



**CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PALMAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E
DIREITOS HUMANOS**

ALESSANDRO DE PAULA CANEDO

**VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESPECIALIZADA NA COMARCA DE PALMAS:
Uma forma de aperfeiçoar a prestação jurisdicional relacionada ao direito
fundamental à saúde**

**Palmas – TO
2015**

ALESSANDRO DE PAULA CANEDO

**VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESPECIALIZADA NA COMARCA DE PALMAS:
Uma forma de aperfeiçoar a prestação jurisdicional relacionada ao direito
fundamental à saúde**

Linha de Pesquisa: Formas de aperfeiçoamento da efetividade das decisões judiciais
à luz da teoria da contemporânea dos Direitos Humanos.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, ofertado pela Universidade Federal do Tocantins, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos.

Orientador: Dr. George Lauro Ribeiro de Brito.

Palmas – TO

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Universidade Federal do Tocantins
Campus Universitário de Palmas

- C221v Canedo, Alessandro de Paula
Vara da Fazenda Pública Especializada na Comarca de Palmas: uma forma de aperfeiçoar a prestação jurisdicional relacionada à área do direito fundamental à saúde. / Alessandro de Paula Canedo. - Palmas, 2015.
135f
- Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, ofertado pela Universidade Federal do Tocantins, 2015.
Linha de pesquisa: Formas de aperfeiçoamento da efetividade das decisões judiciais à luz da teoria da contemporânea dos Direitos Humanos.
Orientador: Prof. Dr. George Lauro Ribeiro de Brito.
1. Judicialização da Saúde. 2. Varas da Fazenda Pública Especializada. 3. Direito Fundamental à Saúde. I. Brito, George Lauro Ribeiro de (orientador). II. Universidade Federal do Tocantins. III. Título.

CDD 341.1219

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo Artigo 184 do Código Penal.

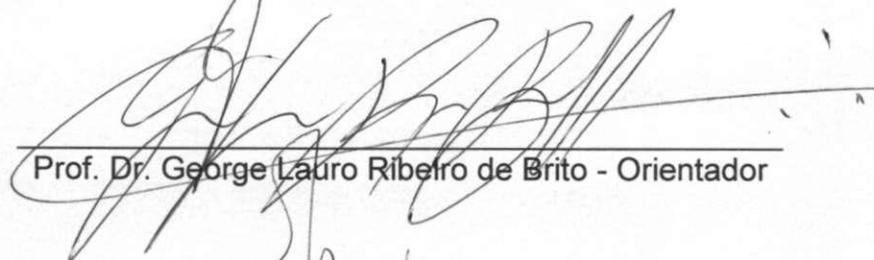
ALESSANDRO DE PAULA CANEDO

VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESPECIALIZADA NA COMARCA DE PALMAS:
Uma forma de aperfeiçoar a prestação jurisdicional relacionada à área do
direito fundamental à saúde

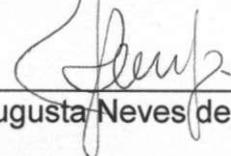
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, ofertado pela Universidade Federal do Tocantins, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos.

Data da aprovação: 09 / 12 / 2015

Banca examinadora



Prof. Dr. George Lauro Ribeiro de Brito - Orientador



Prof. Dra. Jaci Augusta Neves de Souza – Avaliador Externo



Prof. Dra. Ângela Issa Haonat – Avaliador Interno

Palmas – TO

2015

“A compreensão da magnitude do significado dos pais somente é possível após ter filhos, dedico aos meus pais, Irair e Waldivino e aos meus filhos, Alessandro Filho e Gustavo, este trabalho”.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, pois a fé foi ferramenta fundamental para galgar mais essa estrada na vida.

Ao Dr. George Brito, meu orientador e mentor, pela paciência na orientação e incentivo, sem o qual não haveria a consecução deste trabalho, pelos valiosos ensinamentos e convicções humanistas que foram fundamentais na realização do presente estudo.

Aos meus colegas de mestrado, em especial às colegas Maria Cota e Glaciele, pelo incentivo nos momentos de dificuldades.

Aos meus Professores, especialmente, ao Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira, pessoa fundamental e de extrema dedicação ao Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins.

Por fim, agradeço à minha Esposa, fiel companheira de todos os momentos, partícipe importante nesta conquista.

RESUMO

Este trabalho analisa o fenômeno da judicialização do Direito da Saúde como forma da materialização do direito fundamental à saúde. A garantia do direito à Saúde, reconhecido pela ordem constitucional pátria, é tema de repercussão no mundo inteiro, especialmente no Brasil, onde o Estado não fornece com dignidade aos cidadãos o acesso à Saúde Pública, em que pese à previsão de universalidade prevista no ordenamento que regulamente o Sistema Único de Saúde. Cria-se uma dicotomia entre a norma e a realidade vivenciada pelas pessoas que necessitam da Saúde Pública. Como cerne do estudo partiu-se da análise do Direito à Saúde como Direito Fundamental Social não realizado de forma satisfatória por parte do Estado culminando na Judicialização do Direito de Saúde. Debater e analisar formas de melhorar o acesso ao direito à saúde, relacionado com a judicialização da Saúde é foco principal no presente trabalho. Assim, o que se busca não é apresentar uma forma milagrosa para a solução das deficiências da Saúde Pública, mas sim uma alternativa de melhor adequação do Poder Judiciário para enfrentar a problemática criada pela ineficiência da Saúde Pública, e por consequência da judicialização da Saúde, através da transformação de uma das Varas da Fazenda Pública em Vara Especializada no trato das ações que envolvam direitos fundamentais, especialmente, o direito da saúde, propiciando ao cidadão uma prestação jurisdicional adequada e digna.

Palavras-Chaves: Judicialização da Saúde. Varas da Fazenda Pública Especializada. Direito Fundamental à Saúde.

ABSTRACT

This paper analyses the implementation of the Health Law as a way of establishing the fundamental right to health. The guarantee of the right to health, recognized by the national constitution, is an issue with repercussions throughout the world, especially in Brazil where the state does not provide access to a public health system with dignity for its citizens, despite the predicted provision of universality in the planning and regulation of the National Health System (*Sistema Único de Saúde*). A dichotomy is created between the norm and the reality experienced by the people in need of the public health system. At the core of the study is the analysis of the right to health as a fundamental social right not being carried out satisfactorily by the state, thus culminating in the implementation of the Health Law. This paper focusses on the discussion and examination of ways to improve access to health, in relation to the implementation of the Health Law. Thus, what this paper seeks is not to present a miraculous solution for the shortcomings of public health, but a better alternative of judiciary power to address the problems created by the inefficiency of public health, and consequently the implementation of the Health Law, through the transformation of one of the courts of Public Office into a specialized court to deal with fundamental rights, especially the right to health, providing citizens with an adequate and dignified judiciary service.

Keywords: Implementation of Health Law; Specialized Courts of Public Office; Fundamental Right to Health.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	14
3	OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	17
4	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
4.1	Funções dos direitos fundamentais	29
4.2	Dimensões dos direitos fundamentais	32
4.2.1	Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	33
4.2.2	Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	34
4.2.3	Direitos fundamentais de terceira dimensão.....	36
4.2.4	Direitos fundamentais de quarta dimensão.....	37
4.2.5	Direitos fundamentais de quinta dimensão.....	38
5	A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	40
5.1	A contextualização dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico pátrio	40
5.2	A materialização do direito fundamental social à saúde.....	44
5.2.1	A amplitude do conceito de saúde.....	45
5.2.2	Tutela do direito da saúde no sistema constitucional brasileiro.....	46
5.2.3	O serviço público de saúde no Brasil e suas diretrizes constitucionais	49
6	A DISTÂNCIA ENTRE O PRAGMATISMO DA NORMA E A REALIDADE DOS QUE NECESSITAM DA SAÚDE PÚBLICA	57
6.1	A relação entre o mínimo existencial e a garantia do direito à saúde	58
6.2	A Judicialização da saúde como forma de garantia do mínimo existencial no direito à saúde.....	60
6.3	A outra face da judicialização da saúde – o direito individual versus o direito coletivo.....	61
6.3.1	A Previsão orçamentária como óbice para execução de políticas públicas de saúde.....	69
6.3.2	A Teoria da reserva do possível como argumento para não realização de uma política de saúde mais ampla	71

7	A PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS PARA O ENFRETAMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	76
7.1	Definição de Fazenda Pública	76
7.2	Da organização judiciária das varas da fazenda pública na Comarca de Palmas.....	77
7.2.1	O Congestionamento de processos nas varas da Fazenda Pública na cidade de Palmas	79
7.3	Da necessidade de novas diretrizes judiciais.....	88
7.3.1	A especialização do Direito da Saúde como fundamento para criação de varas especializadas no tema.....	90
7.3.2	Os núcleos de assessoria técnica como instrumento de auxílio para o julgador.....	93
7.4	A proposta de criação de uma vara da fazenda pública específica para atuar nos processos relativos a direitos fundamentais na Comarca de Palmas.....	95
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	104
	ANEXO – PRODUTO DA DISSERTAÇÃO.....	121

1 INTRODUÇÃO

Nos países democráticos a realização da justiça social é a legitimadora da intervenção estatal nas políticas públicas, devendo ser meta norteadora do Estado para assegurar não somente a realização do bem estar social, mas também os mecanismos que garantam ao cidadão a segurança jurídica através de uma efetiva prestação jurisdicional.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à saúde passou a ser considerado um direito social garantido a todos os brasileiros, sendo alçada a um dever do Estado a garantia do atendimento à saúde, nos moldes da legislação pátria.

Uma análise perfunctória da realidade da saúde pública retratada pela mídia é suficiente para verificar a grande distância entre o cotidiano vivenciado pelos cidadãos que necessitam do serviço público de saúde e a previsão do texto constitucional onde, como outros direitos sociais consagrados na Constituição Federal, a saúde pública é vítima do descaso do Poder Público.

Na Capital do Estado do Tocantins, a saúde pública não vivencia realidade diferente, sendo fato comum notícias sobre pedidos de intervenções federais na saúde, falta de medicamentos, medicamentos vencidos, cirurgias não realizadas, pacientes em corredores de hospitais, ausência de médicos, situações estas já levadas para apreciação do judiciário local, culminando na Judicialização da Saúde, tema de relevante importância, sendo objeto de intenso debate do Conselho Nacional de Saúde e Supremo Tribunal Federal, seja através da realização de audiências públicas ou através de recomendações traçadas aos Tribunais Federais e Estaduais.

A falta de políticas públicas consistentes na área de saúde, aliada a conscientização do cidadão dos direitos sociais, resulta em uma crescente demanda judicial relacionadas à busca da concretização do direito fundamental social à saúde,

exigindo do Poder Judiciário, uma adequação à nova realidade imposta na efetivação do direito à saúde.

Ocorre que, o judiciário brasileiro não está aparelhado de forma adequada para garantir, de forma tempestiva e segura, a consecução do direito fundamental da saúde, realidade esta que se exemplifica na organização judiciária do Estado do Tocantins, onde, das quatro varas da fazenda pública da Comarca de Palmas nenhuma dela segue as orientações do Conselho Nacional de Justiça referente à necessidade de especialização para enfrentamento da nova realidade da judicialização da saúde.

Assim, a contextualização da judicialização da saúde no cenário local é tema que entusiasma na busca de soluções para uma melhor adequação para a consecução dos princípios norteadores da Constituição Federal.

A necessidade de evolução na estrutura do judiciário é o objeto da Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013, onde se aconselha aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar as ações que tenham por objeto o direito à saúde pública.

Este estudo busca alternativas para aperfeiçoar o acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional relacionada ao Direito da Saúde. Neste sentido, é relevante destacar a importância do Poder Judiciário para correção dos abusos ou omissões do próprio Estado.

Dentro do ideal de efetividade da prestação jurisdicional não é aceitável que os direitos fundamentais não tenham o enfrentamento adequado pelo Judiciário propiciando o acesso a uma Jurisdição célere e eficaz.

A discussão é iniciada logo no capítulo segundo, com a abordagem da evolução dos direitos humanos, enfatizando a importância dos direitos humanos na evolução da sociedade.

O capítulo terceiro aborda o estudo dos direitos humanos nas Constituições brasileiras, enfatizando as inovações decorrentes da Carta de 1.988, especialmente

no que tange à prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais.

Em seguida, no quarto capítulo, é contextualizada a importância dos direitos humanos através da positivação. Assim, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Deste modo, se os direitos humanos visam garantir às necessidades essenciais da pessoa humana, é imperiosa a materialização destes direitos, seja na ordem jurídica interna ou externa, através dos direitos fundamentais.

O quinto capítulo é contextualizada a saúde como direito fundamental social fazendo uma abordagem dos direitos sociais enquanto categoria dos direitos fundamentais, explicitando o de promoção da igualdade entre todos, bem como da proteção da dignidade humana, princípios essenciais na concretização do Estado Social. Enfatiza-se, ainda, a análise dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes ao direito da saúde no ordenamento jurídico pátrio.

No sexto capítulo é analisado o pragmatismo da norma e a realidade daqueles que necessitam da saúde pública, estudando a relação existente entre o mínimo existencial e a garantia do direito à saúde. Analisa-se o fenômeno da judicialização da saúde, principalmente, as consequências da interferência do judiciário nas políticas públicas de saúde, abordando a teoria da reserva do possível como fundamento para não consecução do direito da saúde em sua amplitude.

A apresentação da proposta de criação de uma vara judicial especializada em direito de saúde é contemplada no sétimo capítulo do deste estudo, onde são apresentadas justificativas que demonstram que a especialização de um juízo representa fator preponderante para uma prestação judicial mais adequada. São abordados números da realidade das varas da fazenda pública de Palmas e, ainda, as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e julgados do Superior Tribunal de Justiça que enfocam a judicialização da saúde.

As considerações finais, objeto do oitavo capítulo, enfatizam a necessidade de inovações, enfrentando-se os dilemas existentes na judicialização do Direito à Saúde e o incômodo de modificar uma estrutura consolidada da organização

judiciária do Estado do Tocantins. Entretanto, a criação de uma Vara Especializada em Direitos da Saúde em Palmas potencializará o Poder Judiciário para uma análise adequada da política pública de saúde. Assim, o que inicialmente poderia ser interpretado como ativismo judicial, alcança a amplitude da garantia do direito individual à saúde, focado no equilíbrio entre direito individual e coletivo.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

A evolução dos direitos humanos pode ser compreendida no aspecto doutrinário e filosófico, como consequência da própria evolução do ser humano, pois não há como compreendermos o cidadão, sem as garantias efetivas de proteção necessárias para resguardar-se do próprio homem e do Estado.

A era axial, período compreendido entre o ano 800 a. C. e o ano 200 a. C., para muitos filósofos, é entendida como a linha divisória mais profunda da humanidade, neste sentido, leciona Comparato (2005, p. 44):

[...] é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Após, na escala histórica entramos na Idade Média, encontramos a Carta Magna de João Sem Terra, na Inglaterra, em 1215, que foi seguida pelo Ato de *Habeas Corpus* de 1679 e pelo *Bill of Rights* de 1688, cujo objetivo principal era a limitação do poder do rei, a fim de garantir direitos individuais, tais como a liberdade dos cidadãos que se encontravam ameaçados em seus direitos de ir e vir livremente. Segundo Comparato (2005, p. 44):

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

Posteriormente ao pensamento de John Locke, nos séculos XVII E XVIII, surgiram as primeiras cartas dos direitos fundamentais e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, considerada pela doutrina como a consagração dos direitos fundamentais a todo o povo, destacando-se como a mais importante a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, segundo Bobbio (2004), a afirmação dos direitos humanos é ao mesmo tempo universal, no sentido de que os

destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, como ocorriam com as declarações anteriores, onde os princípios e direitos se aplicavam apenas aos cidadãos dos “estados” que a reconhecessem e positivassem, uma vez que os direitos declarados deveriam ser efetivamente protegidos e não somente proclamados ou idealmente reconhecidos, e protegidos, inclusive, contra o próprio Estado que os tenha violado. Sobre a Declaração Universal conclui Bobbio (2004):

Contém em germe a síntese de um movimento dialético que começa pela Universalidade abstrata dos Direitos Naturais. Transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas sim concreta dos direitos positivos universais.

A Comissão de Direitos Humanos, criada nos termos do Art. 68 da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), elaborou em três anos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, sob a presidência de Eleanor Roosevelt, e ratificada pelo Brasil no mesmo dia. Carlos Alberto Marchi de Queiroz (2006, p. 47) citando José Osvaldo Pereira e Oscar Vilhena Vieira, afirma que:

[...] na Convenção Americana sobre Direitos Humanos foram considerados como direitos Humanos de matriz liberal, estabelecendo, o direito à vida, à liberdade, à integridade física, à segurança pessoal, ao devido processo legal, irretroatividade das Leis penais, à proibição da tortura, etc.

Destaca-se a preocupação com os direitos humanos democráticos, reconhecidos pela Declaração de 1948, o direito de participação do governo e ao voto universal secreto e livre, ainda, outros direitos de cunho social, que têm como natureza jurídica de Resolução. Todavia, é importante diferenciar e não confundir os Direitos humanos com os direitos constitucionais. Geralmente, os direitos humanos ocorrem dentro dos direitos constitucionais, e nem sempre coincidem.

Outro fato histórico que merece registro decorreu da Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução nº 2.200-A (XXI), datada de 19 de dezembro de 1966, que criou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, caracterizando-se como de amplitude, tendo entrado em vigor em 1976, quando foi atingido o número mínimo de adesões (35 Estados). No Brasil, o Congresso, através do Decreto-Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, referendou a entrada em

vigor do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, sendo que a carta de adesão foi depositada junto à Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril do mesmo ano.

A ONU continuou reafirmando, no entanto, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos, pois, os direitos civis e políticos só existiriam no plano nominal se não fossem os direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Assim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado no auge da Guerra Fria, reconhecendo, entretanto, um conjunto de direitos mais abrangentes que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. No Artigo 6º do Pacto é enfatizada a proteção ao direito à vida, considerado como inerente à pessoa humana, razão pela qual, cabe ao Estado garantir e tutelar a vida.

Em novembro de 1969 foi celebrada em San José da Costa Rica a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Nela, os delegados dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos redigiram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando o décimo instrumento de ratificação de um membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) foi depositado.

Objetivando assegurar os direitos essenciais do homem nas Américas, a Convenção Americana sobre os Direitos humanos com competência para investigar violações aos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O histórico dos Direitos Humanos no Brasil é traçado com a evolução das constituições brasileiras, razão pela qual torna-se imprescindível abordarmos, brevemente, a história das várias Constituições no Brasil e a importância que as mesmas deram aos Direitos Humanos.

A primeira Constituição Brasileira já surgiu provocando o repúdio de inúmeras pessoas, a Constituição Imperial de 1824, que foi outorgada após a dissolução da Constituinte, razão da rejeição em massa que acarretou protestos em vários Estados brasileiros, como em Pernambuco, Bahia, Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte e, desde então, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos baseavam-se na liberdade, na segurança individual e, como não poderia deixar de ser, na propriedade.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 instituiu o sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República, no entanto, determinava que os mendigos, os analfabetos, os religiosos, não poderiam exercer tais direitos políticos. Além disso, ela aboliu a exigência de renda como critério de exercício dos direitos políticos.

A Revolução de 1930 provocou um total desrespeito aos Direitos Humanos, que foram praticamente esquecidos. O Congresso Nacional e as Câmaras Municipais foram dissolvidos, a magistratura perdeu suas garantias, suspenderam-se as franquias constitucionais e o *habeas corpus* ficou restrito a réus ou acusados em processos de crimes comuns.

Não foram poucos os que se rebelaram contra essa "prepotência", culminando na Revolução constitucionalista de 1932, que acarretou na nomeação, pelo governo provisório, de uma comissão para elaborar um projeto de Constituição, comissão esta que, por reunir-se no Palácio do Itamarati, recebeu o nome de "a comissão do Itamarati". A participação popular, no entanto, ficou por demais, reduzida em razão da censura à imprensa.

Entretanto, apesar dessa censura, a Constituição de 1934 estabeleceu algumas franquias liberais, como por exemplo: determinou que a Lei não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; vedou a pena de caráter perpétuo; proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas; criou a assistência judiciária para os necessitados; instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão ou detenção ao juiz competente para que a relaxasse, se ilegal, promovendo a responsabilidade da autoridade coatora, além de várias outras franquias estabelecidas.

Além dessas garantias individuais, a Constituição de 1934 inovou ao estatuir normas de proteção social ao trabalhador, proibindo a diferença de salário para um mesmo trabalho, em razão de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; proibindo o trabalho para menores de 14 anos de idade, o trabalho noturno para os menores de 16 anos e o trabalho insalubre para menores de 18 anos e para mulheres; determinando a estipulação de um salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador, o repouso semanal remunerado e a limitação de trabalho a oito horas diárias que só poderão ser prorrogadas nos casos legalmente previstos, além de inúmeras outras garantias sociais do trabalhador.

Com a Constituição de 1946, o país foi "redemocratizado", já que essa constituição restaurou os direitos e garantias individuais, sendo estes, até mesmo ampliados, do mesmo modo que os direitos sociais¹. Os direitos culturais também foram ampliados e essa Constituição vigorou até o surgimento da Constituição de 1967, no entanto sofreu várias emendas e teve a vigência de inúmeros Artigos suspensa por muitas vezes por força dos Atos Institucionais de 9 de Abril de 1964 (AI-1) e de 27 de outubro de 1965 (AI-2) no golpe autodenominado "Revolução de 31 de março de 1964". Apesar de tudo isso, podemos afirmar que, durante os quase 18 anos de duração, a Constituição de 1946 garantiu os Direitos Humanos.

A Constituição de 1967, porém, trouxe inúmeros retrocessos, suprimindo a liberdade de publicação, tornando restrito o direito de reunião, estabelecendo foro

¹De acordo com estes, foi proibido o trabalho noturno a menores de 18 anos, estabeleceu-se o direito de greve, foi estipulado o salário mínimo capaz de atender as necessidades do trabalhador e de sua família, dentre outros demais direitos previstos.

militar para os civis, mantendo todas as punições e arbitrariedades decretadas pelos Atos Institucionais. Hipocritamente, a Constituição de 1967 determinava o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, no entanto, na prática, tal preceito não existia. Além de outros retrocessos tais como: reduziu a idade mínima de permissão para o trabalho, para 12 anos; restringiu o direito de greve; acabou com a proibição de diferença de salários, por motivos de idade e de nacionalidade; restringiu a liberdade de opinião e de expressão; recuou no campo dos chamados direitos sociais, etc.

A Constituição de 1967 vigorou, formalmente, até 17 de outubro de 1969, ano em que foi instituída uma nova Constituição. A Constituição de 1969 retroagiu ainda mais, uma vez que incorporou ao seu texto legal as medidas autoritárias dos Atos Institucionais. Não foram respeitados os Direitos Humanos. A anistia conquistada em 1979, não aconteceu da forma que era esperada, uma vez que anistiou, em nome do regime, até mesmo os criminosos e torturadores. No entanto, representou uma grande conquista do povo.

A Constituição de 1988 veio para proteger, talvez tardiamente, os direitos do homem. Tardiamente, porque isso poderia ter se efetivado na Constituição de 1946, que foi uma Constituição que teve algumas características importantes: a reintrodução do Mandado de Segurança e da Ação Popular e a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais, mas que, logo em seguida foi derrubada com a ditadura.

É por isso que Ulisses Guimarães afirmava que a Constituição de 1988 era uma "Constituição cidadã", porque ela mostrou que o homem tem uma dignidade, dignidade esta que precisa ser resgatada e que se expressa, politicamente, como cidadania.

A dignidade da pessoa humana é tratada na Constituição de 1988 já no preâmbulo, quando este fala da inviolabilidade à liberdade, em seguida, no Artigo primeiro, com os fundamentos, posteriormente, no Inciso terceiro (a dignidade da pessoa humana), mais adiante, no Artigo quinto, quando fala da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à igualdade.

Fixou os direitos humanos como um dos princípios que devem reger as relações internacionais do Brasil (Artigo 4º, Inciso II). O texto reconhece, ainda, como tendo *status* constitucional, os direitos e garantias contidos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que não tenham sido incluídos no Artigo 5º da Constituição. José Afonso da Silva (2002, p. 562), afirma que para garantir a eficácia dos direitos da terceira geração foi trazido um instituto de suma importância, a Ação Popular, prevista no Art. 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988, que é:

Instituto processual civil, outorgada a qualquer cidadão como garantia político – constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade da administração, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural; ação atribuí ao povo a legitimidade para pleitear a tutela jurisdicional de interesse que não pertence a ninguém particularmente, mas à coletividade.

Com relação ao Direito penal, o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu grandemente, uma vez que os direitos dos presos estão plenamente positivados na Magna Carta. Além disso, o instituto das penas alternativas é de suma importância para os Direitos Fundamentais do Homem. As penas privativas de liberdade devem ser aplicadas levando em conta a dignidade da pessoa humana, oferecendo todos os direitos inerentes aos seres humanos. (FOUCAULT, 1987).

Em decorrência da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, dentre eles, sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; a Convenção interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; houve também o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992;

Merece destaque, ainda, os diversos Protocolos, tais como o da Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; o Protocolo da Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; o Protocolo da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001, que deu origem a diversos seguimentos de proteção interna no Brasil; o Protocolo do

Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, também, em 27 de janeiro de 2004; e o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988, especialmente, no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais, foram fundamentais para a ratificação desses importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos.

Ademais, em 3 de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto Legislativo nº 89/98. Em 7 de fevereiro de 2000, o Brasil assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente, com isso, promoveu o alinhamento do Brasil à sistemática internacional de proteção dos direitos humanos.

No Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, está previsto que os direitos e garantias constitucionais não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A partir disso, surgiu uma discussão sobre a posição hierárquica dos Direitos Humanos advindos de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. (BRASIL, 1988, p. 22).

Os tratados ratificados passaram a possuir a posição de Leis Ordinárias, mas, em virtude do Art. 4º, II da Constituição Federativa do Brasil, que prevê a prevalência dos Direitos Humanos frente a outros direitos. Há o inegável entendimento de que os direitos humanos internacionais reconhecidos pelo Brasil têm a posição hierarquicamente igual às Normas Constitucionais, sendo esse o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça), contrário ao entendimento do STF (Supremo Tribunal Federal), guardião da Constituição. Quanto a essas discussões, Piovesan citada por Limonad (1996, p. 111) afirma que:

[...] relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do Art. 5º, § 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, como apreciado no tópico, a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do Art. 5º, § 2º [...] no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista.

Apesar da opinião do STF, guardião da Constituição, os Direitos Humanos Fundamentais incorporados ao ordenamento interno do País possui o patamar de normas constitucionais, coadunando-se com a importância que a pessoa humana possui em um Estado Democrático de Direito. Sustenta Mazzuoli (2011, p. 380):

[...] para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de *constitucionalidade* propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam *equivalentes às emendas* constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a Lei *não violar* a Constituição propriamente, mas apenas o *tratado* de direitos humanos). Em suma, deve-se chamar de controle de constitucionalidade apenas o estrito caso de (in) compatibilidade vertical das Leis com a Constituição, e de controle de convencionalidade os casos de (in) compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país.

A Constituição da República Federativa do Brasil, como percussora da efetivação dos direitos humanos traz os seguintes dispositivos: Dispõe no Artigo 1º no capítulo dos Princípios Fundamentais:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político e que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

No Art. 2º, estabelece a tripartição dos poderes da União, teoria adotada por Montesquieu atribuindo-lhes o caráter de independência e harmonia entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Como objetivos fundamentais a República Federativa do Brasil, estabelece no Artigo 3º a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a

promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os princípios do Artigo 4º estabelecem que a República Federativa do Brasil é regida nas suas relações internacionais; da independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político.

No Artigo 5º, a Constituição brasileira traz, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, onde diversos princípios encontram-se alinhavados e pautados para a garantia dos direitos humanos, dos quais se destacam: da igualdade, o qual expresso no Artigo 5º afirma que:

Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

O princípio da legalidade estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei, como princípio da dignidade da pessoa humana estatui de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Este princípio prevê a liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, estabelece o princípio da proporcionalidade e assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, da liberdade da crença religiosa, permitindo a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Além disso, garante à inviolabilidade dos direitos, tais como da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, inviolabilidade do domicílio, estabelecendo as formas de se adentrar e os horários permitidos.

Prevê a garantia do direito de propriedade e a sua função social, mediante processo de desapropriação, da defesa do consumidor, por promoção do Estado, os direitos de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, independentemente do pagamento de taxas, direito do acesso ao poder judiciário, em que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No que se refere à coisa julgada, “a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A proibição do juízo e tribunal de exceção determina que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; quanto à reserva legal, “não há crime sem Lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; no que se refere à retroatividade benéfica, estabelece-se que a Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; o direito da não discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais determina que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei; o princípio da intranscendência determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da Lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O princípio da individualização regula a individualização e adota as providencias da privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos e proíbe a pena de morte e de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis; no princípio da dignidade da pessoa humana é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

O devido processo legal afirma que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; do contraditório e ampla defesa, aos processos administrativos e judiciais, as provas ilícitas, da presunção de inocência,

da dignidade da pessoa humana, relativos à prisão; caberá *habeas-corporis* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; caberá mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corporis* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; caberá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Estabelece como remédio constitucional o *habeas-data*, para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. O registro civil de nascimento, a certidão de óbito, as ações de *habeas-corporis* e *habeas-data*, de forma gratuita para os reconhecidamente pobres, e a garantia dos princípios adotados na Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Os Direitos Sociais vêm descritos no Artigo 6º da Constituição Federal, e abrangem os direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição. No capítulo da Ordem Social a Constituição estabelece os direitos relativos à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso, conforme previstos pelos Art. 227, 207, 195, 153, 150 e 201.

O Artigo 227, afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, além disso, o Estado deverá promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente.

A seguridade Social do trabalhador vem disciplinada no Art. 195, a qual será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da Lei, e mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com contribuições sociais, do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da Lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, a receita ou o faturamento, o lucro assegura a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social.

4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A terminologia “direitos fundamentais”, utilizada inicialmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, se consolidou a partir da estruturação dos processos constitucionais nos Estados e se distingue da terminologia “direitos humanos”, justamente, pela concepção de positivação, embora isso não seja pacífico e alguns doutrinadores utilizem os termos como sinônimos.

Esse também é o entendimento de Sarlet (2010, p. 29):

Em que pese ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional.

Assim, os termos direitos humanos e direitos fundamentais, apesar da conotação diversa, dizem respeito à universalidade dos direitos da pessoa humana, sejam direitos positivados na ordem interna, por meio da legislação constitucional, ou na ordem externa, através de convenções internacionais.

É entendendo o constitucionalismo enquanto limitação de poderes estatais que se pode compreender o surgimento dos direitos fundamentais, como bem explica Moraes (2005, p. 30):

O estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que com a positivação jurídico-constitucional os direitos fundamentais encontram maior grau de efetividade, uma vez que são criados mecanismos legais para impor o respeito aos mesmos.

Do mesmo modo, sendo a pessoa humana a base de toda legislação, se faz necessário que haja instrumentos eficientes para resguardá-la dos abusos do poder do Estado e de seus órgãos. O Estado deve à pessoa respeito e tratamento igualitário, sendo responsável pela criação de normas que a protejam contra o

arbítrio estatal e contra o arbítrio de terceiros. Estas normas devem ter aplicação universal, ou seja, a universalidade deve ser o traço dominante dos direitos fundamentais, empregando-se, desta forma, o princípio da igualdade, independentemente da classe, corporação ou instituição ao qual o indivíduo pertença, ou ainda independentemente do corpo social que o mesmo ocupa. Na busca por critérios formais para conceituar os direitos fundamentais, Bonavides (2011, p. 560), recorrendo a Schmitt (1983), assinala dois, a saber:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante Lei de emenda à constituição.

Neste mesmo diapasão, Moraes (2010, p. 2) assinala que “os direitos fundamentais colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”, uma vez que sem esses direitos uma pessoa não consegue existir ou não tem legitimidade para interagir no meio social em que se encontra inserido.

Nesta ótica, pode-se afirmar que os direitos humanos são direitos que correspondem às necessidades essenciais da pessoa humana, que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com dignidade.

Contudo, para que isso ocorra há a necessidade de positivação, seja na ordem jurídica interna ou externa, pois não há a possibilidade de falar-se em princípio da dignidade da pessoa humana sem assegurar a estes direitos garantias de ordem constitucional e internacional.

Ressalta-se ainda que essas garantias devem ser estendidas a toda a sociedade e não somente ao indivíduo, pois a Lei deve representar a vontade coletiva, garantindo a segurança jurídica na sua aplicação.

Assim, para que haja segurança jurídica, exige-se um sistema de legalidade e um sistema de legitimidade, pelo qual o direito objetivo consagre os valores

julgados imprescindíveis no nível social alcançado pelo homem e considerados por ele como conquista histórica irreversível, assim a segurança não é só um fato, é, sobretudo um valor individual que deve ser respeitado por meio da positivação da Lei. Em especial sobre os direitos fundamentais, consagrados enquanto direitos humanos, conforme abordado anteriormente neste estudo. Bobbio (2004, p. 89 - 90) esclarece:

O fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em contínua ampliação não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa nova sociedade, não bastam os chamados direitos fundamentais, como direitos à vida, à liberdade e à propriedade [...] a relação entre o nascimento e crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente.

Com efeito, o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo, indo além dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade. O mesmo se amplia para atender as necessidades da sociedade que se encontra em constante evolução histórica e cultural, criando novas necessidades que precisam ser supridas e garantidas por meio da positivação de normas constitucionais e infraconstitucionais, como bem observa Sarlet (2001, p. 40):

[...] o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar – ressalvada alguma exceção – bem além, como é o caso da nossa atual Constituição.

Tamanho é a importância dos direitos fundamentais para o Estado brasileiro que o Constituinte de 1988 designou o Título II da Carta Magna para os “Direitos e Garantias Fundamentais”, como será explicitado de forma mais precisa em seção própria deste estudo. Antes, porém, é fundamental apresentar, doutrinariamente, as funções dos direitos fundamentais.

4.1 Funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, de acordo com Canotilho (2003, p. 408) têm a função de defesa ou da liberdade, da prestação social, de prestação perante terceiros e de não discriminação. A primeira função dos direitos fundamentais é a

defesa ou de liberdade da pessoa humana e a defesa da sua dignidade perante os poderes do Estado, conforme esclarece a seguir:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Os direitos de defesa ou de liberdade estão previstos em normas constitucionais e, também, em normas infraconstitucionais, sendo direitos assegurados ao indivíduo limitando o poder estatal, como explica Brega Filho (2002, p. 22):

Tais direitos definiam a fronteira entre o que era lícito e o que não o era para o Estado, reconhecendo liberdades para os cidadãos, pois o que ficasse fora do alcance do Estado, seria lícito. Eram chamados de direitos de defesa, marcando uma zona de não intervenção do estado (negativos). Esses direitos exigiam uma abstenção do estado e não uma conduta positiva.

A função de defesa ou de liberdade dirige-se a uma obrigação de abstenção do poder do Estado, obrigando o mesmo ao respeito dos interesses individuais e coletivos, permitindo apenas que a interferência seja dada de acordo com o prescrito na legislação.

Em relação à liberdade, para que se diga que uma pessoa tem o direito de ser livre, segundo Dallari (1985, p. 29), “é indispensável que essa pessoa possa tomar suas próprias decisões sobre o que pensar e fazer e que seus sentimentos sejam respeitados pelas outras”. Sendo assim, as normas legais em seus dispositivos devem assegurar às pessoas o direito de ir, vir, de se expressar, de pensar e, ainda, de tomar as suas próprias decisões sem a interferência de terceiros.

A segunda função dos direitos fundamentais diz respeito ao direito do particular obter algo do Estado, como, por exemplo, saúde, educação e segurança. Para Canotilho (2003, p. 408) a função de prestação social dos direitos fundamentais é associada a três núcleos problemáticos, a saber:

(1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex.: derivar da norma consagrada do direito a habitação uma pretensão prestacional traduzida no “direito de exigir” uma casa);

(2) ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduz ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das “normas constitucionais sociais” (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex.: prestações médicas e hospitalares existentes);

(3) ao problema de saber se as normas consagradas de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjetivos ou pretensões subjetivas dos indivíduos) a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (ex.: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas).

Verifica-se, pelas palavras do autor, que a abrangência dos direitos de prestação social é ampla, envolvendo vários aspectos da vida cotidiana do indivíduo, objetivando, principalmente, o bem-estar e a justiça social. Nesse sentido, Silva (2007, p. 758) assevera:

Ter como objetivo o bem-estar e a justiça social quer dizer que as relações económicas e sociais do país, para gerarem bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída.

Compactua desse entendimento Sarlet (2010, p. 190) quando afirma que:

[...] os direitos a prestações abrangem os direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos a organização e ao procedimento), bem como os direitos a prestações *stricto sensu*, que identifica com os direitos sociais de natureza positiva.

A terceira função dos direitos fundamentais impõe um dever ao Estado de proteger os titulares dos direitos fundamentais de terceiros. Neste contexto, Canotilho (2003, p. 409) esclarece que:

O Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos (é a ideia traduzida pela doutrina alemã na fórmula *Schutzpflicht*). O mesmo acontece com numerosos direitos como o direito de proteção de dados informáticos, o direito de associação. Em todos estes casos, da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos

direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos, praticadas por terceiros.

Desse modo, os direitos fundamentais devem ser protegidos, uma vez que estão à mercê da vida cotidiana, podendo, nos mais variados instantes, sofrer violação. É o que corre, por exemplo, com os direitos fundamentais à vida, à privacidade, à liberdade de locomoção e à propriedade, cabendo ao Estado promover meios de proteção destes direitos contra a violação de terceiros.

A quarta função dos direitos fundamentais, a não discriminação, parte do princípio da igualdade, assegurando constitucionalmente um tratamento igual do Estado em relação a todos os cidadãos. Para Joaquim Canotilho (2003, p. 410), a função de não discriminação abrange todos os direitos:

Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex.: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex.: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex.: direito ao emprego e formação profissional).

Pelo princípio da igualdade todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza. Deste modo, esse princípio deve preservar, principalmente, a igualdade material, na medida em que a Lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A não discriminação se aplica em vários momentos da vida do indivíduo, e a legislação deve assegurar em seus dispositivos, mecanismos e garantias para que o princípio da isonomia seja aplicado, de modo a permitir que todos tenham igual direito ao respeito das outras pessoas, garantindo, desde o começo, as mesmas oportunidades.

Conforme já mencionado neste estudo, os direitos fundamentais do homem e, conseqüentemente, suas funções estão em constante evolução, atendendo aos anseios e necessidades da sociedade. Essa evolução é cronologicamente perceptível quando se analisa as dimensões dos direitos fundamentais.

4.2 Dimensões dos direitos fundamentais

Trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente sendo reconhecidos constitucionalmente. Importante ressaltar que uma geração não substitui a outra, mas se acrescenta a ela, por isso,

parte da doutrina prefere a denominação “dimensões”. Desta forma, não existe a ideia de sucessão de gerações, mas de um processo cumulativo e qualitativo, onde os direitos se fortalecem e se expandem à medida que a sociedade evolui e se transforma. Doutrinariamente, os direitos fundamentais se dividem em cinco dimensões ou gerações.

4.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão intimamente ligados aos lemas de liberdade, igualdade e fraternidade. São os primeiros direitos a constarem no instrumento normativo constitucional, muito embora cada Estado o tenha feito conforme o respectivo modelo de sociedade, em processos de avanços e recuos. Esses direitos referem-se à liberdade do indivíduo em relação ao Estado, com a contenção do arbítrio estatal e o respeito aos direitos civis e políticos do cidadão, sendo também chamados de liberdades públicas.

Nos ensinamentos de Brega Filho (2002 p. 22), “entre esses direitos estão os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade e outros, completados pela liberdade de expressão e participação política)”. Estes direitos são oponíveis ao Estado, atributos da pessoa humana e, também, direitos de resistência e oposição ao Estado, que devem ser reconhecidos pelo Estado; uma vez violados, devem ser restaurados, mesmo que o agente violador seja o próprio órgão estatal, como esclarece Paulo Bonavides (2011, p. 560):

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa humana e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Acrescentam-se aos direitos de primeira geração os direitos políticos ou liberdades políticas, que se caracterizam, fundamentalmente, no direito de votar e ser votado. O que é indispensável para o fim dos privilégios políticos de grupos em contraste com a vontade do povo, como ressalta Sampaio (2004, p. 261), não resta dúvida da vital importância dessas liberdades para a desobstrução dos canais de

formação da vontade política e de um articulado controle popular sobre o processo de escolha e atuação de seus representantes no governo.

Sendo assim, ambas, liberdades individuais e liberdades políticas, constituem o direito necessário de polícia administrativa, ou seja, de controle, prevenção e repressão dos atos estatais diante da sociedade. Antonio Enrique Pérez Luño (2006, p.28) afirma que “La división de los derechos humanos en tres generaciones fue concebida por primera vez por Karel Vasak en 1979. Cada una se asocia a uno de los grandes valores proclamados en la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad” e acrescenta:

Los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad. Generalmente, se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada. Por su parte, los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad. Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos. (LUÑO, 2006, p. 28).

E continua o autor na afirmativa de que:

Existe cierta contradicción entre los derechos contra el Estado (primera generación) y los derechos sobre el Estado (segunda generación). Los defensores de los derechos civiles y políticos califican frecuentemente a los derechos económicos, sociales y culturales como falsos derechos, ya que el Estado no puede satisfacerlos más que imponiendo a otros su realización, lo que para éstos supondría una violación de derechos de primera generación.(LUÑO, 2006, p. 28).

Constituindo uma evolução dos direitos individuais surge a preocupação com os direitos em favor da coletividade, fazendo surgir os direitos fundamentais de segunda dimensão.

4.2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais que surgiram no início do século XX, superando o individualismo possessivo do final do século XIX e cedendo lugar à consciência coletiva, como explica Celso Lafer (1988, p. 127):

Os chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los.

Entre estes direitos, figura o direito à saúde. A importância da saúde é evidente na vida dos seres humanos, uma vez que por meio da saúde obtém-se qualidade de vida que figura como um dos elementos indispensáveis ao exercício da cidadania, como evidencia Morais, citado por Figueiredo (2007, p. 81).

O núcleo central do conceito de saúde estaria na ideia de qualidade de vida que, para além de uma percepção holística, apropria-se dos conteúdos próprios às teorias política e jurídica contemporâneas, para ver a saúde como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas. Seria então, um direito de cidadania, que projeta a pretensão difusa e legítima de não apenas curar e evitar doenças, mas de ter uma vida saudável, expressando uma aspiração de toda(s) a(s) sociedade(s) como direito a um conjunto de benefícios que fazem parte da vida urbana – isto é, a vida na *polis*, na urbe.

Ainda na esfera dos direitos fundamentais de segunda dimensão há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, englobam também as denominadas liberdades sociais, cabendo ao Estado o dever de criar e ampliar os serviços públicos a fim de garantir a todos o acesso não somente do direito à saúde, mas a todos os direitos sociais.

Enfatiza-se que no século XX, os direitos sociais passaram a dominar as lutas por garantias de melhores condições de trabalho, saúde, segurança e educação, introduzindo nas constituições estatais mecanismos específicos para a sua garantia, como explica Paulo Bonavides (2011, p. 564):

São direitos sociais, culturais e econômicos bem como direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a deslembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Nesse contexto, o rol dos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão deve ser garantido pelo Estado para assegurar às condições jurídicas mínimas a independência social do indivíduo.

Assegurados os direitos coletivos, isto é, dos indivíduos de um determinado grupo, em especial um Estado, surgem as preocupações com os direitos difusos, isto é, aqueles que são de todos, mas que não pertencem a ninguém. São os chamados direitos de terceira dimensão.

4.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que são identificados como o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, como leciona Brega Filho (2002, p. 27):

Durante a segunda Guerra Mundial, percebeu-se que não bastava o reconhecimento dos direitos de primeira e segunda gerações, pois existem outros direitos que não pertencem apenas aos indivíduos. Alguns direitos são transcendentais, pertencem a todos e por isso surgiram no direito constitucional mundial, os direitos de terceira geração, também chamados de direitos de solidariedade. São considerados direitos de solidariedade o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, os direitos ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos.

Acrescenta-se, o posicionamento crítico de Bobbio (2004, p. 25):

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Desta forma, entre esses direitos apresenta-se o direito a um meio ambiente saudável que, devido a sua relevância, passou a ser reconhecido e registrado em documentos internacionais e nacionais, o que é uma inovação para o rol de direitos que privilegiava, até então, o indivíduo ou grupo de um determinado Estado, para atender a necessidade de proteger um bem necessário à humanidade. Esse também é o entendimento de Sarlet (2010, p. 49):

A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e

qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Em síntese, os direitos fundamentais de terceira dimensão, soam como resposta ao alto nível de exploração dos recursos naturais promovidos pelos países industrializados, bem como da exploração destes sobre os países em desenvolvimento. Evidenciando a necessidade de reparação de danos em busca da igualdade econômica e social dos Estados, como bem esclarece Bonavides (2011, p. 570):

1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar déficits);
3. Uma coordenação sistemática de política econômica.

A segurança jurídica dos direitos de terceira geração é indispensável não somente para a manutenção de um Estado, mas de todo o grupo humano, uma vez que o desrespeito a esses direitos pode ter repercussão global, difundindo a ideia que somos todos habitantes de um mesmo e frágil planeta. Um exemplo desse contexto é o direito à paz, que ganhou dimensão internacional. Antonio-Enrique Pérez Luño (2006, p. 32 - 33), afirma que:

la tercera generación de derechos, surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario. Normalmente, se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética.

4.2.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão

A globalização na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos fundamentais de quarta dimensão, que correspondem à fase de institucionalização do Estado Social e dependem da concretização da sociedade do futuro em sua dimensão de máxima universalidade. Nas palavras de Bonavides (2011, p. 571):

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Deste modo, observa-se que os direitos fundamentais de quarta dimensão têm uma aplicação ampla, pois a sociedade cada vez mais pluralista deseja proteção e garantias mais concretas que permitam a sua evolução e desenvolvimento dentro de um sistema pluralista e democrático. Para Ricardo Chimenti (2005, p. 47):

A sociedade globalizada amplia horizontes materiais e intelectuais, mas também expõe o indivíduo à dominação por outros povos. É necessário que a ordem jurídica internacional o proteja, porque até mesmo a soberania dos Estados sofre abalos por sua inserção no denominado mundo globalizado.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão sintetizam o futuro da cidadania e o futuro da liberdade de todos os povos. Tão somente com estes direitos será possível a globalização e o desenvolvimento de uma sociedade pluralista.

4.2.5 Direitos fundamentais de quinta dimensão

Os direitos fundamentais dizem respeito ao homem e às condições em que o ser humano vive. Estas condições constantemente se modificam, propiciando o aparecimento de novos direitos, uma vez que o progresso tecnológico é cada vez mais rápido e seus limites parecem não existir. Não é difícil imaginar que novos momentos históricos permitam o surgimento de outras categorias de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, surge a possibilidade de uma quinta dimensão de direitos fundamentais denominada direito à paz, que ainda se encontra em fase de reconhecimento e que, em regra, na sua dimensão individual, não tem encontrado aceitação na doutrina, como afirma Sarlet (2010, p. 54):

Ao assim denominado direito à paz, cuja dimensão individual, em regra, não tem encontrado aceitação na doutrina, que se insurge contra a possibilidade de reconhecimento de um direito individual à paz, cuja titularidade pertenceria aos Estados, aos povos e à humanidade como um todo.

Alguns autores classificam o direito à paz junto aos direitos de terceira geração. Contudo, muitos autores como, por exemplo, Bonavides (2011, p. 583), já os reconhecem em suas obras, destacando que: “o novo Estado de Direito das cinco

gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões”.

A preservação da paz assume transcendental relevância para a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais. A paz constitui pressuposto indispensável à proteção efetiva dos direitos do homem, conforme explica Bonavides (2011, p. 579), “a concepção de paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais”. Cabe destacar que, mesmo ensejando polêmica entre os doutrinadores, o direito à paz encontra-se positivado na CRFB/88, no Artigo quarto, Inciso IV, sendo um dos princípios que rege a República Federativa do Brasil nas relações internacionais.

Assim, a paz é um conceito jurídico e princípio lógico acolhido na Constituição. É, ainda, a base da sociedade, pois harmoniza as relações humanas e auxilia na preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Concluída a abordagem sobre as dimensões dos direitos fundamentais, este estudo tem por objeto principal os direitos fundamentais sociais, em especial, o direito à saúde, o que faz necessário desenvolver com fundamentos doutrinários este conceito.

5 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Com o advento do Estado Social, a higiene se torna um saber social e passa a compor a saúde pública, em uma das primeiras tentativas de ligar a saúde à economia, reforçando a utilidade do investimento em saúde. O direito à saúde faz parte dos direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais de segunda geração, congênitos ao Estado Social. Segundo Serrano (2009, p. 64):

Assim, proteger a saúde das camadas mais pobres, modificar-lhes os hábitos de higiene, passa a ser um objetivo nacional, pois simultaneamente se estaria lutando contra a miséria que ameaça a ordem pública. A ideia de prevenção encontra, então, ambiente propício à sua propagação.

Entretanto, antes de destacar os aspectos do direito a saúde versados em documentos internacionais e na CRFB/88 e os aspectos pertinentes a sua judicialização, dar-se-á ênfase a contextualização dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 A contextualização dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico pátrio

Os direitos sociais encontram-se inseridos no contexto histórico da luta por melhores condições de vida a serem ofertadas pelo Estado como forma de garantir a real condição de igualdade e liberdade entre todos os cidadãos. Caracterizam-se como direitos fundamentais de segunda dimensão, conforme já abordado nesse estudo. Na sociedade atual, aperfeiçoando a natureza histórica, os direitos fundamentais sociais são associados a uma obrigação prestacional do Estado para com seus súditos, como propõe a clássica definição de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 286):

Direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Sob essa concepção outorga-se ao indivíduo titular desses direitos a possibilidade de exigir prestações sociais estatais, ou seja, direito a ações positivas fáticas do Estado, que o titular poderia adquirir de forma particular se tivesse

condições financeiras suficientes. Mas, na ausência desta condição, podem ser exigidas do Estado por força constitucionalmente estabelecida.

A dimensão positiva merece destaque na definição dos direitos fundamentais sociais, uma vez que não se está mais diante de situações nas quais se busca evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual. Pelo contrário, o que se pretende com o reconhecimento dos direitos sociais é a garantia de participação do indivíduo no bem-estar social.

Deste modo, o sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado, sendo este o responsável pelo atendimento das prestações contempladas por esta modalidade de direitos. Em sentido amplo, todo direito a uma ação positiva do Estado pode ser caracterizado como um direito prestacional. Essa é uma característica marcante dos direitos fundamentais sociais e está diretamente vinculada ao conceito Estado social, como explica Weichert (2004, p. 113):

[...] o Estado de perfil social não é mais mero garantidor de direitos e liberdades individuais, mas sim protagonista de prestações positivas na área dos direitos fundamentais sociais, a serem implementadas mediante políticas e ações estatais consoantes com os objetivos e metas fixados na Constituição. Assim, a concepção do Estado social influi diretamente no sistema de direitos fundamentais, fazendo surgir uma nova categoria de direitos, que poderemos designar por direitos a prestações ou direitos de quota-parte.

Em síntese, os direitos sociais estão enunciados em normas constitucionais e possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados, são direitos que tendem a realizar a igualização de realidades sociais desiguais, portanto, norteados pelo princípio da igualdade.

A dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada ao sistema de valores que advém da experiência cultural de cada sociedade, submetidos à influência do tempo e do espaço, o que justifica a sua existência anterior a qualquer reconhecimento jurídico, sendo qualidade inerente a todos os seres humanos, de forma individual e coletiva, independente de qualquer circunstância de diferenciação, isto é, não importa a raça, a religião, o sexo, a naturalidade, condição econômica, classe social, opção sexual ou qualquer outro elemento diferenciador, sozinho ou em conjunto, pode afrontar a obrigação geral de respeito pela pessoa.

Especialmente no cenário constitucional brasileiro, a CRFB/88 traz, logo no Artigo primeiro, Inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República. Destacando a sua importância, Nunes (2009, p. 47) assevera:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém, visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

É nessa perspectiva que se destaca a importância da pessoa humana na CRFB/88, uma vez que a Constituinte instituiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico.

A escolha refletiu a prevalência da concepção humanista, que permeia todo o texto constitucional, a começar pelo preâmbulo que reconhece “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, bem como o descrito no *caput* do Artigo quinto, o qual destaca que todas as pessoas sejam iguais perante a Lei, sem qualquer tipo de distinção.

A CRFB/88 também reconheceu a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, ou seja, a harmonia entre direitos é essencial, uma vez que um determinado direito não alcança eficácia plena sem a realização simultânea de alguns outros direitos, como bem preceitua Silva (2009, p. 185):

O que é certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.

Assim, tão importante quanto as questões terminológicas é relevante analisar como o texto constitucional brasileiro abrange os direitos fundamentais, especialmente, os sociais e quais princípios e objetivos norteiam a aplicabilidade jurídica destes, bem como a intensidade da proteção que se deseja estabelecer.

Nesse sentido, Nunes (2009, p. 70) conceitua que:

[...] direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Os direitos sociais, enquanto categoria dos direitos fundamentais referencia a necessidade de promoção da igualdade entre todos, bem como da proteção da dignidade humana, princípios essenciais na concretização do Estado Social.

Na CRFB/88 os direitos chamados de sociais são acolhidos em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais. Enuncia a CRFB/88, já no Artigo sexto, que “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”.

Em virtude da amplitude do rol enunciado no Artigo sexto, as normas de direitos sociais estão presentes tanto no Título II, quanto esparsas ao longo do texto constitucional, o que demonstra preocupação do legislador em fornecer elementos capazes de determinar a incidência, o âmbito de proteção e atuação destes direitos.

Em síntese, pode-se concluir que o Constituinte da CRFB/88 utilizou das seguintes formas, técnicas ou estratégias de positivação dos direitos sociais, como destaca Nunes Junior (2009, p. 95):

a) Por meio de normas consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público, que, deste modo, se limitam a apontar diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas por este;

b) Por meio da atribuição de direitos subjetivos públicos, que embora criem um correlato dever de prestar para o Estado, são de fruição autônoma e imediata por qualquer indivíduo; por meio de garantias institucionais, predispostas, portanto, a preservar instituições sociais consagradas pela Constituição;

c) Por meio de cláusulas limitativas do poder econômico, predispostas fundamentalmente à busca do equilíbrio em relações socioeconômicas, marcadas, em termos fenomênicos, por uma desigualdade muito profunda. Tais normas visam, em suma, a criação de um sistema jurídico de ordenação das relações entre particulares, em que a vontade constitucional, ou legal, se faz inserir no conteúdo da relação jurídica a ser travada entre as partes da relação jurídico privada, como aquelas estabelecidas entre o empregado e o empregador.

Embora abrangendo perspectivas diferentes, todas as positivações elencadas pelo autor convergem para a importância da segurança jurídica dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, seja nas relações estatais ou particulares, a fim de garantir uma vida digna a todos, conforme previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil.

5.2 A materialização do direito fundamental social à saúde

Inicialmente, é possível compreender uma pessoa saudável como aquela que consiga preservar a saúde no decorrer da vida através do tratamento adequado à enfermidade, compreendendo, ainda, facilidades no acesso aos instrumentos de prevenção a doenças, planejamento familiar e saúde básica. De acordo com Silva (2010, p. 77):

[...] o direito à saúde é um sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objeto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde.

Da análise dos deveres intrínsecos no direito à saúde faz surgir a problemática da delimitação das diferentes e possíveis dimensões reconhecidas a esse direito, sendo que a doutrina majoritária abarca a divisão em direitos de defesa e direitos a prestações. Segundo Sarlet (2001, p. 5):

O direito à saúde é direito social que apresenta, simultaneamente, uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Enquanto direito de defesa, o direito à saúde determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la. Na dimensão prestacional, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, neste último caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.

As dimensões abarcam aspectos pertinentes à individualidade e à coletividade da saúde. Como direito individual, resguarda-se a liberdade de cada cidadão em relação ao tipo de vida que pretende para si, como por exemplo, a escolha do médico ou do tipo de tratamento.

No aspecto coletivo do direito à saúde prevalece o valor da igualdade, justificando a imposição de restrições e limitações a determinados comportamentos

em prol da preservação da saúde de todos. Como exemplo de ações interventivas do Estado tem-se a fiscalização residencial efetuada pelos agentes de saúde para combater o mosquito da dengue. A relação entre as possíveis dimensões do direito à saúde e as obrigações que elas representam também constituem objeto de estudo de Milanez (2004, p. 198), que explica:

O direito à saúde compreende as obrigações de respeitar, proteger e implementar. Na obrigação de respeito, cabe ao Estado o dever de não intervir na vida do indivíduo de nenhum modo a reduzir a saúde da pessoa – dimensão defensiva, portanto. Já a obrigação de proteção acarreta ao Estado o dever de resguardar a saúde do indivíduo contra violação de terceiros – dimensão prestacional em sentido amplo, [...]. Na obrigação de implementação, por fim, incumbe ao Estado facilitar ou fornecer diretamente bens e serviços para suprir as necessidades básicas da sociedade na área da saúde.

O dever do Estado para com a tutela do direito à saúde vai além das ações de apenas coibir ou evitar a propagação de doenças que colocam em risco a coletividade. Faz, também, parte dessa obrigação o acesso universal e igualitário ao tratamento adequado. Estabelecendo-se, desta forma, a garantia ao mínimo necessário para o respeito à dignidade humana de todos.

5.2.1 A amplitude do conceito de saúde

O desenvolvimento da sociedade, especialmente através do avanço científico, tecnológico e social acarretou um aprimoramento do conceito de saúde. Nas palavras de Silva (2010, p. 75), “a saúde sinônimo de estado de ausência de doença passou a ser concebida na perspectiva de um estado de bem-estar físico, mental e social”. Sob esse enfoque, não é somente o indivíduo doente que merece atenção, mas sim toda a coletividade, no sentido de que a condição sadia do sujeito depende também das condições de qualidade de vida das pessoas que o rodeiam, no intuito de garantir, progressivamente, a dignidade à vida humana.

Assim, a conceituação de saúde não se limita à prevenção e tratamento de males. Ela engloba, também, a garantia de condições de vida digna a toda comunidade, ou seja, é a aliança da saúde enquanto condições adequadas de moradia, alimentação e trabalho ao desenvolvimento de remédios específicos a partir da descoberta dos agentes causadores de doenças.

Weichert (2004, p. 121) sintetiza: “não há saúde com doenças, e não há combate a doenças sem promoção da melhoria do ambiente circundante”. É nesse contexto que a Organização Mundial da Saúde (OMS) proclamou em 1946, no preâmbulo da sua Constituição que “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos”. A conceituação promovida pela OMS significou um notável avanço, considerando o processo de cidadania para sua garantia. Contudo, o conceito adotado ainda caracteriza a saúde como algo estático, sem os aspectos pertinentes ao Estado Social, emergente à época.

Corroborando com esse entendimento, Silva (2010, p. 76) leciona:

Destarte, resta ultrapassada a dimensão anterior sobre saúde como sendo apenas ausência de doença, bem como a visão estática de saúde apresentada de maneira individualizada e inatingível, sem os aspectos do compromisso social, resultado das ações realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, de onde se vislumbra o caráter eminente solidário desse direito, um compromisso a ser assumido pela sociedade consigo mesma, para a garantia de condições dignas de vida a cada ser humano.

Cada vez mais ganha ênfase a visão da saúde como responsabilidade do Estado, reforçando-se que as condições dignas de saúde perpassam pelo saneamento básico, pela alimentação e moradia adequadas, pela educação, transporte e lazer de qualidade.

Em síntese, as políticas públicas são estáticas, se transformam junto com o próprio homem. Contudo, está diretamente ligado à dignidade, no contexto de que vida digna se equipara a vida saudável.

Nessa perspectiva, cabe analisar como se dá o direito à saúde em termos da constituição de normas jurídicas reguladoras destinadas a ordenar a tutela, promoção e recuperação da saúde, bem como à organização e funcionamento dos serviços asseguradores desse direito.

5.2.2 Tutela do direito da saúde no sistema constitucional brasileiro

De acordo com Silva (2010, p. 78), foi somente na “Carta Política de 1988 que o direito à saúde foi elevado à categoria de Direito Fundamental, de direito subjetivo público”.

Nesse contexto, além do já prelecionado Art. 6º, dispõe o Art. 23 da CRFB/88:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]. A CRFB/88 abriga não apenas o direito, mas também um dever fundamental, conforme prescrito no Artigo 196, *in verbis*: 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. (BRASIL, 1988).

Por consequência, qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas, isto é, a efetividade da materialização desse direito no mundo dos fatos, desempenhando a sua função social.

Em uma sequência lógica, o Art. 197 assevera ser a saúde um serviço de relevância pública e o Artigo 198, Inciso II, versa que as ações e serviços públicos de saúde devem ter atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, *in verbis*:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da Lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado;

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

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

Considerando a enorme proteção que é atribuída ao direito à saúde, bem como sua enorme abrangência, mostra-se absolutamente pertinente sua efetivação. Ademais, vale ressaltar que o Art. 5º § 1º, da Carta Política de 1988 impõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, de modo que se tem afastada qualquer aplicação reducionista de um direito fundamental.

Como já mencionado, o direito à saúde está interligado com vários outros direitos, tais como: o direito ao saneamento, à moradia, à educação, ao bem-estar social, à seguridade social, à assistência social, ao acesso aos serviços médicos e à saúde física e psíquica. Nesse sentido, Silveira (2009, p. 18) argumenta que:

O direito à saúde, enquanto previsto para todos, alinha-se à categoria de direito difuso (transindividual, de natureza indivisível, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato) que visa possibilitar o acesso universal, integrando-os aos componentes básicos que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Assim, o direito à saúde não está somente assegurado pela Magna Carta, existem vários direitos afins ao direito à saúde, estabelecidos na legislação infraconstitucional, como por exemplo, a Lei nº 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde. Sua redação destaca que a saúde possui características determinantes correlacionadas, a saber:

Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. 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. (BRASIL, 1990).

Para as ações públicas coordenadas, a própria CRFB/88 prevê em seu Artigo 199 um Sistema Único de Saúde (SUS), que foi regulamentado em 1990 pela supracitada Lei Orgânica da Saúde como um sistema descentralizado em que há responsabilidades definidas para o Ministério da Saúde, para as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde como, por exemplo, políticas públicas de distribuição de medicamentos, de organização de internações, de repasse de verbas, entre outras.

Tais fundamentações remetem à necessidade de discorrer, ainda que de forma sucinta, sobre esta inovação do texto constitucional na esfera dos direitos sociais pós-criação do SUS como serviço público de saúde.

5.2.3 O serviço público de saúde no Brasil e suas diretrizes constitucionais

A Constituinte originária buscou estabelecer princípios da ação do Estado em relação ao direito à saúde. Em destaque está o SUS, definido constitucionalmente no Artigo 198, *caput*, como “o conjunto de ações e serviços públicos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada [...]”, de execução das três esferas governamentais, como preleciona o Artigo 23, Inciso II da Magna Carta.

A criação do SUS teve como objetivos centrais a unificação do sistema, para que não ocorressem os mesmos problemas do antigo sistema, que era distribuído por diversos ministérios, o que ocasionava a falta de controle das ações de saúde, bem como a descentralização das ações de saúde.

O SUS apresenta-se como forma de aproximar as políticas públicas de saúde à população, respeitando as necessidades de ações para cada unidade da federação. A CRFB/88 estabelece sobre as atribuições do SUS, a saber:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da Lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).

A Constituição preocupa-se com metas condizentes com o conceito de saúde estabelecido pela OMS, em consonância com os demais preceitos constitucionais que estabelecem a preocupação com a garantia social e direito de todos. A carta máxima define a saúde como uma necessidade prioritária dentro do Estado Social. Em relação aos princípios do SUS no ordenamento jurídico pátrio, Weichert (2004, p. 157) ressalta:

Os princípios do SUS não são isolados e dissociados dos demais princípios constitucionais, em especial dos estruturantes e dos consagradores de direitos fundamentais. Pelo contrário, eles estariam em relação a estes no patamar de subprincípios instrumentais para a concretização dos valores constitucionais que pairam no patamar mais alto da Constituição, em especial, os previstos nos Artigos 1º a 4º. Conectam-se os princípios do SUS também ao sistema de direitos e garantias fundamentais (individuais, coletivos e sociais), concretizando o direito à vida, à integridade física, à saúde e ao bem-estar pleno. Ao mesmo tempo em que são concretizadores de princípios constitucionais genéricos, os princípios do SUS exercem semelhante papel em face das demais regras do sistema.

Nota-se que a inovadora Carta Política de 1988 trouxe uma política pública de tratamento diferenciado para a saúde, retirando dos estados da federação e dos municípios a possibilidade de decidirem singularmente os rumos da saúde pública em suas limitações geográficas, vinculando-os ao então novo sistema único, com diretrizes nacionais, onde juridicamente está intrínseca a ideia de ordenação e unidade.

Em suma, há de se perceber perfeitamente que cada um dos entes públicos, por meio de seus serviços e ações, compõe uma parte do sistema, sendo este unido e articulado em torno dos princípios fixados na CRFB/88. A estruturação jurídica do SUS se deu especialmente pelas normas infraconstitucionais nº 8080/90, que trata da organização do Sistema e a nº 8142/90, que regulariza e determina os critérios de repasse de verbas para o SUS. Para Salazar e Grou (2009, p. 52), a Lei 8080/90 apresenta a seguinte função:

A Lei 8080/90 tem a função estruturante no que diz respeito às ações de preservação, manutenção e recuperação da saúde do cidadão brasileiro, estabelecendo desde regras de competência, organização e funcionamento, até relativas ao financiamento para viabilização do direito constitucional à saúde. E, dessa forma, constitui a base de todas as outras regras que por ventura versem sobre seu conteúdo, ainda que parcialmente, ou mesmo de forma a complementá-la, como é o caso da Lei 9656/98 (Lei de Planos e Seguros Privados de Saúde).

A função do SUS apresentada pelos autores supracitados é visível na definição proposta para o Sistema pelo próprio Ministério da Saúde:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros. Além de oferecer consultas, exames e internações, o Sistema também promove campanhas de vacinação e ações de prevenção e de vigilância sanitária –

como fiscalização de alimentos e registro de medicamentos – atingindo, assim, a vida de cada um dos brasileiros. (BRASIL, 2015).

Dos próprios documentos oficiais é possível destacar que as ações de saúde se manifestam efetivamente como um direito de cidadania e tem o sentido fundamental da universalidade, o que caracteriza, por essência, a criação do Sistema Único de Saúde. Outras características conceituais também são destacáveis para a efetivação da saúde como um direito fundamental do homem. São elas a equidade, a descentralização e a participação social. Por equidade entende-se a igualdade constitucional em seu sentido formal.

A descentralização corresponde às funções e responsabilidades atribuídas, respectivamente, ao Ministério da Saúde, às Secretarias Estaduais e Municipais da Saúde, ressaltando que todas devem agir juntas e de forma solidária. Finalmente, a participação social, garantida mediante a atuação do Conselho Nacional de Saúde que tem como missão a deliberação, fiscalização, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas de saúde. Composto por representantes de entidades e movimentos representativos de usuários, entidades representativas de trabalhadores da área da saúde, governo e prestadores de serviços de saúde.

A integralidade de assistência também deve ser considerada, uma vez que consiste no atendimento integral da pessoa, ou seja, deve atuar na prevenção de doenças, no fornecimento de atendimento médico e hospitalar e na prestação de assistência farmacêutica, possibilitando o acesso aos medicamentos necessários ao tratamento e à cura.

A criação do SUS, em 1988, representou um dos mais significativos avanços no processo de construção da cidadania brasileira, a redemocratização do país, com o idealismo de construir uma nova sociedade, moderna e mais justa. A legislação com a marca da renovação teve apoio multipartidário na Assembleia Nacional Constituinte. Com espírito renovador, a Constituição de 1988 garantiu a todo cidadão brasileiro, o direito à universalidade, integralidade e equidade no acesso à saúde.

O SUS é constituído pelo conjunto das ações e de serviços de saúde sob gestão pública. Está organizado em redes regionalizadas e hierarquizadas e atua

em todo o território nacional, com direção única em cada esfera de governo. Nesse sentido, o SUS não é uma estrutura que atua isolada na promoção dos direitos básicos de cidadania. Insere-se no contexto das políticas públicas de seguridade social, que abrangem, além da saúde, a previdência e a assistência social.

O SUS é uma rede nacional de atendimento à saúde, organizado e com responsabilidades definidas para cada ente federado. Seus recursos são divididos e repassados aos órgãos responsáveis pela saúde de cada um desses entes de acordo com as Leis orçamentárias, devendo haver o tratamento integral à saúde do cidadão indiscriminadamente. Quanto ao acesso aos meios de tratamento, deve ser amplo, conforme princípios constitucionais e regulamentação infraconstitucional.

É regulado e formado por diversas normas, instruções, atos normativos e portarias. Para uma melhor compreensão de sua regulamentação, a relacionamos e selecionamos alguns instrumentos regulatórios, afim de melhor esclarecer o funcionamento da saúde no Brasil. Essas mesmas normas e atos normativos são quem regulamentam as responsabilidades em cada esfera do governo, conforme explicitaremos resumidamente algumas delas.

A Constituição brasileira estabelece que a saúde é um dever do Estado. Aqui, deve-se entender Estado não apenas como o governo federal, mas como poder público, abrangendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990) determina, em seu Artigo 9º, que a direção do SUS deve ser única, de acordo com o Inciso I do Artigo 198 da Constituição Federal, sendo exercida, em cada esfera de governo, pelos seguintes órgãos: I no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; III no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

O Artigo 196 da Constituição Federal estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A partir desse Artigo, fica definida a universalidade da cobertura do SUS e suas ações são

definidas têm “relevância pública”, sendo atribuído ao poder público a sua regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e dos serviços de saúde.

O texto constitucional, em seu Artigo 198, demonstra claramente que a concepção do SUS encontra-se baseada na formulação de um modelo de saúde voltado para as necessidades da população, buscando resgatar o compromisso do Estado para com o bem-estar social, especialmente, no que refere à saúde coletiva, consolidando-o como um dos direitos da cidadania:

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. Parágrafo único – O Sistema Único de Saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (BRASIL, 1988).

A regulamentação do SUS é decorrente da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde; a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e regula em todo o território nacional as ações e os serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. (BRASIL, 1990).

A mesma Lei instituiu o SUS, constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, e estabeleceu a iniciativa privada o direito de participar do SUS em caráter complementar.

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no Artigo 198 da Constituição Federal de 1988, obedecendo, ainda, a princípios organizativos e doutrinários, tais como: universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade de assistência, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; equidade; descentralização político-administrativa com direção única

em cada esfera de governo; conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; participação da comunidade; regionalização e hierarquização.

A Lei n. 8.080/90 trata, também:

- a) da organização, da direção e da gestão do SUS;
- b) da definição das competências e das atribuições das três esferas de governo;
- c) do funcionamento e da participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde;
- d) da política de recursos humanos;
- e) dos recursos financeiros, da gestão financeira, do planejamento e do orçamento.

Os objetivos do SUS são assegurados pela Lei 8080/90 que trouxe: a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde; a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Com a aprovação da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, foi estabelecida a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, com necessidade de promover mudanças de atitude em todas as práticas de atenção e gestão que fortaleceram a autonomia e o direito do cidadão. (BRASIL, 2001, p. 2).

A criação do SUS, pela Constituição Federal, foi depois regulamentada através das Leis nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, e pela Lei nº 8.142/ 90, que se refere ao controle social e participação da comunidade.

A Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde, entre outras providências. Além disso,

instituiu as Conferências e os Conselhos de Saúde em cada esfera de governo. Os Conselhos de Saúde buscam participar da discussão das políticas de saúde, tendo uma atuação independente do governo, embora façam parte de sua estrutura. É neles que se manifestam os interesses dos diferentes segmentos sociais, possibilitando a negociação de propostas e o direcionamento de recursos para diferentes prioridades.

São relevantes as ações de saúde defendidas pela Constituição Federal que assim se divide: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízos dos serviços assistenciais, tendo como sustentáculo a participação da comunidade.

Os legisladores preocuparam em colocar no ordenamento jurídico compromisso e regras nas ações e serviços públicos de saúde comprometendo assim a União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios com a aplicação anual de recursos mínimos calculados sobre a arrecadação de cada esfera. (BRASIL, 1988).

As instituições privadas podem participar da assistência do SUS de forma complementar, seguindo as diretrizes estabelecidas no ordenamento de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio. Porém, estabelecendo que a preferência prevaleça para instituições filantrópicas e sem fins lucrativos. A Constituição Federal proíbe a participação de empresas e capitais estrangeiros de forma direta ou indireta nos serviços públicos de saúde no Brasil, exceto em casos previsto em Lei.

A Emenda Constitucional (EC) nº 29, criada em 13 de setembro de 2000, alterou os Artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal objetivou assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde do país. De acordo com a EC, o percentual mínimo fixado para os Estados foi de 12% da arrecadação dos impostos e, para os Municípios de 15%, o que representou um importante avanço para diminuir a instabilidade no financiamento que o setor de saúde enfrentou a partir da Constituição de 1988 (com o não cumprimento dos 30% do orçamento da seguridade social), bem como uma vitória da sociedade na questão da vinculação orçamentária como forma de diminuir essa instabilidade.

Em 2006 foram criados o Pacto pela Vida e pela Gestão do SUS, fazendo-se abordagens importantes sobre a descentralização e controle social, ressaltando a sua possível contribuição na garantia de maior eficiência, eficácia, e resolutividade nas ações da saúde pública; que teve, também, como espelho a pactuação de gestão que tem como objetivo promover a melhoria na quantidade e qualidade dos serviços ofertados à população e garantia do acesso de todos a esses serviços.

Os aspectos positivos na implantação foram destacados como os avanços para a consolidação do SUS como maior compromisso e autonomia por parte dos municípios, reorganização e descentralização da saúde e a participação mais direta da sociedade no processo de controle social. O Pacto pela Saúde foi outro importante avanço dentro da política do SUS tendo como tripé: Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS, Pacto de Gestão do SUS.

A implantação nas suas três dimensões possibilitou a efetivação de acordos entre as três esferas de gestão do SUS para a reforma de aspectos institucionais vigentes, promovendo inovações nos processos e instrumentos de gestão que visam alcançar maior efetividade eficiência e qualidade de suas respostas e, ao mesmo tempo, redefine responsabilidades coletivas por resultados sanitários em função das necessidades de saúde da população e na busca da equidade social (BRASIL, 2006 p. 4).

O Pacto pela Saúde trouxe uma proposta organizada e articulada a partir dos três componentes “O Pacto pela Vida, o Pacto em Defesa do SUS e o Pacto de Gestão do SUS”. Em cada um desses componentes encontra-se uma estratégia para a reorganização e a possibilidade de melhorias significativas de Saúde Pública Brasileira. Para tanto, baseia-se nos “Princípios Constitucionais do SUS, ênfase nas necessidades de Saúde da População”, conforme disposto na Portaria nº 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006, a qual promulga o Pacto pela Saúde 2006. (BRASIL, 2006, p. 14).

6 A DISTÂNCIA ENTRE O PRAGMATISMO DA NORMA E A REALIDADE DOS QUE NECESSITAM DA SAÚDE PÚBLICA

Conforme já, exaustivamente, salientado o acesso à saúde, como direito fundamental, está previsto na Constituição Federal de 1988. A saúde consta como um dos direitos sociais reconhecidos no Art. 6º, o qual abre o capítulo II “Dos Direitos Sociais” do Título II (Dos Direitos Fundamentais) da Carta Magna. Além disso, o Art. 196 define a saúde como “direito de todos e dever do Estado”.

A definição da saúde como direito fundamental social não indica a realidade dos caminhos para que os cidadãos brasileiros possam dela usufruir, em que a realidade demonstra a grande distância entre a louvável materialização do direito e subjetivação da realidade vivenciada nos quatros cantos do Brasil.

Em que pese a saúde ser direito de todos e dever do Estado, inclusive com garantias de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, pouco importando a condição social e econômica do paciente, a realidade dos hospitais brasileiros demonstram que o Estado ignora a execução prática das normas que objetivam dar efetividade ao atendimento integral ao acesso à saúde.

O Estado ignora a garantir aos seus cidadãos, negligenciando o acesso a serviços e ações de saúde que, em tese, deve proporcionar, repita-se, atendimento integral (Inciso II do Art. 198 da CF), compreendendo-se uma adequada assistência médico-hospitalar, a qual pressupõe a oferta de procedimentos (exames, cirurgias etc.) e de medicamentos, ainda que sejam de última geração, pouco importando o seu custo, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e saúde do usuário do SUS.

Na visão de Sarlet (2010, p. 442), o avanço constitucional pertinente ao direito à saúde está relacionado à proteção igualmente constitucional da dignidade da pessoa humana que, nas palavras de Sarlet, torna-se o “fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser”.

Na lição de Araújo (2000, p. 102), sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade humana é “um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro”.

Este é também o pensamento de Flávia Piovesan (1998, p. 34), para quem:

[...] o valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do Art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça.

Destarte, a proteção absoluta à saúde deveria nortear as políticas públicas em decorrência da importância que a constituinte atribuiu aos direitos sociais (Art. 6º e 7º da CF), os quais estão inseridos no rol dos direitos fundamentais e que se traduzem em prestações positivas que devem ser ofertadas pelo Estado, possibilitando, assim, melhores condições de vida aos mais necessitados.

6.1 A relação entre o mínimo existencial e a garantia do direito à saúde

Em que pese o arcabouço doutrinário existente, é grande a discussão entre os juristas e gestores públicos do que viria a ser esse mínimo necessário para a garantia da dignidade, considerando que não existe no vigente ordenamento constitucional brasileiro previsão expressa à garantia do mínimo existencial, embora o Artigo 170, *caput*, enfatize a garantia de uma existência digna, *in verbis*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

Sobre a polêmica questão, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 25) defendem que “o que importa, nesta quadra, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorre já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana”.

A omissão do Estado na consecução plena do direito à saúde, previsto na norma Constitucional, é a negativa da tese de que o Estado deve garantir o mínimo existencial, ou seja, os direitos básicos do cidadão.

Vale ressaltar que na doutrina pátria, o mínimo existencial é evidenciado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Doutrinariamente, Olsen (2010, p. 149) define “núcleo essencial como um conteúdo mínimo irreduzível, e impassível de restrição”. Nestas condições, é possível compreender, com o auxílio de Barcellos (2002), citada por Olsen (2010, p. 320), a identidade entre o núcleo essencial e o mínimo existencial:

O mínimo existencial corresponde a um subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais menores – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado.

Para os adeptos desse entendimento, o próprio texto constitucional aponta as diretrizes para a tutela do direito à saúde no âmbito preventivo, curativo e de reabilitação, sem extrapolar as limitações orçamentárias, o que afasta a ideia de que o direito à saúde, enquanto direito social, integra uma norma pragmática que depende do legislador e do gestor público para implementação.

Mais especificamente, nas palavras de Lopez:

No respeitante ao direito à saúde e respectivas prestações materiais se vê facilitada pelo próprio texto constitucional que lhes assina as diretrizes e lhes confere considerável necessidade, nomeadamente no que respeita aos efeitos pretendidos, sem prejuízo, é claro, das limitações orçamentárias, que mais dizem respeito, entretanto, à extensão, quantidade ou intensidade dos meios necessários a lhes dar efetividade. (LOPEZ, 2010, p. 79).

Em consequência dessa fundamentação jurídico-constitucional, entende-se que há diversas maneiras de se efetuar esta obrigação, cabendo ao legislador a função de dispor sobre a forma de prestação, o montante orçamentário a ser disponibilizado, bem como as condições para a efetividade do direito frente ao cidadão. Contudo, na perspectiva da identidade entre o mínimo existencial como núcleo essencial da efetividade dos direitos fundamentais sociais, a exigibilidade das prestações materiais pode vir a necessitar de uma análise mais detalhada do caso concreto, o que pressupõe atividade do Judiciário.

6.2 A Judicialização da saúde como forma de garantia do mínimo existencial no direito à saúde

Entende-se a judicialização da saúde como a adoção de medidas por meio das quais o Poder Judiciário, impõe obrigações de fazer, na esfera da saúde, a outro. No caso, ao Executivo, em decorrência de descumprimento de preceitos legais relacionados à adequada assistência à saúde na forma prevista na Constituição Federal.

Ressalta-se que no Brasil vige o princípio da inércia do Poder Judiciário, segundo o qual o Judiciário apenas atuará na hipótese de ser provocado claro está. Portanto, que nas situações em que houver uma situação que implique uma agressão ao direito à vida, seja por omissão ou ação por parte do Estado, o Judiciário pode vir a intervir, como bem preceituam Sarlet e Figueiredo (2010, p. 35):

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais.

Assim, importa reconhecer que o Judiciário não pode deixar de acolher os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, interpostos por cidadãos que clamam por um serviço e/ou um bem de saúde, os quais, muitas vezes, apresentam-se urgentes para que uma vida seja salva e um sofrimento minimizado.

Como reconhece Rogério Leal Costa, tem-se verificado a ocorrência de judicialização de questões de natureza política e social que dizem respeito, em caráter precípua, a outras esferas e espaços de deliberação pública, como o Poder Legislativo e o Executivo, ressaltando ainda o excesso da judicialização das demandas de cunho social.

Os cidadãos, munidos de uma prescrição médica, e por vezes de relatórios e exames médicos, socorrem-se do Poder Judiciário, individualmente, para obterem do Estado uma prestação capaz de garantir o acesso a determinado tratamento prescrito pelo profissional médico que os assiste e, por consequência, garantir o seu direito constitucional à saúde. Sobre isso, faz-se necessário mencionar o

entendimento de Figueiredo (2007, p. 144) sobre o que atualmente se entende sobre o princípio da separação dos Poderes:

[...] o aspecto funcional [da separação de Poderes] tem como finalidade precípua a busca de eficiência governamental para executá-las, tornando o Estado, como um todo, eficiente. O que importa num estado constitucional de direito, por conseguinte, não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.

Nesse mesmo entendimento, Barroso (1996, p. 83) destaca que o “padrão mínimo no cumprimento das tarefas estatais poderia, sem maiores problemas, ser ordenado por parte do Judiciário. A denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte”.

6.3 A outra face da judicialização da saúde – o direito individual versus o direito coletivo

A intervenção judicial no âmbito da gestão da saúde é problemática enfrentada nos Tribunais, sendo pacífico o entendimento que não cabe ao Judiciário decidir de onde alocar recursos para o efetivo cumprimento ao direito individual do acesso à saúde, entretanto, não pode ser desprezada a falta de recursos da saúde pública vivenciada pelo Estado Brasileiro.

Assim, a cada cumprimento de uma determinação judicial para que o Estado cumpra uma obrigação inerente à internação de um paciente em um leito de UTI, é praticamente certo que outro paciente será deixará de ocupar a referida vaga.

Porém, há de se ressaltar que é no contexto de cada instrução processual que devem ser traçados os rumos da atuação judicial, razão pela qual é indispensável que se propicie aos juízes condições para balizar as decisões, pois, é dentro de cada processo que o direito individual à saúde deve ser confrontado com o direito coletivo e com a política pública estabelecida em matéria de saúde, por meio de provas e saberes técnicos necessários para discutir cada caso concreto, observado o não comprometimento do mínimo existencial individual e da própria coletividade.

Um dos efeitos negativos do fenômeno da judicialização da saúde é que o Poder Judiciário acaba por interferir nas políticas públicas de saúde sem que o mesmo tenha pleno conhecimento da realidade vivenciada pelo órgão de saúde e, por consequência, a intervenção pode agravar as iniquidades de acesso no sistema público de saúde, infringindo aos princípios traçados pelo SUS.

Assim, aqueles que têm maior possibilidade de veicular sua demanda judicialmente, em detrimento dos que não possuem acesso à justiça, contribuem para o agravamento do princípio da integralidade, uma vez que ações de cunho individual não levam em consideração os demais atingidos pela ineficiência do serviço público de saúde.

Conforme André Luiz Bianchi (2012, p. 45), ao analisar o aumento significativo do número de processos onde é discutido o Direito da Saúde, os dados apontam diversas hipóteses para a crescente demanda, enfatizando que a Judicialização e o próprio ativismo judicial é consequência da autonomia consolidada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

São inúmeras as possíveis causas que culminaram com a eclosão da excessiva judicialização e do ativismo judicial na área da saúde e o fornecimento de fármacos, podendo ser salientado, num primeiro momento, o processo de redemocratização brasileiro, cujo auge se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O Poder Judiciário, que outrora estava reduzido a um mero departamento estatal, transmudou-se em um real e verdadeiro poder estatal, passando a ser encarregado pelo Poder Constituinte Originário de fazer valer a Constituição e a legislação infraconstitucional, inclusive, contra o Poder Executivo e Legislativo.

É certo que o Poder Judiciário exerce o papel de guardião dos direitos constitucionais, entretanto, a judicialização da saúde provoca apreensão e perplexidade perante a ausência de preparo específico para enfrentamento do tema, onde, na maioria das vezes, os julgadores do destino da saúde não possuem o embasamento técnico necessário para decidir sobre um direito à saúde posto em discussão.

Cumprе ressaltar, novamente, que o tempo do processo não coincide com a urgência da vida, ainda que existam remédios processuais adequados para a tutela de urgência. Embora, em muitos casos, exista a falta de uma estrutura adequada que possibilite assessoramento com expertise sobre a matéria, há-se a necessidade de tomada de decisões que enxerguem não somente a necessidade individual, mas, também, evite que determinadas pessoas sejam privilegiadas em detrimento de outras.

O julgador, ao analisar um pedido para fornecimento de um medicamento, a maioria das vezes, não possui condições de avaliar se aquele tratamento é o melhor em termos de relação custo/benefício, se o medicamento recomendado pode ser substituído por outro disponível nos programas de assistência farmacêutica do SUS, ou se aquele pedido é contra um princípio fundamental do sistema de saúde.

É imprescindível que o Poder Judiciário enfrente a realidade da dimensão política que compõe o direito à saúde. Sobre a competência do juiz perante a determinação do conteúdo que densifica o mínimo existencial no caso concreto, Figueiredo (2010, p. 201) assinala:

Não deve o Judiciário ir além do que exige a estipulação de um conteúdo mínimo ou essencial, sob pena de injustificadamente invadir a seara de competência legislativa. Tais prestações mínimas devem ser estabelecidas em função de uma análise *in concreto* que, à semelhança da definição do conteúdo essencial dos direitos, leva em conta o tipo de sociedade e as exigências e expectativas referentes ao direito em jogo, uma vez que o conteúdo de um direito não é algo fixo nem alheio à comunidade em que se erradica.

Em síntese, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos de UTI, dentre outras prestações positivas de saúde do Estado, representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, significando a um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, que incorrem em gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país.

A dúvida resultante sobre o conflito do individual versus o coletivo é ressaltada por Nunes e Scaf (2011, p. 41):

Suponhamos que alguém que só pode ter esperança de cura se beneficiar de um transplante (de coração, de fígado, de rim...). Neste, como em outros domínios, a capacidade dos serviços públicos de saúde é limitada. Por isso, há listas de espera. Pode um tribunal decidir que o doente que veio perante ele pleitear pela satisfação do seu direito à saúde (e à vida) deve ser atendido com prioridade relativamente aos outros cuja situação o Juiz não conhece? E será justo admitir que, perante dificuldades de resposta do sistema público de saúde, os tribunais possam condenar o estado a pagar as despesas com a deslocação ao estrangeiro, o internamento hospitalar, a cirurgia, o tratamento e os medicamentos em outro país?

Se os problemas (da vida e do direito) se resolvessem através de silogismos, a resposta teria de ser positiva: o direito à saúde, à dignidade e à vida são direitos fundamentais indiscutíveis; as questões de dinheiro são questões menores, logo, pague o estado aquilo que for necessário para recuperar a saúde de alguém que provou em tribunal precisar dessa ajuda. Mas, a vida não cabe em silogismos, nem o raciocínio jurídico e a justiça se esgotam neles.

Podemos concluir, conforme se fundamentará adiante, que somente uma Justiça devidamente estruturada é capaz de redimensionar a questão da judicialização da saúde no Brasil, possibilitando ao julgador, através de parâmetros concretos, equacionar o exercício do direito individual frente à necessidade coletiva não posta para apreciação concreta do julgador.

Os direitos constitucionais fundamentais, especialmente o aludido direito à saúde, encontram, atualmente, sérias dificuldades em relação a sua efetividade, conforme explanado alhures, ante a não atuação necessária do Poder Público. Diante dessa omissão por parte do poder elaborador e garantidor de políticas públicas, está ainda o óbice da discussão acerca da atuação do Poder Judiciário nestes casos de omissão, baseada em uma interpretação retrógada da teoria da Separação dos Poderes.

Esta vedação decorre da intenção prejudicada de defender o cidadão de intervenções abusivas do Poder Público, todavia, com a atuação do Judiciário nos casos expostos no decorrer deste trabalho é que se estaria garantindo essa proteção. No que diz respeito ao argumento trazido pelo poder público, quando

diante de situações em que membros da população pleiteiam o fornecimento de medicamentos de alto custo, de logo, afastam-se os argumentos da separação dos poderes e da reserva do possível.

A possibilidade de se recorrer ao judiciário encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, que assegura que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, nos termos do Art. 5, XXXV, CF/88. O argumento da separação dos poderes não é adequado para se averiguar a existência ou não de um direito, enquanto a análise da existência de um direito atua no plano da eficácia da norma, a atuação do poder judiciário opera no plano da sua efetividade. (MEIRELES, 2008, p. 425).

Esse argumento encontra respaldo na jurisprudência pátria, onde se destaca a decisão proferida na ADPF MC 45/DF, da qual é relator o Ministro Celso de Mello, DJ 29.4.2004:

EMENTA: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

No mesmo sentido, o argumento da reserva do possível, que significa inexistência de recursos suficientes para atender a todas as necessidades, consubstancia-se em que os Poderes Legislativo e Executivo decidem sobre as respectivas atuações, não atuando no plano da eficácia da norma, assim, não podem fundamentar a existência ou não de determinado direito subjetivo. (MEIRELES, 2008, p. 426).

O Ministro Celso de Mello enfrenta, ainda, o tema da reserva do possível na ADPF 45/DF destacando que o Estado não pode simplesmente invocá-lo a fim de exonerar-se do cumprimento de obrigações constitucionais, conforme se lê:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. [...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

O objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos imperiosos a satisfazê-los. Deste modo, sustenta parte da doutrina, que os direitos sociais sujeitam-se a uma reserva do possível. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 293). No entanto, o direito à saúde, por estar mais diretamente ligado à vida, é tão fundamental que na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais pode ser pleiteado por meio judicial. O titular do direito à saúde pode exigir do Estado providências fáticas relevantes para o desfrute da prestação que lhe constitui o objeto. (MEIRELES, 2008, p. 432).

Prestações relativas à saúde devem corresponder ao mínimo existencial, conforme ponderações e respectivas conexões axiológicas, deste modo, seria inadequado excluí-las quando demonstradas serem essenciais para a vida digna do ser humano. Nesse caso, fariam parte de um mínimo existencial e deveriam ser concedidas pelo Poder Judiciário. (MEIRELES, 2008, p. 432). Partindo-se para uma análise casuística, há de se observar que o Brasil é um país com relativa escassez de recursos, no entanto, essa escassez não pode se tornar um óbice ao reconhecimento do direito ao mínimo existencial. Assim entendeu o Ministro Gilmar Mendes no STA 175-Agr/CE, DJ 30.04.2010, *in verbis*:

Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde (SUS). Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Sustenta o Ministro Gilmar Mendes que o argumento de que o fornecimento de medicamentos de alto custo ou de medicamentos que possuem registro na ANVISA traria grave lesão à economia e à saúde pública não são suficientes para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público. Ademais, destaca que a análise das decisões dessa natureza devem ser feitas caso a caso, ou seja, em cada caso deve ser feita uma ponderação de interesses que considerem todos os elementos fáticos e normativos do pleito.

É, também, o entendimento sustentado pelo Ministro Celso de Mello no RE 393.175/RS, DJ 02.02.2007 do qual é relator:

[...] pacientes com esquizofrenia paranoide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio - pessoas destituídas de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial - fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes - dever constitucional do estado (CF, ART. 5º, "CAPUT", e 196) - precedentes (STF) - abuso do direito de recorrer - imposição de multa - recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

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 plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Deste modo, cabe ao Poder judiciário a análise casuística para, enfim, conferir a plena e imediata efetividade dos direitos sociais, podendo, inclusive, obrigar o Estado a realizar tais políticas sociais.

Outrossim, deve-se ponderar entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, direitos fundamentais esses que são assegurados pela Constituição Federal, ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 324).

Cabe ao Poder Judiciário agir diante da inércia governamental no adimplemento de prestações positivas conferidas ao Poder Público, sem se deixar levar pelo falho argumento da reserva do possível, invocado muitas vezes pelo

Estado para exonerar-se, dolosamente, da realização de suas obrigações constitucionais.

A alegação de impossibilidade de atuação do juiz como legislador positivo é constantemente invocada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em ações que visem à concretização de direitos constitucionais, em especial, o direito à saúde, pelo Poder Judiciário, fundada em uma visão extremista da Separação dos Poderes, que precisa ser relativizada nos dias atuais. Clève (2005, p. 7) apresentou alguns argumentos e contra-argumentos para esta legitimidade discutida:

Se é certo que há um consenso no que diz respeito à atuação dos juízes enquanto legislador negativo, o mesmo não ocorre quando se está a falar numa atuação análoga à do legislador positivo. Ou, eventualmente, do administrador. [...] Poder-se-ia, eventualmente, afirmar, para afastar o argumento, que o Judiciário atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais. O contra-argumento seria no sentido de que, no contexto do regime democrático, é a maioria (princípio majoritário) que governa.

Objetivando a imposição de limites à democracia, conferiu-se aos juízes ou a entidades com características próprias de cortes de justiça, a função de controle da constitucionalidade das Leis. Contudo, a atribuição desse poder sem paralelo aos juízes não afasta a prioridade do legislativo na formulação de políticas públicas. Um dos mecanismos existentes ao Judiciário para controle do legislativo é a ação declaratória de constitucionalidade, conforme conclui Slaibi Filho [200-]:

Evidente o conteúdo legislativo positivo da ação declaratória de constitucionalidade, pois através do provimento de procedência agrega-se ao ato normativo a qualidade ou eficácia de imunizá-lo ao controle incidental de constitucionalidade; isto é, a decisão da Suprema Corte na ação declaratória de constitucionalidade tem o impressionante efeito de impedir que juízes e administradores públicos neguem aplicação à norma infraconstitucional sob o fundamento de ser a mesma incompatível com a Lei Maior.

A própria Lei Maior não impõe expressamente este impedimento, não trazendo, todavia, a autorização expressa para a atuação legislativa positiva do juiz, sendo os entendimentos construídos por juristas. (MARTINS, 2008).

De certo modo, a Carta Maior confere aos juízes o controle da atividade legislativa, atribuindo, implicitamente, poderes de reparo, o que em casos de omissão, ensejaria a concretização judicial da norma constitucional. (MORO, 2001).

Assim, nos dizeres de Dworkin (1999, p. 44), "o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear direitos, mas assegurá-los e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos".

Sabidamente, conclui Moro (2001, p.104) a respeito do tema:

O dogma da vedação à atuação judicial como "legislador positivo" não tem, portanto, base racional, não sendo, outrossim, decorrente de comando constitucional expreso. Admiti-lo por construção jurisprudencial vai de encontro ao princípio da Supremacia da Constituição e ao princípio da efetividade deste decorrente, apenas representando abdicação indevida pelo Judiciário da função de controle atribuída pela Constituição.

Infere-se, então, que não bastam os argumentos da discricionariedade e separação dos poderes no intuito de afastar o Poder Judiciário da efetivação de direitos constitucionais, devendo este, agindo em observância aos princípios impostos, ter uma maior atuação na sociedade, garantindo, ante a omissão estatal, maior prestatividade de políticas públicas, especialmente voltadas à saúde.

6.3.1 A Previsão orçamentária como óbice para execução de políticas públicas de saúde

Não é incomum a constante utilização pelo Estado da alegação de necessidade inegável de previsão orçamentária para a execução de determinado direito garantido, primordialmente, no âmbito de ações judiciais ajuizadas com o intuito de efetivação do direito à saúde, onde são conferidas liminares impositivas ao Poder Público.

De fato, a Constituição Federal vigente, em seu Artigo 167, veda, dentre outras medidas, o início de programas ou projetos não incluídos na Lei orçamentária anual, a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários e, ainda, a transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra, ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. (BRASIL, 1988).

Apesar da preocupação do constituinte em planejar as despesas públicas oriundas da administração direta e indireta, essa necessidade de previsão orçamentária não deve servir como obstáculo à efetivação dos direitos

fundamentais, mormente, o acionado direito à saúde, quando buscados junto ao Poder Judiciário. Isto não impede que o juiz ordene ao poder público que realize determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional, até mesmo porque diante do conflito de normas (previsão orçamentária e direito fundamental), vê-se que encontram-se no mesmo patamar, sobressaindo então, o direito fundamento, dada sua superioridade axiológica (GANDIN; BARIONE; SOUZA, 2008). Nas palavras de Oliveira (2006, p. 405):

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

Importante destacar a seguinte decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (Pet. 1.246-SC):

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (Art. 5º, caput e Art. 196), 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: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência vêm se mostrando consolidadas ao ditar a supremacia dos direitos fundamentais em relação aos demais, com sua efetivação sobreposta a qualquer outro direito ou preceito fundamental, sem perder de vista a necessidade de adequação orçamentária do próprio Estado, como enfatizado por Pivetta (2014, p. 224):

Nas ações judiciais que envolvem estes casos, assim como no paradigma do abuso, não se admite que seja invocada a escassez de recursos como justificativa estatal válida para a não prestação da atividade (exclusão de determinado cidadão do âmbito da tutela do direito). Certamente que a quantidade de recursos destinada pelo Estado ao órgão ou entidade será determinante para a sua capacidade de ação. Entretanto, para que o caso seja situado no paradigma da inclusão, o respectivo ente deve dispor de fundos suficientes para proteger os direitos que não foram devidamente tutelados. Havendo estrutura protetora e recursos dotados para a proteção do direito, não poderá o Estado valer-se do fundamento de que lhe faltou reserva financeira para justificar sua inação.

6.3.2 A Teoria da reserva do possível como argumento para não realização de uma política de saúde mais ampla

A teoria da reserva do possível, já bastante debatida no decorrer deste trabalho, acaba sendo elemento usado pelo Estado, apesar da enorme quantia de impostos recolhidos, vivencia-se a constante escassez dos recursos públicos para a devida concretização de suas políticas públicas e, em razão disso, vem trabalhando sempre com observância à teoria da reserva do possível.

Nessa seara, Mendes; Coelho; Branco (2007, p. 250 - 251) manifestam-se acerca da efetivação dos direitos à prestação material:

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos; observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social.

Diante da limitação dos recursos orçamentários e da conseqüente impossibilidade de efetivação integral de todos os direitos fundamentais sociais, passou-se a sustentar, como restrição à intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, a teoria da reserva do possível. Nadia Rejane Chagas Marques (2013, p. 55) enfatiza severas críticas ao condicionamento da efetivação de direitos sociais pelo julgador à situação orçamentária do Estado:

Condicionar o limite da atuação do Estado à efetivação de direitos sociais à necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao Juiz. Houve uma preocupação do constituinte em planejar todas as despesas realizadas pelo poder público, mas isso não impede que o juiz determine que se realize determinadas despesas para fazer valer um dado direito constitucional. (MARQUES, 2013, p. 96).

Apesar da teoria da reserva do possível ser uma limitação racional à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sob o ponto de vista de que os

recursos são finitos, e as necessidades infinitas, o que se vêm observando é a banalização do discurso por parte do Estado em juízo e mesmo fora dele, sem, contudo, fazer prova de quaisquer das suas alegações. Ora, não é satisfatório simplesmente alegar que não há o suficiente para a efetivação do direito, é preciso apresentar de maneira concreta essa carência, Lima nos ensina (2008, p. 3):

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não efetivação do direito fundamental.

Conforme assinalado por Barcelos (2003, p. 237), "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 sindicabilidade dos direitos sociais". Regulamentando esse uso, tem-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...] é que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível":

Ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] (STF, ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g.n.).

Dessa maneira, apresenta-se a teoria da reserva do possível como um elemento de justificativa utilizada em decisões tanto administrativas como judiciais, que visem uma prestação material, devendo ser tomada mediante a ponderação dos interesses e disponibilidade financeira em questão, não cabendo o uso da reserva do possível apenas como apoio ao Poder Público na omissão social.

Necessário, ainda, ponderar sobre o princípio da proporcionalidade, dentro da teoria da reserva do possível, que surge inspirado em decisões da Corte Constitucional Alemã e insere-se na estrutura normativa da Constituição, ao lado dos demais princípios norteadores das regras constitucionais, ante a escassez de recursos de multiplicidade de necessidades sociais, impondo-se ao Estado a necessidade estabelecendo critérios e prioridades. (SOUZA NETO, 2002).

Denota-se então a utilidade do princípio estudado não somente no âmbito das decisões da Administração Pública, mas também ao Judiciário, servindo como limite da atividade jurisdicional no que tange à aplicação da teoria da reserva do possível diante da efetividade dos direitos fundamentais constitucionais.

A respeito dessa proporcionalidade a ser empregada, tanto em decisões administrativas quanto jurisdicionais, quando conflitantes interesses indisponíveis, o Ministro Gilmar Mendes assim consagrou seu voto na decisão que julgou procedente o pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, em face do não pagamento de precatórios judiciais:

Em síntese, a aplicação da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei [...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). (Supremo Tribunal Federal, IF 139-1/SP; Órgão Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 19 de março de 2003).

A aludida ponderação, decorrente da aplicação da teoria da reserva do possível cumulada com o princípio da proporcionalidade, deve ser observada de

forma que em todas as discussões que envolvam direitos constitucionais fundamentais, partindo sempre da premissa de que as necessidades são infinitas enquanto os recursos são limitados, servindo, ainda, de limite da atividade jurisdicional, adstrita à essa análise diferenciada, a fim de evitar o desrespeito à autonomia da Administração Pública em gerenciar seus recursos e, ainda, ofensa aos direitos do cidadão consagrados constitucionalmente. Abordando o tema, concluiu sabiamente Justen Filho (1998, p. 118) que:

[...] a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim, por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em todo sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico. O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores.

Aplicando o estudo aos casos concretos, verifica-se que, na maioria das vezes, existe a adequação e a necessidade, consubstanciadas em relatórios médicos e demais atestados.

Porém, merece atenção especial a respeito da proporcionalidade em sentido estrito, que é a relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto, uma vez que, o direito a ser garantido ao paciente poderá ensejar detrimento a diversas ações de saúde que poderiam ser promovidas pelo ente público maior da população necessitada.

Outro princípio atrelado à teoria da reserva do possível é a reserva de consistência, que surge em um cenário em que ao julgador é imputada determinada cautela ao decidir questões que ensejarem direitos a prestações materiais, no sentido de não determinar a efetivação de algum direito sem antes certificar-se acerca da disponibilidade de recursos e/ou meios para tanto, demonstrando-se, assim, a reserva de consistência meramente como um princípio, norteador da necessidade de fundamentação da decisão judicial. Nessa perspectiva, Freire Junior (2005, p. 121), opina:

Ora, entendo que a denominada reserva de consistência nada mais é do que o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o qual obriga, inclusive como forma de legitimação, de que os juízes expliquem as razões de sua decisão, ou seja, o caminho lógico percorrido para a conclusão adotada naquele caso concreto.

Afirma Häberle (1997, p. 42):

[...] colocado no tempo, o processo de interpretação é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais

Não obstante a atuação do Judiciário na concretização dos direitos constitucionais, este não está autorizado a determinar qualquer medida, estando sujeito aos limites da chamada 'reserva de consistência'. Moro (2001, p. 5):

No controle judicial de ato legislativo, cumpre ao julgador demonstrar com argumentos convincentes o acerto de sua interpretação da Constituição e o desacerto daquela que levou à edição do ato legislativo. [...] O limite da reserva de consistência impedirá, é certo, o Judiciário de concretizar normas fundamentais que demandam a adoção de políticas de certa complexidade.

Assim, não deve o Judiciário afastar-se da efetivação dos direitos constitucionais de 2ª dimensão, não servindo como óbice apenas a retrógada imputação da legislação positiva, todavia, deve ater-se aos limites já evidenciados, como a reserva do possível e a proporcionalidade, bem como a reserva de consistência, fundamentando suas decisões a fim de garantir um procedimento mais justo, com menor onerosidade desnecessária à Administração Pública.

7 A PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS PARA O ENFRENTAMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A Capital do Estado do Tocantins não vivencia uma realidade diferenciada do resto do País, onde o aparato Estatal mostra-se insuficiente para garantir o direito à saúde da população Tocantinense e as políticas públicas e prestação de serviços na área de saúde se mostram deficitárias. Ainda que esporadicamente, parte da população tocantinense prejudicada já busca no Judiciário a solução para o enfrentamento das omissões perpetradas pelo Estado, entretanto, o Poder Judiciário, como no resto do País, não se encontra adequadamente preparado para o enfrentamento destas demandas.

7.1 Definição de Fazenda Pública

A competência das Varas da Fazenda Pública reveste-se da natureza jurídica de competência absoluta, porquanto o legislador, ao criá-las, não buscou a mera comodidade das partes, mas, visou ao atendimento do interesse público de bem distribuir a prestação jurisdicional. Segundo Hely Lopes Meirelles (2000, p. 84), a administração pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, suas autarquias, suas fundações ou órgãos públicos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública.

A Fazenda Pública é detentora de prerrogativas que não são atinentes aos particulares, sendo uma peculiaridade fundamentada em garantias indispensáveis para a salvaguarda do patrimônio que é comum a todos os cidadãos e, por consequência, acaba por desnivelar as partes nas relações jurídicas.

Indiscutível a necessidade de se conferir à Fazenda Pública determinadas prerrogativas, tendo em vista que a mesma está tutelando o interesse público, entretanto, é necessário sopesar a necessidade individual do cidadão quando violentado pelo próprio Estado na consecução do direito fundamental à saúde. Assim, os princípios da Supremacia do interesse público e a isonomia são temas relevantes do estudo da Fazenda Pública em juízo.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie², entende que a supremacia do interesse público, enquanto princípio, deve ser aplicado de forma que dê a melhor solução para a administração pública, a solução que melhor atender a ultimização desse interesse, se caso venha ser aplicada de forma distorcida, tal ação não terá validade nenhuma. Por consequência, o princípio da supremacia do interesse público está arraigado no conceito e nos fundamentos da Fazenda Pública, em que no caso concreto sempre terá relevância em detrimento do particular.

O princípio da Isonomia parte da premissa que deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, admitindo-se que a Lei estabeleça diferenças entre pessoas que vivenciem realidades diferenciadas, conferindo-lhe tratamento jurídico adequado conforme as necessidades, para estabelecer um equilíbrio entre as partes, princípio este consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Assevera Hans Kelsen sobre a aplicabilidade do princípio da isonomia:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas Leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos. (KELSEN, 2006, p. 76).

Importante destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual entende que a Fazenda Pública em juízo merece tratamento diferenciado em razão da tutela de interesses coletivos, transcreve-se aresto do julgado proferido pela Suprema Corte: “Não ofende o princípio da isonomia, aplicável à igualdade das partes no processo, o conferimento de tratamento especial à Fazenda Pública, o que se faz em atenção ao peso e superioridade dos seus interesses em jogo³”.

7.2 Da organização judiciária das varas da fazenda pública na Comarca de Palmas

A competência para julgar todas as causas que versem sobre o interesse do Estado é privativa das Varas da Fazenda Pública. O Artigo 91 do Código de

² STF - RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796

³ STF, RE 83432, Relator Min. Leitão de Abreu, publicado no DJU de 06.06.80.

Processo Civil dispõe sobre a competência em razão da matéria, prevendo que a competência da Fazenda Pública é regulada pela Lei de Organização Judiciária, transcreve-se para melhor visualização: “regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código”.

Neste sentido, a Lei Complementar do Estado do Tocantins nº 10, de 11 de janeiro de 1996, estabelece, em seu Artigo 41, II, “a”, a competência das Varas da Fazenda Pública em processar e julgar as causas cíveis de jurisdição contenciosa ou voluntária, ações populares, inclusive as trabalhistas onde não houve Junta de Conciliação e Julgamento, em que o Estado do Tocantins ou Município, suas autarquias, empresas públicas e fundações por eles instituídas forem autores, réus, assistentes ou terceiros intervenientes e as que lhe forem conexas ou acessórias.

Na explanação de Di Pietro (2008, p. 711), esse juízo privativo acaba por beneficiar as entidades estatais. Assim, todas as demandas dos entes públicos, estando tanto no polo ativo como no polo passivo, terão o benefício do juízo privativo para conhecer, processar e julgar as demandas em que o Estado atuar como autor ou réu, seja em uma execução fiscal ou em uma ação que visa compelir o Estado a comprar um medicamento negado pelo SUS.

Na comarca de Palmas, em conformidade com o estabelecido na citada Lei Complementar do Estado do Tocantins nº 10, de 11 de janeiro de 1996, foi estabelecido em seu Artigo 25, III, a criação de quatro varas de feitos das fazendas públicas e registro públicos, sendo as mesmas responsáveis por toda a gama de ações que envolvam interesses do Estado do Tocantins e dos Municípios compreendidos na competência da comarca de Palmas.

No escopo de se analisar as consequências da morosidade processual nas causas afetas a busca da consecução do direito à saúde, como direito fundamental da pessoa humana, não pode ser menosprezada a ineficiência do Estado na entrega da prestação jurisdicional de forma tempestiva. Assim, a grave lesão causada a um compromisso constitucional e, conseqüentemente, ao indivíduo que necessita de atendimento médico, pode ser agravada pela ineficiência e despreparo do próprio Estado em entregar uma prestação jurisdicional tempestiva à necessidade do

cidadão. Assim, a omissão do Poder Público, diante a censurável conduta de não fornecimento de medicamento, ainda que de alto custo, pode acarretar na busca dessa satisfação através do Poder Judiciário.

7.2.1 O Congestionamento de processos nas varas da Fazenda Pública na cidade de Palmas

A busca pela efetividade do Direito Fundamental à saúde tem percorrido no plano jurídico o caminho do Poder Judiciário, o que tem exigido a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública, além dos escritórios de advocacia, no intuito de exigir do Estado, através do Poder Judiciário, que o próprio Estado cumpra com o seu dever constitucional de observar a tutela do direito à vida e à saúde, ainda que esse venha a confrontar-se com a lesão, a ordem, a economia e a saúde pública.

Em levantamento realizado junto às varas da Fazenda Pública na Comarca de Palmas constatou-se uma realidade alarmente, onde a taxa de congestionamento de processos aponta na impossibilidade, em curto prazo, de perspectiva de melhoras do represamento processual, conforme se aferem os dados compilados junto à Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Tocantins, onde ao final do mês de janeiro de 2014 existiam em trâmite perante as 4 (quatro) Varas de Fazenda Pública da Comarca de Palmas um número aproximado de 41.351 (quarenta e um mil, trezentos e cinquenta e um) processos em trâmite, destes, durante mês de janeiro, foram proferidas tão somente 75 (setenta e cinco) sentenças nas referidas varas, representando pouco menos de 0,2% dos processos em trâmite naquele mês. Enquanto isso, ingressaram 236 (duzentos e trinta e seis) processos novos naquele mesmo mês.

DADOS DE JANEIRO DE 2014

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS					
ESPÉCIES	Mês anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Sentença
	10185	56	119	10122	0

2º VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS

ESPÉCIES	Mês anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Sentenças
	11024	56	65	11015	17

3° VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS ⁴					
ESPÉCIES	Mês anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Sentenças
	10636	62	154	10544	0

4° VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS					
ESPÉCIES	Mês anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Sentenças
	9763	62	155	9670	58

Tabela 1: Referente aos dados das varas da Fazenda Pública de Palmas no mês de janeiro de 2014. Dados fornecidos pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Tocantins.

Quando utilizamos os mesmos dados referentes ao mês de dezembro de 2014, observamos que o congestionamento processual junto às Varas da Fazenda Pública de Palmas é alarmante, sendo que em 1 (um) ano não observou-se uma diminuição significativa dos números de processos que tramitam nas varas da Fazenda Pública de Palmas.

DADOS DE DEZEMBRO DE 2014

1° VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS					
ESPÉCIES	Mês anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Sentença
	10412 (10185)	513 (56)	330 (119)	10122	41 (0)

2° VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS					
ESPÉCIES	Mês anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Sentenças
	11206 (11024)	523 (56)	147 (65)	11582(11015)	68 (17)

3° VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS					
--------------------------------------	--	--	--	--	--

⁴ Os dados referem-se à estatística das varas de Fazenda Pública de Palmas, sendo que:
A coluna "Mês anterior" refere-se a processos em trâmite no final mês de Dezembro de 2013;
A coluna "Autuados" refere-se aos processos autuados no mês de janeiro de 2014;
A coluna "Arquivados" refere-se aos processos arquivados no mês de janeiro de 2014;
A coluna "Andamento" refere-se aos processos em andamento ao final do mês de Janeiro de 2014;
A coluna "Sentença" refere-se aos processos sentenciados no mês de janeiro de 2014.

ESPÉCIES	Mês anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Sentenças
	10416 (10636)	527 (62)	151 (154)	10792(10544)	47(0)

4º VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PALMAS ⁵					
ESPÉCIES	Mês anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Sentenças
	9477 (9763)	523 (62)	46 (155)	9954 (9670)	13(58)

Tabela 2: Referente aos dados das varas da Fazenda Pública de Palmas no mês de Dezembro de 2014. Dados fornecidos pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Tocantins.

São dados preocupantes que revelam a necessidade de um enfrentamento das causas de abarrotamento de processos nas varas de Fazenda Pública da Comarca de Palmas, destacando que em janeiro de 2014 existiam 41.351 (quarenta e um mil, trezentos e cinquenta e um) processos, enquanto no mês de dezembro de 2014 o número cresceu para 42.940 (quarenta e dois mil novecentos e quarenta) processos.

A determinação constitucional quanto à razoável duração do processo, inserida pela Emenda Constitucional nº 45, na condição de direito fundamental parece ser ignorada nas Varas da Fazenda Pública. O dispositivo constitucional, assim como os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais que permeiam o tema, demonstram a necessidade de medidas efetivas para combate à morosidade na entrega da prestação jurisdicional.

Oportuno esclarecer que os mais de 40.000 (quarenta mil) processos que tramitam perante as varas da Fazenda Pública da Comarca de Palmas não referem-se, necessariamente, a processos que discutam o acesso à saúde, mas demonstram de forma clara a impossibilidade de as varas da fazenda pública, no formato atual, continuarem com a competência para decidir sobre os processos que estejam relacionados com a judicialização da saúde. Não é crível que um

⁵ Os dados referem-se à estatística das varas de Fazenda Pública de Palmas, sendo que: Os números entre parentes referem-se aos dados de janeiro de 2014

A coluna "Mês anterior" refere-se a processos em trâmite no final mês de novembro de 2014;

A coluna "Autuados" refere-se aos processos autuados no mês de dezembro de 2014;

A coluna "Arquivados" refere-se aos processos arquivados no mês de dezembro de 2014;

A coluna "Andamento" refere-se aos processos em andamento ao final do mês de dezembro de 2014;

A coluna "Sentença" refere-se aos processos sentenciados no mês de dezembro de 2014.

magistrado que esteja afeto a mais de 10.000 (dez mil) processos tenha tempo e condições necessárias para examinar e decidir com a cautela e preparo necessário que o tema exige. O intento de promover a razoável duração do processo, porém, não se acha concretizado no cenário jurídico atual das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Palmas. A morosidade da entrega da tutela jurisdicional é tema corriqueiro nas discussões dos juristas, cujas opiniões convergem no sentido de afirmar a ocorrência do fenômeno.

Os números acima demonstram o acúmulo de processos, o que impede a consecução da razoável duração processual. Tais dados são parâmetros utilizados pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), órgão que funciona junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando da análise de tal assunto considera a taxa de congestionamento, cujo objetivo é mensurar se a Justiça consegue decidir com agilidade as demandas da sociedade, ou seja, se os casos novos e os pendentes do período anterior são finalizados ao longo do ano.

A organização judiciária do Estado do Tocantins não propicia uma distribuição distinta dos processos que objetivam a busca de algum direito fundamental daqueles que buscam o recebimento de um crédito tributário e, por consequência, a morosidade, característica dos processos de execução fiscal, acaba por contaminar todos os outros processos que tramitam nas varas da Fazenda Pública, inclusive, aqueles que buscam a consecução de um direito fundamental, e por consequência o trâmite fica prejudicado pelo grande volume de processos de natureza fiscal e processos e de outras naturezas.

Quantificando a morosidade processual em matéria tributária, estima-se que um único processo de cobrança tributária tramite por 16 anos, incorrendo numa dilação temporal que, segundo Luís Inácio Lucena Adams, então advogado-geral da União, decorre do fato de que no ordenamento jurídico brasileiro “há um excesso de formalismo no processo”⁶. A burocracia, enquanto fator determinante da morosidade do sistema processual é rechaçada por 74% dos cidadãos entrevistados na

⁶ *In*: www.noble.com.br

pesquisa realizada pelo Departamento de Gestão Estratégica do CNJ, juntamente com a Fundação Getúlio Vargas (FGV)⁷.

Os números acima indicam a urgente necessidade de se buscar meios de diminuição dos óbices que impeçam a entrega de uma prestação jurisdicional célere nas varas da Fazenda Pública, principalmente, nas causas relacionadas à concretização de direitos fundamentais, como o direito à saúde.

Considerando a média de processos existentes ao final do mês de dezembro de 2014 junto às Varas da Fazenda Pública da Comarca de Palmas, dividido pela média das sentenças prolatadas no mesmo mês, chegaríamos à conclusão da necessidade de 124 (cento e vinte e quatro meses) ou, aproximadamente, 10 (dez) anos para que todos os processos fossem sentenciados, considerando que a sentença é o provimento final esperado de um processo. Ocorre que, nesse mesmo período necessário para julgar os processos já existentes, considerando a média dos processos autuados no mês de dezembro de 2014, seriam autuados aproximadamente 8.060 (oito mil e sessenta) novos processos que estariam aguardando para serem sentenciados.

Urge a necessidade da especialização dos juízos que possuem competência para apreciar os processos afetos, como forma de buscar a concretização de direitos fundamentais, possibilitando um tratamento adequado dos processos relacionados à consecução dos direitos fundamentais, não podendo os mesmos serem colocados na vala comum das execuções fiscais. Para que se mantenha fiel as diretrizes constitucionais dos direitos fundamentais, o julgador deve estar alicerçado em condições que propiciem ao menos condições de entrega tempestiva da prestação jurisdicional. Importante destacar o entendimento de Ciarlini (2013, p. 235) em sua obra sobre o Direito à saúde:

As peculiaridades que cercam a realização do direito à saúde, sob o prisma do agonismo, certamente determinarão a busca de um palco judicial mais adequado onde, em virtude da natureza e eficácia do remédio jurídico posto a exame do Judiciário, será possível acatar os princípios políticos indispensáveis à realização de direitos sociais, na mesma proporção em que se mostre ponderável o estabelecimento do equilíbrio agora em análise.

⁷ In: www.oabrij.org.br

A percepção do Autor demonstra que o processo judicial é um autêntico mecanismo de participação política da sociedade, objetivando a promoção da própria cidadania. Por consequência, a instrumentabilidade do processo deve atender aos escopos sociais e jurídicos da jurisdição, devendo priorizar uma ordem jurídica justa, sem perder o foco na estabilidade das instituições.

Destaque-se, por oportuno, que além da esfera judicial, se tem observado a busca incessante da efetivação do direito à saúde, também, no plano extrajudicial, onde se vislumbra a atuação do Ministério Público e das Defensorias na resolução de conflitos, principalmente, com a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, inclusive nos PROCONs⁸, que tem atuado na esfera administrativa pertinente às relações de consumo dos usuários com os planos de saúde privados, de forma a evitar abusos na relação de consumo.

A Defensoria Pública do Estado de Tocantins em parceria com o Ministério Público Estadual e Federal, tem atuado de forma categórica com ações civis Públicas e Termos de ajustes de condutas na judicialização para garantir os direitos fundamentais da saúde, entretanto, referidas ações não atacam diretamente o problema da morosidade das varas da Fazenda Pública no julgamento das ações judiciais que buscam a efetivação de um direito relacionado à saúde.

A título de ilustração seguem alguns modelos realizados no ano de 2012, através do Núcleo de Ações Coletivas da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, gerenciado pelo Defensor Público Arthur Luiz Pádua Marques, pela Promotora Maria Roseli de Almeida Pery, pelo Estado do Tocantins, representado pelo Procurador André Luiz de Mattos Gonçalves, pelo então Secretário de Estado da Saúde, Nicolau Carvalho Esteves e pelo então Procurador-Geral do Estado do Tocantins, André Luiz de Mattos onde:

[...] o Estado do Tocantins se compromete a arcar com os custos da internação, pelo tempo necessário, a todos que dela necessitarem, observado o conceito dessa demanda contido no extrato de reunião, qual seja: os pacientes com necessidades decorrentes do uso de álcool e drogas

⁸PROCON é o órgão estadual responsável pela política estadual de proteção, amparo e defesa do consumidor. Cabe ao PROCON orientar, receber, analisar e encaminhar reclamações, consultas e denúncias de consumidores, fiscalizar previamente os direitos dos consumidores e aplicar sanções, quando for o caso. É integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. (Arts. 55, 56, 82 e 105 da Lei nº 8.078/90 - CDC).

que forem acolhidos pelos serviços de CAP's no âmbito municipal, com prescrição pela equipe técnica acerca da necessidade da internação e o cumprimento de Liminar – Procedimentos Neurológicos – Embolização; AUTOS: 5026096-81.2012.827.2729 - Ação Civil Pública; JUÍZO: 3ª Vara dos Feitos das Faz. e Reg. Públicos da Comarca de Palmas; Cumprimento de Liminar – Leitos de UTI. Onde o Estado do Tocantins se compromete a ampliar o número de Leitos de UTI nos Hospitais Estaduais; OFÍCIO RECOMENDATÓRIO N. 331/PROPAC 81/2012 – DPTO/NAC. RECOMENDA ao Secretário Municipal de Saúde do Município de Palmas como medida preventiva, visando evitar eventual medida judicial, que: Forneça gratuitamente a todo aquele que necessitar, em especial aos idosos e enfermos, bolsa de urostomia e colonoscopia no intuito de a todos garantir os recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação, ampliando a atenção integral à saúde do idoso [...].

Observa-se desse contexto, uma crescente demanda judicial acerca do acesso a procedimentos cirúrgicos e terapêuticos, leitos de UTI, fornecimento de medicamentos e próteses, tratamentos de internação e drogas, dentre outras prestações positivas de saúde pelo Estado, representando de um lado, significativo avanço no exercício da cidadania e, de outro, o dilema das políticas públicas, disputa de poderes, e a colisão entre o mínimo existencial e a reserva do possível, seja para o Judiciário, seja para os administradores que executam políticas públicas, compelidos a cumprir ordens judiciais em número cada vez maior, garantindo as mais diversas prestações do Estado, que representam recursos públicos e acarretam consequências na gestão do Sistema de Saúde.

Em conformidade com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁹, o Poder Judiciário, conforme aqui defendido, vem enfrentando verdadeiro dilema, frente a cada demanda que lhe é encaminhada, seja individual, seja coletiva, que pugna por uma prestação do Estado, bem como ainda da iniciativa privada, no caso da decisão ser referente à instituição que atue de forma complementar ao Sistema Único de Saúde¹⁰.

Objetivando ilustrar este estudo, onde se demonstra a necessidade de mudanças na estruturação do Poder Judiciário local para enfrentamento do tema, as tendências mais recentes de nossos tribunais superiores, que vêm a corroborar com

⁹ O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está previsto no inc. XXXV, do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como legislação infraconstitucional a matéria é regulada pela Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

¹⁰ De acordo com o estabelecido no Art. 199, da CF/88, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que pode participar através de suas instituições de maneira complementar ao SUS, de acordo com as diretrizes do Sistema, mediante contrato público ou convênio.

os diversos precedentes aqui mencionados quando se versou sobre o mínimo existencial e a reserva do possível o respectivo entendimento jurisprudencial sobre essas teorias-princípio.

No Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a tendência atual é considerar a responsabilidade solidária dos três entes federados em relação ao direito à saúde, podendo, quem detiver legitimidade para figurar no polo ativo, optar livremente por quem deseja acionar, se União, Estados e Distrito Federal ou Municípios, manifestando-se em recente decisão o STF nos seguintes termos:

[...] a decisão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo Art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária (SL nº 166/RJ – Presidente Ministra Ellen Gracie, 14.01.2007, DJ. 21.06.2007, p. 0038).

O STF, ao analisar os limites do SUS, no que se refere ao dever de garantir a vida às pessoas fora dos limites do território nacional, na hipótese de inexistir o tratamento para determinada doença no Brasil, vem decidindo favoravelmente, desde que devidamente caracterizada essa hipótese, conforme se infere do julgado a seguir transcrito:

DECISÃO: a UNIÃO requer a suspensão da tutela antecipada deferida na ação sob rito ordinário proposta por [...] Decisão obrigou a REQUERENTE ao depósito da quantidade US\$218.833,00 na conta corrente da University of Texas, M. D. ANDERSON CANCER CENTER, bem como custear o tratamento médico do autor até sua total convalescença [...]. É que o autor da ação ordinária, ora INTERESSADO, é portador de Linfoma de Hodgkin, uma espécie de câncer raro, que o levará à morte, caso não rapidamente tratado. Consta dos autos que foram tentados outros procedimentos de cura, inclusive um transplante autólogo de medula óssea (transplante de células da medula do próprio doente, por não ter sido encontrado doador compatível), mas não foi obtido êxito em qualquer um deles [...]. O desembargador-Presidente do TRF 1ª Região, ao negar o pedido de suspensão lá formulado, assim decidiu [...]. Ou seja, transplante com utilização de células tronco. Assim, evidente que a realização do transplante no Brasil é mais arriscada. O Art. 196 da CF estabelece que cabe ao Poder Público assegurar a saúde de todos. Portanto, colocar em risco a vida do menor causaria lesão à ordem pública, entendida como ordem jurídico-constitucional, já que isso violaria a referida norma. '[...] Trago CELSO': [...] 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... '(PET 1246MC, DJ 13.02.1997)'. [...] segundo consta dos autos, foi comprovada a necessidade vital do tratamento para esse,

bem como se revelou a impossibilidade desse em custeá-lo [...]. (STA, Suspensão de Tutela Antecipada 50/PA-Pará, Presidente Ministro Nelson Jobim, DJ 14.11.2005¹¹).

O Superior Tribunal de Justiça vem sustentando o mesmo posicionamento no sentido de considerar o direito à saúde como direito fundamental:

[...] o direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu do texto constitucional prescrição autônoma nos Arts. 6 e 196 [...]. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do Art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo e direito fundamental, seja pela disposição do Art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo ordenamento jurídico [...]. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no Art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais) adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material. (AgRg no Resp 88875/RS. Relator Ministro Luiz Fux, DJ 22.10.2007).

Em atenção ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, do Acesso à Justiça, em sentido formal e material (Artigo 5º, Inciso XXXV, da Constituição da República), “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Assim sendo, não apenas condutas comissivas ilegais são passíveis de controle e apreciação jurisdicional, mas, também, a desídia, a omissão, a inércia ou a proteção insuficiente ou incompleta de um direito individual ou coletivo pelos órgãos públicos.

O Judiciário, portanto, tem o dever de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. É nesse contexto que se defende uma organização adequada do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, notadamente na defesa daquele direito fundamental à efetivação da Constituição, que o legitima, até mesmo, a substituir provisoriamente os demais Poderes, no exercício da jurisdição constitucional, sob pena de perder a justificativa histórica que lhe confere a condição de Poder mediador dos conflitos e do controle da efetividade constitucional.

¹¹ Esta decisão do STF é bastante conhecida dos paraenses, pois refere-se à apreciação da demanda do estudante de direito Leandro Guedes, que não possuía recursos para o seu tratamento, que não existia no Brasil. Foi feita, em 2004, uma grande mobilização por entidades da sociedade civil, dentre as quais OAB - PA para arrecadação de recursos, o tratamento foi realizado com sucesso no Estado do Texas (EUA) e Leandro continua com sua vida normal na cidade de Belém - PA.

7.3 Da necessidade de novas diretrizes judiciais

Como já ressaltado neste estudo, é necessário traçar novos parâmetros para enfrentar a judicialização da saúde, pois as individualidades que cercam a busca pelo direito à saúde necessitam de uma justiça preparada, senão especializada, no enfrentamento ao tema. Torna-se necessário municiar o Magistrado de subsídios técnicos para que ele possa julgar a demanda.

Evidentemente que a Lei processual contempla instrumentos formais que teoricamente propiciam ao Julgador o conhecimento necessário para decidir o mérito da demanda, entretanto, como enfatizado em outro momento, o tempo processual pode não corresponder a urgência da necessidade da tutela posta em juízo. Como exigir de um Paciente, que espere a realização de uma perícia para que o Julgador possa decidir entre a concessão ou não de um direito de fornecimento de um Medicamento pelo Estado.

Faz-se importante, ainda, um alinhamento com a gestão pública na busca de opções para a solução rápida das controvérsias colocadas em juízo. É fato que o Estado, como um dos maiores clientes do Poder Judiciário é muito limitado à realização de acordos, seja pelas amarras legais ou ainda pelo seu desinteresse na busca de uma saída célere para o processo.

Torna-se necessário estabelecer uma ponte entre o judiciário e a administração pública, onde, profissionais da área de saúde, que gozem de autonomia profissional, estabeleçam um canal de comunicação com o poder judiciário, no intuito de fornecer opinião idônea e pareceres, como forma de nortear o Magistrado antes da prolação de uma decisão, possibilitando a prolação de uma decisão célere, sem que, para tanto, tenha que se passar pela demorada marcha processual.

Especificadamente no Estado do Tocantins, a Lei Complementar do Estado do Tocantins nº 10, datada de 10 de janeiro de 1996, é responsável pela atual organização das varas da Fazenda Pública na Comarca de Palmas. É decorrente da iteração realizada pela Lei Complementar nº 32 de 23 de julho de 2002, sendo que decorreram mais de 12 (doze) anos da criação da atual estrutura

de varas da Fazenda Pública da Comarca de Palmas, onde a realidade vivenciada é maior exemplo da necessidade de mudanças.

Tramita perante o Tribunal de Justiça estudos para propositura de um novo projeto de Lei que altere a organização judiciária de organização judiciária do Tribunal de Justiça, estudos estes que esbarram na restrição ao aumento de custos, não somente pelo Poder Judiciário, mas por toda a Fazenda Pública Estadual. Não se despreza aqui o princípio da economicidade, entretanto, a otimização do Poder Judiciário não pode ficar refém das mazelas da administração pública.

O CNJ destaca algumas experiências nesse sentido, de tal maneira que foi criado o Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde, cujo objetivo é discutir a resolução dos conflitos judiciais na área da saúde, reunindo magistrados, advogados representantes do setor de saúde e gestores públicos para analisar e debater temas como obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares tanto no setor público quanto no privado.

É crucial a busca de soluções alternativas para a resolubilidade de grande parte das controvérsias judiciais no intuito de dirimir os conflitos antes mesmo do ajuizamento de ações, propiciando ao Magistrado informações precisas para prolação de um julgamento mais próximo da necessidade do cidadão, sem desprezar o impacto financeiro de cada decisão prolatada que envolva uma obrigação de fazer por parte do Estado.

Não somente pelos números já demonstrados neste estudo, mas, também, pela notoriedade das mazelas da saúde pública local e a morosidade característica das Varas da Fazenda Pública de Palmas, que a atual estrutura mostra-se inadequada para proteção e tutela dos direitos fundamentais da sociedade, especialmente para a tutela do direito à saúde, conforme apontado no presente estudo, razão pela qual, mesmo considerando a restrição orçamentária do Poder Público, é imprescindível a alteração da estrutura das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Palmas, para que se possa oferecer uma prestação jurisdicional adequada à demanda pela busca da tutela jurisdicional na defesa de Direitos Fundamentais.

7.3.1 A especialização do Direito da Saúde como fundamento para criação de varas especializadas no tema

A garantia prevista no Art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a impossibilidade de se afastar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Trata-se, na verdade, da contraprestação do Estado à vedação da autotutela, ficando o cidadão impedido de realizar a justiça de forma privada e permanecer com a legítima expectativa de que, aos problemas levados ao conhecimento do Poder Judiciário, a ineficiência da prestação jurisdicional acaba por macular a própria garantia de acesso ao judiciário.

No entendimento do professor Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 24), quando o Estado assume o monopólio da jurisdição, afastando a tutela privada, surge uma segunda relação, diversa da relação jurídica que une o autor ao réu.

Esta segunda relação que se estabelece entre aquele que exige a proteção do Estado, dizendo-se titular do direito (exercício de pretensão da tutela jurídica) e o próprio Estado, agora posto no polo passivo desta relação, como o obrigado a prestar este tipo de auxílio, que não é mais a relação privada – que o pretense titular do direito afirmara existir entre e o devedor e cuja existência efetiva agora será investigada – constitui a relação processual.

Não há dúvida de que o despreparo do Judiciário no enfrentamento da Judicialização da Saúde coloque em risco não somente o indivíduo, mas toda a coletividade, pois decisões afastadas da realidade conjuntural do SUS podem prejudicar a coletividade, onde um paciente será beneficiado em detrimento dos demais que não ingressaram com uma demanda judicial. A especialização do direito à saúde é defendida por Rocha (2011, p. 21):

O Direito Sanitário ou Direito da Saúde pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público, destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores desse direito. Atualmente, enfatizamos a concepção do direito como caráter sistemático, sendo assim, o Direito Sanitário é sistema de regras e princípios de tutela à saúde.

Assim, o trato das ações que tutelam o direito fundamental à saúde deve observar a natureza multidisciplinar que envolve a apreciação da questão de saúde, devendo envolver cooperação de diversas áreas, tais como a médica, psicológica, fisioterapeuta e a assistência social.

A interação médico – julgador é essencial, e merece elevado destaque, pois é o profissional da saúde, que possui o conhecimento técnico adequado para análise da urgência, custo-benefício e necessidade da demanda postulada em juízo.

O que, em princípio, seria um ônus exclusivamente de o médico decidir pelo custo-benefício dos gastos de altos valores em tratamentos afetos a doentes terminais, acaba sendo transferido para juízes, sem que seja disponibilizado ao mesmo um aparato adequado para o enfrentamento da matéria.

Não cabe ao julgador valorar o custo de uma vida, mas a realidade indica que os orçamentos destinados à saúde são insuficientes para a entrega de um serviço adequado e digno, assim, os recursos devem ser igualmente distribuídos, objetivando atender às necessidades individuais na busca de uma melhor qualidade de vida e pelo mais longo tempo possível, entretanto, deve ser observada a equação que os recursos, também, devem ser utilizados para o maior número possível de beneficiários.

Como exigir de um juiz, sem o assessoramento adequado, que o mesmo negue o direito à sobrevivência de um paciente com um câncer na cabeça que necessite de um tratamento com custo diário, hipotético, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em que não exista uma expectativa de sobrevivência superior a 90 (noventa) dias com o tratamento e, de 30 (trinta) dias, sem o tratamento. Um dia de vida não possui preço e não devem ser estes os parâmetros utilizados no julgamento de um pedido desta magnitude. Processos como estes devem ser analisados através de critérios científicos adequados, para que possa ser embasada a decisão mais justa socialmente. Assim, deve haver um só critério para decidir pelo não tratamento ou pelo tratamento, contudo, sempre levando em consideração os benefícios sociais da referida decisão.

Dentro de uma representação gráfica, onde podemos compreender como benefício máximo a cura de uma enfermidade e, ainda que a abscissa seja o custo e a ordenada seja o benefício, temos como ponto inicial o diagnóstico e final a morte. Justifica-se o aumento de custos para obter a cura, benefício máximo, entretanto, se a curva torna-se descendente, onde o aumento do custo do tratamento não é

suficiente para alcançar a cura, é o momento onde se deve minorar os custos com o tratamento.

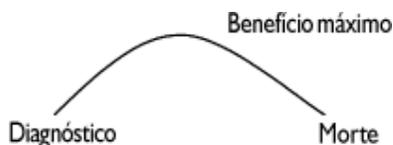


Figura 01: Gráfico representativo das justificativas de custos em um tratamento. Fonte: Elaboração própria.

Considerando que o Juiz deverá estar afeto a critérios racionais e científicos, deve também existir uma aparato científicos, psicológico e de assistência social, para garantir, se for o caso, o equilíbrio emocional das partes envolvidas no processo, sendo que muitas vezes, aqueles que procuram o Poder Judiciário já se encontram fragilizados e decepcionados com o Estado, que foi incapaz de restabelecer a saúde do paciente, como atribuir ao julgador o ônus de prepara psicologicamente a parte para uma decisão que não atende os interesses almejados?

Dentro desse enfoque multidisciplinar, indispensável é participação do próprio Estado, através de representantes dos órgãos responsáveis pela saúde pública, que devem ter assentos em discussões sobre as deficiências existentes na saúde pública local, balizando o juízo para a realidade vivenciada pelos serviços públicos de saúde. Em tempos não muito distantes, era comum o noticiário local informar sobre a inexistência de leitos em UTI's, onde, alguns pacientes tiveram que recorrer ao judiciário para conseguir uma vaga em um leito de UTI. Certamente, a vaga ocupada, de forma justa, pelo cidadão que ingressou com a medida judicial, teve o preço de desalojar outro paciente que, injustamente, foi privado do direito à internação adequada e, quem sabe, do direito à vida.

A relevância do tema motivou ao ex-presidente do Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur) e atual Governador do Estado do Maranhão, Flávio Dino, a protocolar junto ao CNJ, em abril de 2012, o pedido de providências número 0002150-61.2012.2.00.0000, que foi apreciado na 173ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada em 06 de agosto de 2013, culminando na recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013, onde, o CNJ reconhece que a saúde é direito fundamental, tendo

por objeto a preservação da dignidade humana e que a criação de Varas da Saúde Pública é a forma de garantir decisões mais adequadas e tecnicamente mais precisas, razão pela qual recomenda que os Tribunais indicados nos Incisos III e VII¹² do Artigo 92 da Constituição Federal promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública.

7.3.2 Os núcleos de assessoria técnica como instrumento de auxílio para o julgador

Conforme já asseverado, é recomendação pelo Conselho Nacional de Justiça a criação de mecanismos que propiciem aos Magistrados maior eficiência no julgamento dos processos envolvendo a assistência à saúde.

Os Núcleos de Assessoria Técnica, conhecidos formalmente como NAT's, funcionam como órgão de assessoramento do Judiciário nas causas relacionadas ao Direito à Saúde. Os NAT's têm como origem a preocupação do CNJ, externada através da Resolução nº 31/2010, em desenvolver mecanismos que aperfeiçoem a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde¹³.

O pioneirismo na criação do primeiro NAT coube ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com a criação do Núcleo de Assessoria Técnica, em 2009, o qual funcionava junto às 9ª e 10ª Varas da Fazenda Pública do Rio de Janeiro e, posteriormente, passou a atuar em todas as Varas de Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, junto às 20 câmaras cíveis do Tribunal de Justiça, sendo composto por técnicos de diversas especialidades e funcionando dentro do Tribunal de Justiça.

De acordo o modelo criado no Estado do Rio de Janeiro, as demandas são encaminhadas ao NAT, são cadastrados em um banco de dados e distribuídas aos profissionais da equipe específica de cada demanda, para que estes possam

¹² O Artigo 92, incisos III e VII referem-se, respectivamente, aos seguintes Tribunais: III - Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; VII - Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

¹³ SILVA, Miriam Ventura da. O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde". Tese apresentada com vistas à obtenção do título de Doutor em Ciências na área de Saúde Pública.

analisar os casos e proferir o parecer técnico. Em seguida, a avaliação é enviada à coordenação para revisão, que, caso considere necessário, propõe alterações no texto. A última etapa é o retorno para o Cartório que demandou a solicitação, podendo, inclusive, sem necessidade de decisão judicial, encontrar alternativa para a demanda, como é o caso de medicamentos solicitados.

A criação de um NAT pelo Tribunal de Justiça teve o objetivo de acatar a recomendação nº 31 do CNJ e, ainda, o intuito de dotar o Judiciário de subsídios que asseguram uma maior eficiência na solução das demandas judiciais, envolvendo a assistência à saúde, levando em consideração o elevado número de litígios referentes ao Direito à Saúde, bem como o forte impacto dos dispêndios sobre os orçamentos públicos, na determinação de tratamentos de alto custo, quando o sistema possui alternativas já experimentadas e exitosas¹⁴.

Importante ressaltar que o NAT não retira do julgador seu poder de decisão, onde o Magistrado não está, necessariamente, vinculado ao parecer do NAT, como na hipótese de um medicamento não disponível na rede pública e o NAT recomende substituí-lo por um genérico constante na rede pública, enquanto o Magistrado, no seu livre convencimento, poderia determinar o Estado a fornecer o medicamento inicialmente solicitado.

Outros Estados da Federação também implementaram de foram exitosa os NAT's, onde podemos citar como exemplo a criação de núcleos junto às varas federais do Rio de Janeiro, criado em 2009 e, ainda, junto aos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, criado em 13 de março de 2012, Espírito Santo, criado em 21 de setembro de 2011, Pernambuco, criado em 09 de novembro de 2011 e Piauí em 07 de julho de 2012, demonstrando também resultados animadores frente à crescente demanda judicial pela saúde.

Por outro prisma, não menos importante, é possível perceber que o NAT também impediria a utilização indevida do erário público, onde seria possível identificar situações em que o custo benefício não justificaria uma intervenção judicial.

¹⁴ Idem.

7.4 A proposta de criação de uma vara da fazenda pública específica para atuar nos processos relativos a direitos fundamentais na Comarca de Palmas

Antes de alinhar os fundamentos que demonstram a necessidade da criação de uma Vara Específica da Fazenda Pública para tutelar os direitos fundamentais, em especial o Direito à Saúde, faz-se importante destacar a audiência pública nº 4, ocorrida nos dias 27 a 29 de abril e nos dias 04, 06 e 07 de maio do ano de 2009, promovida pelo Supremo Tribunal Federal.

A referida audiência pública, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS. No discurso de abertura, o Exmo. Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para a importância dos esclarecimentos quanto às questões técnicas, científicas, políticas, administrativas e econômicas que envolvam o tema saúde, ressaltando a importância teórica e prática conferida à judicialização do direito e o desafio à eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

Destaca-se, ainda, o pronunciamento do então Ministro Menezes Direito, o qual explicou a sua preocupação com as situações concretas que são submetidas, em caráter de urgência, ao juízo de primeiro grau, que se vê obrigado a decidir entre a vida e a morte, sendo impossível regular número “clausus” de medicamento, tomar uma determinação no que diz respeito à ocupação de Centros de Terapia Intensiva (CTI) e à incapacidade de se atender a toda demanda da sociedade, ainda mais num país onde é alto o índice de pobreza.

Não somente para os adeptos da necessidade da judicialização da saúde como solução possível para os desmandos administrativos que assolam a saúde pública, mas, principalmente, como forma de assegurar a própria sociedade que o judiciário se encontra preparado para enfrentar e solucionar as demandas da sociedade. Destaca-se um trecho do discurso de Ingo Sarlet proferido na citada Audiência Pública (2009, p. 48):

Então, parece-me que há uma dúplice via discriminatória. O que me preocupa aqui é a dupla exclusão: é a exclusão de quem não recebe nem o medicamento que o protocolo, a Lei impõe o fornecimento e a dupla exclusão de que essa pessoa não poderia, então, buscar o Poder Judiciário, seja por via coletiva, seja por via individual. É a dupla exclusão do sistema: ou seja, temos que nos conformar e sermos atendidos na medida do sistema existente e não sermos atendidos, ainda que a Lei, os protocolos imponham esse atendimento.

Sarlet revela que o atual modelo da organização judiciária adotado para julgamento dos processos que buscam a tutela de um direito fundamental acaba por criar um efeito discriminatório ou anti-isonômico em algumas situações, beneficiando-se os mais abastados e os mais espertos que buscam em juízo aquilo que não é garantido pelo SUS, revelando a necessidade de mudanças.

A transformação do atual modelo, através da criação de uma Vara da Fazenda Pública especializada em Direitos Fundamentais, propiciaria maior precisão e celeridade nos processos afetos a direitos fundamentais.

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça criou, em Porto Alegre, uma Vara da Fazenda Pública especializada em Saúde, inicialmente, com um Juizado e, atualmente, com dois juizados, onde a especialização do Magistrado propiciou um conhecimento mais profundo do funcionamento do sistema de saúde, garantindo uma prestação jurisdicional mais eficaz, sendo noticiada inclusive a diminuição de situações que culminaram em ações judiciais, onde através de um trabalho conjunto entre os magistrados e os defensores públicos foram apontados os pontos de ineficácia administrativa junto aos gestores, permitindo uma redução da judicialização em 80%, sem, contudo, deixar de atender às demandas de saúde da população, através de encaminhamentos resolvidos na esfera administrativa, conforme Artigo assinado pelo Juiz de Direito Martin Schulze do Rio Grande do Sul, apud Vasconcelos (2013, p. 75).

A atual estrutura da Comarca de Palmas, que conta com 4 (quatro) varas da Fazenda Pública, não supre de forma adequada a necessidade existente na Comarca de Palmas, em uma Vara da Fazenda Pública Especial, onde tramitaria todos os processos relacionados à consecução de direitos fundamentais, abrigando ainda, de forma adjunta, um juizado especial da Fazenda Pública.

Interessante observar que foi criada a Central de Execuções Fiscais da Comarca de Palmas, através da Resolução nº 6/2013, vinculada às varas da Fazenda Pública de Palmas, objetivando aperfeiçoar a força de trabalho e a agilidade dos trabalhos relativos aos processos de execução fiscal que funcionam de forma adjunta às Varas da Fazenda, onde possibilitou melhora significativa no trâmite dos processos de Execução Fiscal que se encontram abarrotados nas quatro Varas da Fazenda Pública de Palmas.

Assim, a transformação de uma das Varas da Fazenda Pública em uma Vara Especializada em ações relativas a direitos fundamentais, especialmente, voltada para o Direito da Saúde, possibilitaria aprimorar ainda mais o funcionamento das Varas remanescentes nos processos relativos às execuções fiscais, otimizando ainda mais, o trabalho desenvolvido pela Central de Execuções Fiscais.

Sugere-se, ainda, que funcione de forma adjunta à Vara da Fazenda Pública de competência especial, o Juizado Especial da Fazenda Pública, na forma do disposto na Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, onde, em seu Artigo 14¹⁵, parágrafo único estabelece que o Juizado Especial da Fazenda Pública pode funcionar de forma adjunta a uma Vara já existente.

A nova Vara da Fazenda Pública especializada abarcaria, além da competência para discussão dos direitos relacionados a Direitos Fundamentais, o Juizado Especial da Fazenda Pública, onde o Tribunal de Justiça, além de cumprir o disposto na Lei 12.153, estaria acatando a recomendação número 43 do CNJ, que recomenda a instalação de Varas Especializadas em Direito da Saúde.

A propositura é cercada de relevante interesse social e adequaria a organização do Poder Judiciário frente à crescente demanda da Judicialização da Saúde que, com frequência cada vez mais intensa, socorre-se ao Judiciário frente à omissão do Estado.

A criação de uma Vara da Fazenda Pública especializada possibilitaria a entrega de uma prestação jurisdicional tecnicamente mais precisa e de forma mais

¹⁵ Art. 14. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública serão instalados pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Parágrafo único. Poderão ser instalados Juizados Especiais Adjuntos, cabendo ao Tribunal designar a Vara onde funcionará.

célere. Nesse entendimento, podemos destacar os ensinamentos de Dallari (2010, p. 30), sobre a autonomia do Direito Sanitário: "o Direito Sanitário é uma disciplina autônoma alicerçado em princípios e parâmetros próprios que possui como principal objetivo regramento de atividades públicas e privadas relacionadas à saúde".

Considerando a autonomia do Direito Sanitário, que engloba o Direito à Saúde com princípios próprios e legislação específica, é plenamente justificável que o mesmo não seja jogado na vala comum de todos os outros processos que tramitam na fazenda pública, como acontece atualmente.

A envergadura de medidas imediatas para solução da judicialização da saúde é reconhecida na audiência pública nº 04, do Supremo Tribunal Federal, onde foram debatidas questões relativas à judicialização da saúde e reconhecidas as carências de informações disponibilizadas aos Magistrados sobre a realidade da política de saúde pública.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 107/2010, de 06 de abril de 2010, em seu Artigo primeiro institui, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos e reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

O Artigo de autoria de Delduque; Marques; Ciarlini (2013. p. 212) enfatizam, na Obra Direito Sanitário em Perspectiva, a importância da Criação do Fórum de Monitoramento da Saúde.

O Poder Judiciário brasileiro, com a criação do Fórum de Monitoramento da Saúde mencionado, mostra-se disponível para levar esse debate adiante, de forma mais aberta e democrática, em prol da garantia do direito à assistência à saúde de forma mais condizente com o contexto técnico e político que envolve. Reconhece-se, assim, pela mais alta cúpula do Poder Judiciário brasileiro, a importância do exercício do direito à saúde ser penetrado por outros saberes e outras informações de ordem política sanitária. O CNJ mostra-se, ainda, preocupado com a formação dos magistrados, para que atuem de forma mais condizente com a complexidade que envolve o direito à saúde.

É importante citar, também, a Recomendação nº 31/2010, de 30 de março de 2010, e a Recomendação nº 36/2011, de 14 de julho de 2011, em que ambas

tratam de forma específica e objetiva sobre o tema, recomendando aos Tribunais que adotem medidas visando melhor subsidiar aos magistrados e demais operadores do Direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a Saúde.

Assim sendo, é imprescindível uma atenção especial da Justiça em relação ao Direito da Saúde na condição de direito fundamental englobando toda uma variedade de posições jurídico-subjetivas de natureza diversa (direitos de defesa, direitos à proteção, direitos a organização e procedimento, direitos a prestação material), cujas peculiaridades repercutem sobre a efetividade que se lhes podem reconhecer.

Considerando, finalmente, que a instituição do Juizado Especial da Fazenda Pública é medida obrigatória, com base no Artigo 98, I, a Constituição e, ainda, em decorrência da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que estaria sendo contemplada com a transformação em uma das Varas da Fazenda Pública em Vara da Fazenda Pública de competência especial, com funcionamento do Juizado Especial da Fazenda Pública de foram adjunta, estaríamos solucionando dois problemas significativos e de enorme cunho social sem agregar custo significativo ao orçamento do Tribunal de Justiça, uma vez que não seria criada nova vara judicial.

A transformação de uma das Varas da Fazenda Pública em Vara da Fazenda Pública Especializada em tutelas de direitos fundamentais, especialmente, em relação ao Direito à Saúde atenderia às necessidades não somente da população, que é vítima do descaso da saúde pública, mas, também, os interesses da própria Fazenda Pública, considerando que a principal crítica das autoridades de saúde refere-se ao desconhecimento da Justiça sobre essa matéria, citando o fato de os Juízes, Ministério Público e da Defensoria Pública não terem conhecimento específico sobre a matéria e, por consequência, decisões equivocadas são tomadas gerando um enorme custo ao erário público.

A título de ilustração, conforme notícia o Conselho Nacional de Justiça em seu sítio¹⁶, no ano de 2010, foram gastos R\$ 144 milhões do orçamento da União para o cumprimento destas decisões. Para este ano, a previsão é de que o valor com tais gastos será quase 80% maior, chegando a R\$ 260 milhões.

Em Santa Catarina, o governo estadual divulgou que o valor gasto com o atendimento a demandas judiciais de saúde subiu de R\$ 76,4 milhões, em 2009, para R\$ 93 milhões, em 2010. Em Goiás, as informações são de que o valor subiu de R\$ 4,8 milhões, em 2009, para R\$ 7,7 milhões, em 2010¹⁷.

Já Pernambuco, segundo a Secretaria de Saúde, apresenta uma situação complicada. O Estado comunicou que despendeu, em 2010, R\$ 40 milhões em apenas 600 ações judiciais de saúde. Mas o tribunal de lá (TJPE) não especificou quantos processos referentes à área existem ou estão em tramitação¹⁸.

O governo de São Paulo, por sua vez, divulgou valores que aumentam e são reduzidos constantemente. Em São Paulo, segundo o governo estadual, foram gastos, em 2008, R\$ 400 milhões no atendimento às demandas judiciais de saúde. O gasto foi 567% maior do que o de 2006 para o atendimento às mesmas demandas, que foi de R\$ 60 milhões¹⁹.

O Estado do Tocantins não divulga os valores específicos de gastos no cumprimento de decisões judiciais relacionadas à saúde, mas acredita-se que a realidade não seja diferente dos demais Estados da Federação.

¹⁶ SP, RS e RJ são estados que mais concentram processos na área de Saúde, dados fornecidos pelo CNJ - 02/09/2011 - <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57537-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude>

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, um dos grandes dilemas enfrentados pelo Judiciário, frente à crescente conscientização da população, é qual o papel que o Poder Judiciário pode e, especialmente, deve cumprir para a concretização dos Direitos Fundamentais.

Conclui-se enfatizando o pensamento de Canotilho (2003) sobre a necessidade de realização das normas constitucionais. Para realizar a constituição faz-se necessário tornar eficazes as normas constitucionais. Uma Constituição só é juridicamente eficaz por meio da sua efetiva realização. Essa é a tarefa de todos os órgãos instituídos pela Constituição que na atividade legislativa, administrativa ou judicial aplicam as normas da Constituição.

O Conselho Nacional de Justiça, através do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde editou diversos normativos, onde expressa a preocupação e a necessidade de adequação do Judiciário frente à crescente demanda envolvendo o Direito à Saúde.

Na saúde, o Poder Judiciário assume papel de protagonista²⁰, frente à ineficiência das políticas de saúde pública, culminando na necessidade de o Judiciário imiscuir na esfera administrativa do Estado, ocupando um lugar diferente daquele originalmente determinado pelo ordenamento constitucional. Por consequência, torna-se necessária um diálogo de cooperação entre os membros do Poder Judiciário e os gestores da saúde, estabelecendo-se prioridades e a adequada alocação dos escassos recursos financeiros, evitando-se uma mitigação de direitos ao invés de uma ampliação de seus alcances, sem descartar os princípios do SUS, quais sejam equidade, integralidade e universalidade.

A Lei de organização judiciária da Comarca de Palmas - TO não prevê a existência de Vara com Jurisdição especial para as demandas relacionadas aos Direitos Fundamentais, em que pese já existir orientação nesse sentido pelo Conselho Nacional de Justiça²¹. Concomitante à crescente discussão sobre a

²⁰ Tema discutido no Capítulo 6.3: “A outra face da judicialização da Saúde – O direito individual versus o Direito Coletivo”.

²¹ Tema abordado no Capítulo 7.3: “Da necessidade de novas diretrizes judiciais”

necessidade de adequação dos Tribunais para enfrentamento das lides concernentes ao Direito da Saúde foi criada a Comissão Especial para estudos e apresentação de minuta substitutiva de anteprojeto de Lei complementar instituindo o novo Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Tocantins, sendo momento oportuno para implementar as mudanças necessárias para que o Judiciário Tocantinense empunhe a bandeira de valorização dos Direitos Humanos Fundamentais.

As inovações possuem o mérito de confrontar os dilemas existentes e o incômodo de modificar uma estrutura consolidada, quase sempre implicando em resistência a mudanças, entretanto, a criação de uma Vara Especializada em Direitos da Saúde potencializaria o Poder Judiciário para uma análise adequada da política pública de saúde. De tal modo, o que inicialmente poderia ser interpretado como ativismo judicial, alcança a amplitude da garantia do direito individual à saúde, focado no equilíbrio entre direito individual e coletivo.

O enfrentamento do problema é justificado pela necessidade de efetivação do direito universal da saúde, o que, sem dúvida alguma, é um dos atuais percalços do Poder Judiciário. Desse modo, acreditando na possibilidade de contribuir com a otimização da prestação jurisdicional da Comarca de Palmas - TO, especialmente, relacionada à consecução dos Direitos Fundamentais, fez surgir o entusiasmo no estudo de alternativas para propiciar melhorias na realidade local, entusiasmo este que se consolida com a conclusão que a intervenção judicial deve ter por objetivo corrigir as interpretações equivocadas das normas e a inércia, quando existente, do executivo, mas em nenhuma hipótese substituir o Poder Executivo no planejamento e execução das Políticas inerentes a saúde.

É certo que a criação de uma Vara Especializada em Direito da Saúde não resolva em definitivo as mazelas da Judicialização da Saúde Pública, mas enfrenta o esgotamento do atual ativismo judicial da saúde vivenciada pelo Judiciário, propiciando aos cidadãos e ao Estado uma equânime aplicação dos Direitos relacionados à política pública de saúde.

Ainda que a reserva do possível seja inevitavelmente um limite de fato, onde inúmeras mazelas da saúde pública não são satisfeitas por conta da escassez de

recursos, não pode o Poder Judiciário, através de sua falta de aparelhamento adequado, representar um empecilho jurídico para a consecução dos direitos sociais, em especial ao direito da saúde.

Deste modo, conclui-se que a transformação de uma Vara da Fazenda Pública em Vara Especializada em direito fundamentais, com ênfase no direito da saúde, representa uma saída para o adequado enfrentamento da judicialização do direito à saúde, especialmente, a pleitos de atendimento médico, medicamentos e das demais diversidades de procedimentos que envolvem a saúde pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIA. **Comitês estaduais vão monitorar processos relativos à saúde.** Conselho Nacional de Saúde, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/70625-comites-estaduais-vao-monitorar-processos-relativos-a-saude>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIA. **SP, RS e RJ são estados que mais concentram processos na área de Saúde.** Conselho Nacional de Saúde, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57537-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 30 de março de 2015.

ARAÚJO, Luis Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

ARRUDA, Ígor Araújo de. Defensoria Pública, concretização de políticas públicas e controle da aparente discricionariedade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3277, 21 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/Artigos/22066>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

BARCELOS, Rejane Souza. **Análise de marcadores de DNA na população do Estado de Goiás.** 2002. Dissertação (Mestrado em Ciências Biológicas) - ICB, Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2002.

BARROSO, L. R. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 3. ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BIANCHI, André Luiz. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Ministério da Saúde. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <

http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8080_190990.htm#>. Acesso em: 27 jul. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Gilmar Mendes. In: **Audiência pública** nº 4. Brasília, DF, 27/04/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Gestão Municipal de Saúde: **textos básicos**. Rio de Janeiro : Brasil. Ministério da Saúde, 2001.

_____. _____. Secretaria Executiva. Departamento de Apoio à Descentralização. Coordenação-Geral de Apoio à Gestão Descentralizada. **Diretrizes operacionais dos Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão** / Ministério da Saúde, Secretaria Executiva, Departamento de Apoio à Descentralização. Coordenação-Geral de Apoio à Gestão Descentralizada. – Brasília, DF, 2006.

BREGA FILHO, V. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CAVALCANTI, Hylda. **São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro são estados que mais concentram processos na área de saúde**. [200-]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57537-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

CHIMENTI, R. C. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. **Direito à saúde, paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CLÉVE, Clemerson Mérlin. 2005. **Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. [200-]. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_Artigos/Artigos.asp?codigo=441>. Acesso em 13 abr. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo. **O que são os direitos da pessoa**. 5. ed. Brasília, DF: Brasiliense, 1985.

DALLARI, Sueli. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DELDUQUE, Maria Célia; DINO, Nicolau. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília, DF: Esmpu, Fiocruz, 2013. v. 2.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim; CIARLINI, Alvaro. Judicialização das Políticas de Saúde. In: ALVES, Sandra Maria Campos; DINO, Nicolau. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília, DF: Esmpu; Fiocruz, 2013. v. 2., p. 212.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEIREDO, M. F. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. História da violência na prisão**. 10. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **BDJur**, Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça. 2008 mar. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **O Estado-Juizna democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEOZINHO. **Direitos humanos na constituição do Brasil.** [200-] Disponível em: <<http://leaozinho.receita.fazenda.gov.br/biblioteca/Estudantes/Textos/DireitosHumanosConstituicao.htm#Art.º7>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

LIMA, George Marmelstein. **Mínimo existencial, reserva do possível, e direito à saúde.** 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/10/27/minimo-existencial-reserva-do-possivel-e-direito-a-saude/>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

LIMONAD, Max. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad Editora, 1996.

LOPES, M. C. **Judicialização da saúde.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O Direito à saúde no Brasil.** Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais.** Salvador: Juspodvm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MILANEZ, D. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 197 - 221.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La brède et de. **O espírito das Leis.** Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORO, Fernando Sérgio. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, ano 9, n. 37.

NUNES, Antonio José Avelãs; SCAFF Fernando Facury. **Os Tribunais e o direito à saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUNES JUNIOR, V. S. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009.

NUNES, R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

PARA entender a gestão do SUS. Brasília, DF: CONASS, 2003. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 32 – 33.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIVETTA, Saulo Lindorferr. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, C. A. M. de. **Resumo jurídico de direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REVISTA-CRISTIANA, P. **O pacto pela vida no Sistema Único de Saúde**. [S.l.; s.n.], 2009.

REVISTA ELETRÔNICA INTERNACIONAL DIREITO E CIDADANIA- REID. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF - Flávia Piovesan. Disponível em: < <http://www.reid.org.br/> >. Acesso em: 13 abr. 2015.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Atlas, 2011.

SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. **A defesa da saúde em juízo**: teoria e prática. São Paulo: Verbatim, 2009.

SAMPAIO, J. A. L. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Marlene. Algumas considerações obre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 677, 2008.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos, 1983.

SCHULZE, Martin apud VASCONCELOS, Frederico. **Vara especializada em saúde: exemplo gaúcho**, maio 2013. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/05/28/vara-especializada-em-saude-exemplo-gaucha/>>, Acesso em 06 abril de 2014.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, J. A. da. **Comentário contextual a constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Miriam Ventura da. **O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde**". Tese apresentada com vistas à obtenção do título de Doutor em Ciências na área de Saúde Pública. Rio de Janeiro, abril de 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

SILVA, R. A. D. da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, K. R. M da. **Doença preexistente nos planos de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do Controle de Constitucionalidade**. [200-] Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/Artigos/Artigo34.htm>>. Acesso em 13 abr. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** n. 45. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. **IF 139-1/SP; Órgão Pleno**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 19 de março de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acessado em 13 abr. 2015.

_____. **RE 253885**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796.

_____. **RE 83432**, Relator(a): Min. LEITAO DE ABREU, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/1979, DJ 06-06-1980 PP-***** EMENT VOL-01174-01 PP-00402 RTJ VOL-00094-01 PP-00209.

WEICHERT, M. A. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



Poder Judiciário

*Conselho Nacional de Justiça***RESOLVE:**

Art. 1º Fica recomendado aos Tribunais indicados nos incisos III e VII do art. 92 da Constituição Federal que:

I - promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública;

II - orientem as Varas competentes para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.

Art. 2º Esta recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 3º Publique-se e intemem-se os Tribunais mencionados no art. 1º.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Joaquim Barbosa', written in a cursive style.

Ministro **Joaquim Barbosa**
Presidente

Janeiro de 2014

Comarca de:	3ª Entrância								
Juiz:	Flávia Afini Bovo								
Comarca:	Palmas								
Vara:	1ª Vara de Feitos da Fazenda e Registros Públicos								
Situação:	Titular								
PROCESSOS	Anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Percentual	MOVIMENTAÇÃO		ATOS DO MAGISTRADO	
Ações Penais	0	0	0	0	0%	Processos Conclusos	1268	Despachos	10
Incidentes	0	0	0	0	0%	Processos a Serem Conclusos	403	Sentenças	0
TCOs (Lei 9.099/95)	0	0	0	0	0%	Processos Com vista	163	Decisões	11
Execução Criminal	0	0	0	0	0%	Processos Com vista às Partes	297	Audiências Designadas	0
Inquérito(S/ Denúncia)	0	0	0	0	0%	Júri Designados	0	Audiências Realizadas	0
Outros Feitos	0	0	0	0	0%	Júri Realizados	0	Audiências Não	0
Precatórias	0	0	0	0	0%	Mandados de Prisão a Serem	0	Remessa	
Ações Cíveis	0	0	0	0	0%	Réus Presos	0	Tribunal de Justiça	0
Vara Família e Sucessões	0	0	0	0	0%	Autos Conclusos	0		
Vara Infância e Juventude	0	0	0	0	0%				
Juizado Especial Cível	0	0	0	0	0%				
Falência e	0	0	0	0	0%				
Fazenda, Reg, Público	10185	56	119	10122	100%				
Medidas Protetivas de Urgência	0	0	0	0	0%				
Total	10185	56	119	10122	100%				

Comarca de:	3ª Entrância								
Juiz:	Sândalo Bueno do Nascimento								
Comarca:	Palmas								
Vara:	2ª Vara de Feitos da Fazenda e Registros Públicos								
Situação:	Titular								
PROCESSOS	Anterior	Autuados	Arqui	Anda	Percent	MOVIMENTAÇÃO		ATOS DO	
Ações Penais	0	0	0	0	0%	Processos Concluídos	1125	Despachos	276
Incidentes	0	0	0	0	0%	Processos a Serem Concluídos	448	Sentenças	17
TCOs (Lei 9.099/95)	0	0	0	0	0%	Processos Com vista ao MP	277	Decisões	86
Execução Criminal	0	0	0	0	0%	Processos Com vista às Partes	52	Audiências Designadas	0
Inquérito(S/ Denúncia)	0	0	0	0	0%	Júri Designados	0	Audiências Realizadas	0
Outros Feitos	0	0	0	0	0%	Júri Realizados	0	Audiências Não	0
Precatórias	0	0	0	0	0%	Mandados de Prisão a	0	Remessa	
Ações Cíveis	0	0	0	0	0%	Réus Presos	0	Tribunal de Justiça	0
Vara Família e Sucessões	0	0	0	0	0%	Autos Concluídos	9		
Vara Infância e Juventude	0	0	0	0	0%				
Juizado Especial Cível	0	0	0	0	0%				
Falência e	0	0	0	0	0%				
Fazenda, Reg, Público	11024	56	65	11015	100%				
Medidas Protetivas de Urgência	0	0	0	0	0%				
Total	11024	56	65	11015	100%				

Comarca de:	3ª Entrância								
Juiz:	Frederico Paiva Bandeira de Souza								
Comarca:	Palmas								
Vara:	3ª Vara de Feitos da Fazenda e Registros Públicos								
Situação:	Respondendo								
PROCESSOS	Anterior	Autuados	Arqui	Anda	Percent	MOVIMENTAÇÃO		ATOS DO	
Ações Penais	0	0	0	0	0%	Processos Concluídos	0	Despachos	0
Incidentes	0	0	0	0	0%	Processos a Serem Concluídos	1406	Sentenças	0
TCOs (Lei 9.099/95)	0	0	0	0	0%	Processos Com vista ao MP	175	Decisões	0
Execução Criminal	0	0	0	0	0%	Processos Com vista às	91	Audiências Designadas	0
Inquérito(S/ Denúncia)	0	0	0	0	0%	Júri Designados	0	Audiências Realizadas	0
Outros Feitos	0	0	0	0	0%	Júri Realizados	0	Audiências Não	0
Precatórias	0	0	0	0	0%	Mandados de Prisão a	0	Remessa	
Ações Cíveis	0	0	0	0	0%	Réus Presos	0	Tribunal de Justiça	109
Vara Família e Sucessões	0	0	0	0	0%	Autos Concluídos para	0		
Vara Infância e Juventude	0	0	0	0	0%				
Juizado Especial Cível	0	0	0	0	0%				
Falência e	0	0	0	0	0%				
Fazenda, Reg, Público	10636	62	154	10544	100%				
Medidas Protetivas de Urgência	0	0	0	0	0%				
Total	10636	62	154	10544	100%				

Comarca de:	3ª Entrância								
Juiz:	Flávia Afini Bovo								
Comarca:	Palmas								
Vara:	4ª Vara de Feitos da Fazenda e Registros Públicos								
Situação:	Titular								
PROCESSOS	Anterior	Autuados	Arqui	Anda	Percent	MOVIMENTAÇÃO		ATOS DO	
Ações Penais	0	0	0	0	0%	Processos Concluídos	286	Despachos	149
Incidentes	0	0	0	0	0%	Processos a Serem Concluídos	324	Sentenças	58
TCOs (Lei 9.099/95)	0	0	0	0	0%	Processos Com vista ao MP	143	Decisões	55
Execução Criminal	0	0	0	0	0%	Processos Com vista às	238	Audiências Designadas	2
Inquérito(S/ Denúncia)	0	0	0	0	0%	Júri Designados	0	Audiências Realizadas	1
Outros Feitos	0	0	0	0	0%	Júri Realizados	0	Audiências Não	1
Precatórias	0	0	0	0	0%	Mandados de Prisão a	0	Remessa	
Ações Cíveis	0	0	0	0	0%	Réus Presos	0	Tribunal de Justiça	14
Vara Família e Sucessões	0	0	0	0	0%	Autos Concluídos para	133		
Vara Infância e Juventude	0	0	0	0	0%				
Juizado Especial Cível	0	0	0	0	0%				
Falência e	0	0	0	0	0%				
Fazenda, Reg, Público	9763	62	155	9670	100%				
Medidas Protetivas de Urgência	0	0	0	0	0%				
Total	9763	62	155	9670	100%				

Dezembro de 2014

Comarca de:	3ª Entrância								
Juiz:	Valdemir Braga de Aquino Mendonça								
Comarca:	Palmas								
Vara:	1ª Vara de Feitos da Fazenda e Registros Públicos								
Situação:	Respondendo								
PROCESSOS	Anterior	Atualizados	Arquivados	Andamento	Percentual	MOVIMENTAÇÃO		ATOS DO MAGISTRADO	
Ações Penais	0	0	0	0	0%	Processos Concluídos	526	Despachos	34
Incidentes	0	0	0	0	0%	Processos a Serem Concluídos	0	Sentenças	41
TCOs (Lei 9.099/95)	0	0	0	0	0%	Processos Com vista ao MP	165	Decisões	31
Execução Criminal	0	0	0	0	0%	Processos Com vista às Partes	488	Audiências Designadas	0
Inquérito(S/ Denúncia)	0	0	0	0	0%	Júri Designados	0	Audiências Realizadas	0
Outros Feitos	0	0	0	0	0%	Júri Realizados	0	Audiências Não Realizadas	0
Precatórias	0	0	0	0	0%	Mandados de Prisão a Serem Cumpridos	0	Remessa	
Ações Cíveis	0	0	0	0	0%	Réus Presos	0	Tribunal de Justiça	68
Vara Família e Sucessões	0	0	0	0	0%	Autos Concluídos para Sentença	0		
Vara Infância e Juventude	0	0	0	0	0%				
Juizado Especial Cível	0	0	0	0	0%				
Falência e Concorda	0	0	0	0	0%				
Fazenda, Reg, Público	10412	530	330	10612	100%				
Medidas Protetivas de Urgência	0	0	0	0	0%				
Total	10412	530	330	10612	100%				

Comarca de:	3ª Entrância								
Juiz:	Agenor Alexandre da Silva								
Comarca:	Palmas								
Vara:	2ª Vara de Feitos da Fazenda e Registros Públicos								
Situação:	Respondendo								
PROCESSOS	Anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Percentual	MOVIMENTAÇÃO		ATOS DO MAGISTRADO	
Ações Penais	0	0	0	0	0%	Processos Concluídos	675	Despachos	855
Incidentes	0	0	0	0	0%	Processos a Serem Concluídos	815	Sentenças	68
TCOs (Lei de Execução Criminal)	0	0	0	0	0%	Processos Com vista às Partes	70	Decisões	105
Inquérito(S)/ Denúncia)	0	0	0	0	0%	Júri Designados	0	Audiências Realizadas	0
Outros Feitos	0	0	0	0	0%	Júri Realizados	0	Audiências Não Realizadas	5
Precatórias	0	0	0	0	0%	Mandados de Prisão a Serem Cumpridos	0	Remessa	
Ações Cíveis	0	0	0	0	0%	Réus Presos	0	Tribunal de Justiça	7
Vara Família e Sucessões	0	0	0	0	0%	Autos Concluídos para Sentença	123		
Vara Infância e Juventude	0	0	0	0	0%				
Juizado Especial Cível	0	0	0	0	0%				
Falência e Concordata	0	0	0	0	0%				
Fazenda, Reg. Público	11206	523	147	11582	100%				
Medidas Protetivas de Urgência	0	0	0	0	0%				
Total	11206	523	147	11582	100%				

Comarca de:	3ª Entrância								
Juiz:	Frederico Paiva Bandeira de Souza								
Comarca:	Palmas								
Vara:	3ª Vara de Feitos da Fazenda e Registros Públicos								
Situação:	Respondendo								
PROCESSOS	Anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Percentual	MOVIMENTAÇÃO		ATOS DO MAGISTRADO	
Ações Penais	0	0	0	0	0%	Processos Concluídos	92	Despachos	938
Incidentes	0	0	0	0	0%	Processos a Serem Concluídos	875	Sentenças	47
TCOs (Lei 9.099/95)	0	0	0	0	0%	Processos Com vista ao MP	25	Decisões	43
Execução	0	0	0	0	0%	Processos Com	64	Audiências	5
Inquérito(S/ Denúncia)	0	0	0	0	0%	Júri Designados	0	Audiências Realizadas	4
Outros Feitos	0	0	0	0	0%	Júri Realizados	0	Audiências Não Realizadas	1
Precatórias	0	0	0	0	0%	Mandados de Prisão a Serem Cumpridos	0	Remessa	
Ações Cíveis	0	0	0	0	0%	Réus Presos	0	Tribunal de Justiça	5
Vara Família e Sucessões	0	0	0	0	0%	Autos Concluídos	34		
Vara Infância e Juventude	0	0	0	0	0%				
Juizado Especial Cível	0	0	0	0	0%				
Falência e Concorda	0	0	0	0	0%				
Fazenda, Reg, Público	10416	527	151	10792	100%				
Medidas Protetivas de Urgência	0	0	0	0	0%				
Total	10416	527	151	10792	100%				

Comarca de:	3ª Entrância								
Juiz:	Flávia Afini Bovo								
Comarca:	Palmas								
Vara:	4ª Vara de Feitos da Fazenda e Registros Públicos								
Situação:	Titular								
PROCESSOS	Anterior	Autuados	Arquivados	Andamento	Percentual	MOVIMENTAÇÃO		ATOS DO MAGISTRADO	
Ações Penais	0	0	0	0	0%	Processos Concluídos	78	Despachos	39
Incidentes	0	0	0	0	0%	Processos a Serem Concluídos	184	Sentenças	13
TCOs (Lei 9.099/95)	0	0	0	0	0%	Processos Com vista ao MP	447	Decisões	37
Execução Criminal	0	0	0	0	0%	Processos Com vista às Partes	214	Audiências Designadas	0
Inquérito(S/ Denúncia)	0	0	0	0	0%	Júri Designados	0	Audiências Realizadas	0
Outros Feitos	0	0	0	0	0%	Júri Realizados	0	Audiências Não Realizadas	0
Precatórias	0	0	0	0	0%	Mandados de Prisão a Serem Cumpridos	0	Remessa	
Ações Cíveis	0	0	0	0	0%	Réus Presos	0	Tribunal de	4
Vara Família e Sucessões	0	0	0	0	0%	Autos Concluídos para Sentença	8		
Vara Infância e Juventude	0	0	0	0	0%				
JEC	0	0	0	0	0%				
Falência e Concórdia	0	0	0	0	0%				
Fazenda, Reg. Público	9477	523	46	9954	100%				
Medidas Protetivas de Urgência	0	0	0	0	0%				
Total	9477	523	46	9954	100%				

ANEXO – PRODUTO DA DISSERTAÇÃO

EXMO. SR. PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS.

O Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Fundação Universidade Federal do Tocantins, em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, através do estudo realizado pelo Mestrando Alessandro de Paula Canedo, orientado pelo Professor Doutor George Lauro Ribeiro de Brito, vem perante V. Exa. , apresentar proposta para encaminhamento a Comissão Especial da Reforma da Lei de Organização Judiciária do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, em razão dos seguintes fundamentos.

No período de abril de 2013 a Dezembro de 2015, na condição de Mestrando da I turma do Programa de Pós-Graduação “Stricto sensu” Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, foi desenvolvido estudo, com a orientação do Professor Doutor George Lauro Ribeiro de Brito, sobre o protagonismo do judiciário nas políticas de saúde, que se faz conhecido como judicialização da saúde, assume sua face mais nítida em razão do apelo e da importância da saúde como direito social indispensável ao alcance dos demais direitos de cidadania.

A ampliação da noção de direitos e o deslocamento do lugar das constituições para o centro do ordenamento jurídico, como regente de todo o aparato normativo, passam a exigir do judiciário Tocantinense uma adequação para a entrega da prestação jurisdicional específica e adequada, evitando que o fenômeno da judicialização da saúde seja fenômeno para aumentar as desigualdades da saúde pública.

Destaca-se ainda que a Saúde é direito fundamental garantido pela Constituição Federal do Brasil e por consequência foi outorgado ao indivíduo titular desses direitos a possibilidade de exigir do Estado o acesso universal e igualitário a preservação da saúde individual e coletiva de forma a garantir o mínimo necessário para o respeito à dignidade humana de todos.

Por consequência, a elevação do Direito a Saúde como um direito fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas, isto é, a efetividade da

materialização deste direito no mundo dos fatos, desempenhando a sua função social.

No decorrer do Estudo foi possível constatar a dificuldade entre o pragmatismo da norma e a realidade vivenciada pelas pessoas que necessitam da saúde pública, em que pese à saúde ser direito de todos e dever do Estado, inclusive com garantias de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, pouco importando a condição social e econômica do paciente a triste realidade dos hospitais brasileiros demonstram que o Estado ignora a execução prática das normas que objetivam dar efetividade ao atendimento integral ao acesso a saúde.

A principal consequência da omissão do Estado relacionada a prestação adequada de serviços de saúde é a intensa judicialização da política pública de saúde, onde a intervenção judicial no âmbito da gestão de saúde é problemática enfrentada nos Tribunais. É certo que o Poder Judiciário exerce o papel de guardião dos direitos constitucionais, entretanto, a judicialização provoca apreensão e necessidade de enfrentamento do tema com o embasamento técnico e estrutura condizente para enfrentamento da matéria.

Atualmente a organização judiciária do Estado do Tocantins contempla a cidade de Palmas com 4 (quatro) varas destinadas as causas relacionadas a Fazenda Pública, conforme previsto no Artigo 25, III da Lei Complementar do Estado do Tocantins n. 10, de 11 de janeiro de 1.996, estrutura que é responsável pela condução de um número superior a 40.000 (quarenta mil) processos revelando um dos maiores índices de processo por juiz do Estado do Tocantins.

Além do congestionamento processual, fenômeno natural das varas da Fazenda Pública, observou-se a falta de adequação para o trato das ações que tutelem o direito fundamental da saúde, observando a natureza multidisciplinar que envolve o tema, exigindo uma cooperação técnica adequada para que o Julgador possa estar municiado de todos os elementos imprescindíveis para apreciação da matéria na urgência necessária.

Importante destacar o reconhecimento do Poder Judiciário Tocantinense e da Secretaria de Saúde do Tocantins na busca de soluções para uma melhor adequação das Varas da Fazenda Pública a realidade vivenciada, em especial com a criação da Central de Execuções Fiscais, através da Resolução n. 6/2013 e também através da instituição do Núcleo de Apoio Técnico, criado através da Secretaria da Saúde do Estado do Tocantins, portaria/SESAU N. 337, de 02 de maio de 2013, com o objetivo específico de propiciar subsídios na formação de juízo de valor para enfrentamento das lides judiciais que envolvam o Direito da Saúde.

O Conselho Nacional de Justiça, através da recomendação n. 43, de 20 de agosto de 2013, reconhece que a saúde é direito fundamental que tem por objeto a preservação da dignidade humana e que a criação de Varas de Especializadas no Direito da Saúde Pública é forma de garantir decisões mais adequadas e tecnicamente mais precisas, razão pela qual,

recomenda que os Tribunais, indicados nos Incisos III e VII do Artigo 92 da Constituição Federal que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública.

Observa-se ainda que a atual organização judiciária do Estado do Tocantins não contempla o disposto na Lei 12.153 de 22 de dezembro de 2009 que prevê a instalação de juizados especiais da Fazenda Pública, razão pela qual a presente proposta não poderia deixar de considerar a necessidade do Poder Judiciário se adequar a citada disposição legal.

A conclusão do estudo revela a necessidade urgente da criação junto à Comarca de Palmas de uma vara especializada no Direito Fundamental da Saúde, onde a sugestão é a transformação em uma das Varas da Fazenda Pública em Vara da Fazenda Pública Especializada em Direito da Saúde, possuindo competência para as lides relacionadas aos Direitos Fundamentais, em especial ao Direito da Saúde, bem como seria criado o Juizado Especial da Fazenda Pública que funcionaria de forma adjunta a Vara da Fazenda Pública especializada em Direito da Saúde.

Destaco finalmente que, a propositura, ainda que baseada em pesquisa acadêmico-científica, é cercada de relevante interesse social e adequaria a organização do Poder Judiciário Tocantinense as novas demandas sociais, respeitados os princípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Pelo exposto, requer o recebimento e encaminhamento da presente proposta para Comissão Especial da Reforma da Lei de Organização Judiciária do Poder Judiciário do Estado do Tocantins para análise da demanda, contando ainda, com o prestimoso empenho da Presidência desta honrada Corte na busca de uma Prestação Jurisdicional que atenda as necessidades e anseios dos Jurisdicionados.

Nestes Temos,
Pede Deferimento.
Palmas, 15 de Novembro de 2015.

Tarsis Barreto de oliveira
Coordenador do PPGPJDH

George Lauro Ribeiro de Brito
Professor do PPGPJDH

Alessandro de Paula Canedo
Mestre em PJDH