1246 SC**. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 31.01.1997, DJ 13.02.1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>> Acesso em: 31.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 661821, RS**. Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12.05.2005, DJ 13.06.2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/70869590/djrn-judicial-26-05-2014-pg-377>>. Acesso em 31.05.2015.

BARBEIRO, Heródoto; CANTELE, Bruna Renata; SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **História**. Scipione: São Paulo, 2004

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARLINI, Angêlica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARONE, Edgar. **A primeira república**. Difel: São Paulo, 1969.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-21-30.html>> Acesso em: 10.05.2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE. Samantha Ferreira; SOUZA. André Evangelista de. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, n. 14, jul./set. 2006.

LIMA, George Marmelstein. **Limitações ao direito fundamental à ação**. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2627>> Acesso em: 12 abr. 2015.

LUCHESI, P. T. R. **Equidade na gestão descentralizada do SUS: desafios para a redução de desigualdades em saúde**. Rio de Janeiro: Ciência & Saúde Coletiva, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (org) **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Dias da (coord). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MPF. Procuradoria da República em Rondônia. **Rondônia: 2014**. Disponível em: <<http://www.prro.mpf.mp.br/noticias/ultimas-noticias/mpf-ro-quer-garantir-recursos-a-pacientes-em-tratamento-fora-do-estado>> Acesso em: 6 fev. 2015.

_____. **Ministério Público Federal do Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.prdf.mpf.mp.br/imprensa/13-10-2010-mpf-df-governo-federal-descumpre-constituicao-e-gasta-menos-do-que-deveria-em-saude/?searchterm=sa%C3%BAde>> Acesso em: 06.06.2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____, Ingo Wolfgang Scarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. (RBDC). Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf> Acesso em: 19.04.2015. p. 363-364.

_____, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtine. **“Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. **Revista de Saúde Pública: o conceito de saúde**. São Paulo: Fapesp, 1997.

SESAU. Secretaria de Estado da Saúde. **Rondônia: 2014**. Disponível em: <http://www.sesau.sefin.ro.gov.br/noticias_impresao.asp?id=207&fonte=Ger%EAnca%20de%20Comunica%E7%E3o%20-%20SESAU&tipo=Noticiadia27/02> Acesso em: 6 fev. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Interpretar e Concretizar: Em busca da superação da discricionariedade positiva**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Ricardo Lôbo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. In: Teoria dos direitos fundamentais Obra Coletiva. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização das relações sociais**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.