O judiciário e a efetivação do direito constitucional à saúde no Brasil em Portugal

O judiciário e a efetivação do direito constitucional à saúde no Brasil em Portugal

Grace Castelo Branco Freitas

Mestrado em Direito Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

O judiciário e a efetivação do direito constitucional à saúde no Brasil em Portugal

Orientação: Prof.ª Doutora Dora Resende Alves

Co-orientação: Prof. Doutor José Augusto Silva Lopes

02 de setembro de 2021

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática.

IMP.GE.84.1

O JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NO BRASIL EM PORTUGAL

Grace Castelo Branco Freitas

O judiciário e a efetivação do direito constitucional à saúde no Brasil em Portugal

Grace Castelo Branco Freitas

Mestrado em Direito Especialização em Ciências Jurídico- Políticas

Orientação: Prof.ª Doutora Dora Resende Alves

Co-orientação: Prof. Doutor José Augusto Silva Lopes

Setembro, 2021

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

IMP.GE.99.0

Dedico esse trabalho em primeiro lugar a Deus, por tudo que fez e faz constantemente em minha vida. Meu maior refúgio.

À minha querida e amada mãe Gracinha, pelo exemplo de luta, força e dedicação, ajuda ao próximo e por seu suporte incondicional, sempre.

Ao meu pai Ítalo, por apoiar-me, estimular e nunca desistir de mim, sempre com muito amor, meu ídolo.

Dedico esse trabalho a todos aqueles que necessitaram e necessitam de justiça para obter resguardado sua saúde.

AGRADECIMENTOS

Sou grata primeiramente a Deus, pela providencia Divina, presente em todos os momentos da minha caminhada; ao meus pais por acreditar em mim e não ter dúvidas que eu poderia ir sempre além, prestando todo o apoio nas horas mais difíceis e aos amigos pelo ombro oferecido todos os dias.

E a todos aos membros do CECGP, a senhora Patrícia Coimbra, pelo carinho e dedicação que demonstraram no tempo que estiveram ao nosso lado na caminhada para a realização deste sonho, a minha mais profunda admiração.

A minha orientadora, Professora Doutora Dora Resende Alves sem o qual este trabalho não teria sido realizado. Obrigada!

“Agradeço a todas as dificuldades que enfrentei, não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas nos auxiliam muito.” (Francisco Cândido Xavier).

RESUMO

O judiciário e a efetivação do direito constitucional à saúde no Brasil em Portugal

A presente dissertação analisa a efetivação do direito constitucional à saúde no Brasil e em Portugal. O tema é dividido, de forma a refletir sobre o problema da efetividade dos direitos sociais, destacando o direito à saúde que por sua vez é indissociável e está presente o núcleo mínimo de direitos que é essencial à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Em uma visão doutrinária o direito à saúde, por ser um direito social é classificado como um direito de 2.ª geração, acentuado como verdadeiro direito prestacional, tanto em uma perspectiva objetiva, como subjetiva. Nesse contexto, o escopo é evidenciar inicialmente, a relação do direito fundamental à saúde com: I) a cláusula da reserva do possível e a relação com o mínimo existencial na concretização dos direitos sociais; II) o direito social à saúde e o Estado; III) o direito social à saúde no Brasil; IV) a implementação da saúde como direito na Constituição Brasileira de 1988; V) ; o direito à saúde em Portugal; IV) o princípio da separação dos poderes; VI) o Poder Judiciário e sua função; VII) a judicialização do direito à saúde no Brasil e em Portugal. Tudo embasado no posicionamento atualmente previsto na doutrina em voga e nas decisões dos Tribunais de ambos os países Brasil e Portugal. De forma contínua, explanaremos, sem intenção de esgotar os tópicos, sobre a realidade da saúde no Brasil e em Portugal, assim como esboçaremos a forma em que o Poder Judiciário, na visão dos Tribunais Superiores do Estado Brasileiro e do Estado Português, se posicionam para assegurar aos cidadãos através da prestação judicial, no que diz respeito à garantia de acesso e proteção à saúde, levando em consideração o contexto da reserva do possível.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Direitos Sociais; Direito à Saúde; Teoria da Efetividade; Reserva do Possível; Poder Judiciário Brasil-Portugal.

ABSTRACT

The judicial system and the enforcement of the Brazilian constitutional right to health, in Portugal

This dissertation analyses the enforcement of the constitutional right to health in Brazil and Portugal. The subject is divided in such a way as to dwell on the problem of the effectiveness of social rights, highlighting the right to health, which in turn is inseparable, and the presence of the minimum core of rights that is essential to guarantee the principle of human dignity. In a doctrinal view, the right to health as a social right is classified as a 2nd generation right, emphasized as a true right, in both objective and subjective perspectives. In this context, the scope is firstly to show the relationship of the Fundamental Right to health care with: I) the clause of reserve of that which is possible and the relationship with the existential minimum in the achievement of social rights; ii) the Social Right to Health and the State; III) the social right to health in Brazil; IV) the implementation of health as a right in the Brazilian Constitution of 1988; V) the right to health in Portugal; VI) the principle of separation of powers ;VI) the power of the judicial system and its function; VII) the judicialization of the right to health in Brazil and Portugal. All is based on the position presently foreseen in the current Doctrine and in the Decisions of the Courts of both Brazil and Portugal. Then we will expound, without intending to exhaust the topics, the reality of health in Brazil and Portugal, as well as outline the way in which the Judicial System, in the view of the Upper Courts of the Brazilian and Portuguese States, is positioned to safeguard citizens through judicial provisions, to guarantee health access and protection, taking into account the context of the reserve of that which is possible.

Keywords: Fundamental Rights; Social Rights; Right to Health; theory of effectiveness; Reserve of that which is possible; Brazil-Portugal Judicial Power.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS..... 9

1. INTRODUÇÃO..... 10

2. DIREITO À SAÚDE: BREVES CONSIDERAÇÕES..... 12

3. DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA SOBRE A EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO DE NOBERTO BOBBIO..... 17
3.1 Direitos Sociais e suas especificidades..... 21
3.2 Concretização da implementação dos direitos sociais: Clausula da reserva do possível e a relação com o mínimo existencial na concretização dos direitos sociais..... 25
3.3 O Direito Social à saúde e o Estado..... 29

4. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO RELACIONADO À SAÚDE..... 34
4.1 O direito social à saúde no Brasil..... 37
4.2 Implementação da saúde como direito na Constituição Brasileira de 1988..... 39
4.3 Estruturação do Sistema de Saúde no Brasil..... 41

5. O DIREITO À SAÚDE EM PORTUGAL..... 46
5.1 O Sistema Nacional de Saúde Português..... 48

6. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....53
6.1 A Separação dos Poderes na Constituição da República Federativa do Brasil De 1988 e na Constituição Portuguesa de 1976..... 55

7. O PODER DO JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO..... 58
7.1 A função do processo para a efetividade do Poder Judiciário..... 59
7.2 A questão da saúde no âmbito do direito público brasileiro..... 61

8. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE..... 69
8.1 A judicialização do direito a saúde no Brasil..... 69
8.2 A expansão da judicialização no Brasil após a década de 90..... 72
8.3 Obstáculos e críticas à judicialização da saúde no Brasil..... 74
8.3.1 Direito a saúde: direito inerente à vida e condição para o exercício de direitos fundamentais..... 76

9. PARÂMETROS DAS AÇÕES JUDICIALIZÁVEIS NO BRASIL..... 81
9.1 As diretrizes delimitadas na Lei 12401/2011..... 85
10. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE EM PORTUGAL..... 87

11. CONCLUSÃO..... 91

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 93

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C. – antes de Cristo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

artigo – artigo

CF – Constituição Federal

CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS

CRP – Constituição da República Portuguesa

HIV/AIDS – Síndrome da Imunodeficiência

OMS – Organização Mundial de Saúde

RE – Recurso Extraordinário

SNS – Serviço Nacional de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TC – Tribunal Constitucional de Portugal

TJ – Tribunal de Justiça

UE – União Europeia

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, com o processo de intensificação da integração social, política, econômica e cultural entre as diferentes regiões do planeta, houve uma fomentação pela busca, entre diferentes países, no que diz respeito a efetivação dos direitos sociais.

Dentre os direitos sociais que tem a sua efetivação mundialmente buscada é o direito social à saúde. Direito esse, que é concebido como um direito de todos e dever do Estado, o qual deve garanti-lo através de políticas sociais e econômicas e um serviço público que tenha como escopo à redução de surgimento da doença e seu agravamento. Já que o direito à saúde é um corolário do direito à vida e do princípio da dignidade humana.

O vilipêndio ao direito à saúde fere a sua primordial característica, a de ser direito público subjetivo, uma prerrogativa indisponível assegurada a generalidades das pessoas. Fato que impulsiona a ingerência de um Poder Estatal em outro Poder, para que se efetive o direito fundamental do ser humano.

A Constituição da República Federativa do Brasil, assim como a Constituição da República Portuguesa consagram o princípio constitucional da separação dos poderes, com fulcro na independência e harmonia entre os órgãos do Poder Político, ou seja, independência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, traduzindo uma ausência de subordinação funcional. Contudo, mas, embasado no controle mútuo, muitas vezes, por exemplo, há a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no desempenho das funções do Poder Executivo. Portanto, frente a tal fenômeno, buscou-se avaliar a atuação do Poder Judiciário com o escopo de tornar suas decisões impositivas aos outros poderes com o intuito de proporcionar o efetivo direito e saúde.

O direito fundamental à saúde é um direito constitucional expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tendo o Estado como garantidor deste direito, promovendo acesso universal e igualitário a todos que necessitem. Logo, o Estado tem o dever de garantir o direito à saúde, proporcionando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção de saúde, sua proteção e recuperação. Em que pese existir o comando constitucional imprimindo ao Estado a proteção ao direito à saúde, é recorrente a busca ao Poder Judiciário para efetivação deste direito no Brasil.

Nesse mesmo viés, a Constituição da República Portuguesa de 1976, consagra no seu artigo 64.º, n.º 2, o direito à saúde e para efetivá-lo se utiliza do Serviço Nacional de Saúde, importante mecanismo que assegura a prestação do direito fundamental à

saúde de forma efetiva, quando comparado ao Brasil. Contudo, o Poder Judiciário deste Estado por algumas vezes é solicitado para que efetive tal direito em comento.

O método utilizado neste trabalho foi o monográfico que permite a verificação do todo do assunto, com a satisfação das partes específicas. A técnica usada foi a pesquisa bibliográfica, onde foram estudas obras de doutrinadores de referência no assunto, portugueses e brasileiros, além de trabalhos acadêmicos, teses de mestrado, jurisprudências, assim como, legislação pertinente ao tema tanto do Brasil como de Portugal.

Tendo em vista a existência da interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito constitucional em ambos os Estados, brasileiro e português. O presente trabalho tem por objetivo o estudo da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito constitucional à saúde no Brasil e em Portugal. Busca-se analisar as decisões judiciais que de alguma forma determinam o fornecimento a promoção do direito à saúde.

Para tanto, o trabalho se inicia com breves considerações sobre o direito à saúde, uma digressão histórica sobre os direitos sociais e sua relação com a teoria sobre a evolução do Estado Moderno de Norberto Bobbio, direitos sociais e suas especificidades, a concretização da implementação dos direitos sociais: cláusula da reserva do possível e a relação com o mínimo existencial na concretização dos direitos sociais, o direito social à saúde e o Estado, a evolução do conceito relacionado à saúde, o direito social à saúde no Brasil, implementação da saúde como direito na Constituição Brasileira de 1988, estruturação do sistema de saúde no Brasil, o direito à saúde em Portugal, o Sistema Nacional de Saúde Português, analisando o princípio da separação dos poderes, o poder do judiciário e sua função, a judicialização do direito à saúde no Brasil e em Portugal.

A preferência foi por uma exposição didática, clara e objetiva do presente trabalho, resultado de uma pesquisa exploratória, com levantamento de informações, através do direito comparado a respeito do fenômeno do direito social à saúde no Brasil e em Portugal, valendo-se de coleta de dados por documentação indireta, proporcionando uma análise de dados qualitativa, além do referido emprego o método de procedimento monográfico com uma abordagem dedutiva.

2 DIREITO À SAÚDE: BREVES CONSIDERAÇÕES

O vocábulo plurívoco saúde é derivado do vocábulo latino *salute*, o que etimologicamente significa salvação[1]. Para a população em geral a noção de saúde está ligada ao estado da pessoa cujas as funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal.

No sentido jurídico, tem-se um conceito jurídico indeterminado, pois está arraigado de uma vaguidade pelo modo que é colocado nas cartas constitucionais e na legislação infraconstitucional[2]. Proporcionando aos juízes a autonomia para aplicar a solução mais adequada ao caso posto a sua apreciação. Já que o direito à saúde goza de versatilidade, enquanto direito subjetivo do indivíduo, que nesse mesmo indivíduo pode variar entre o estado de saúde e enfermidade, a depender de como a informação é colocada. Por exemplo, se a informação for de um médico que tenha vivido no passado, vai existir uma grande chance de ser influenciada pela forma como os médicos viam o mundo naquele dado momento como passam essa visão ao operador do direito.

Nesse diapasão, surge a necessidade de uma visão zetética, pois como assevera Miguel Reale, ao analisar-se a história corre-se o risco de sopesar pelos conceitos dos historiadores, o que revela um grande perigo em tempos de globalização e com realidades mutáveis[3].

Nesse sentido, deve-se eleger a generalidade, uma compreensão de saúde como estado de bem estar com dados fornecidos por variáveis biológicas em cada ser humano. A partir de um substrato genético, característico de cada indivíduo, pode-se identificar diversos estados de saúde para cada ser humano e níveis de saúde para os grupos populacionais. Os estados de saúde são identificáveis por variáveis biológicas: determinação de peso, estatura, ensaios fisiológicos e psicológicos. Os níveis de saúde são identificáveis mediante valores culturais de grupo humano, expresso por meio de índices de mortalidade, doença, invalidade, etc.

Quando buscamos pelos antecedentes históricos, a questão da saúde perpassa pelo viés interdisciplinar, principalmente pelas ciências biológicas, mesmo quando abordado nas ciências humanas. Assim, a saúde pode ser analisada na perspectiva do direito público, do direito privado, individual, direito coletivo, o que está intrinsecamente ligado ao momento histórico[4].

---

[1] FRANÇA, Rubens Limongi (cood.). *Enciclopédia Saraiva de Direito.* vol. 67. São Paulo: Saraiva,1981. p. 108.
[2] FARIAS, JOSÉ Eduardo (org.). *Direito e Justiça, a Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 111.
[3] REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, Brasil. 1977, pp.10-13.
[4] SILVA, José César Ballerini. *Direito à Saúde na Justiça teoria e Prática*. São Paulo: Ímpetos, 2020, p. 42.

Nas legislações antigas e remotas, como no Código de Hamurabi[5], existiam proibições expressas de doentes portadores de dermatoses conviverem com pessoas sãs. Determinações que persistiram na Lei Mosaica, no Império Romano e na Idade Média.

Vale ressaltar que, no Império Romano, existia uma preocupação com estabelecimentos de serviços públicos de saúde, demonstrando assim, uma atenção à saúde pública[6]. Nesse viés, do ponto de vista técnico-científico, a história da saúde pública foi dividida nas seguintes fases: a. fase de saneamento e assistência médica a grupos humanos de baixo nível socioeconômico (1832 a 1876); b. período de controle de doenças transmissíveis (1876 a 1917); c. período de medicina preventiva (1917 a 1941) e d. período da integração socioeconômica da saúde (a partir de 1941)[7].

Levando em consideração as fases da saúde pública, a ciência chegou à conclusão que prevenir gastos com a saúde pública e previdência com doenças, acarretam um custo menor, do que o tratamento de certas doenças, como por exemplo a doença cardíaca[8]. Diante dessa constatação, surgiram as legislações que impõem à redução do nível de sódio dos alimentos, as restrições ao fumante de utilizar certos ambientes para fumar.

Com efeito, quando se fala em direitos fundamentais, é necessário ressaltar o seu marco, que repousa na Declaração do Estado da Virgínia - *Virgínia Bill of Rights* (12.06.1776) e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - *Déclaration des Droits de l`Homme et du Citoyen* (28.06.1789)[9]. Tais direitos, representaram a virada na história humana que permitiu, nos dias atuais, discutir e distinguir direitos fundamentais[10]. No entanto, existe autores, como Alexandre de Morais, que retroagem um pouco mais no tempo e para reconhecer direitos fundamentais, como clássicos alçando à *Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra, em 1215[11].

Contudo, qual seria o marco histórico do direito à saúde? Nesse sentido, por ser o cerne do presente estudo, se faz necessário delinear os direitos fundamentais e, principalmente a sua tutela, exige uma ponderação sobre a natureza jurídica, desse direito. Tendo em vista os ensinamentos do doutor doutrinador J.J. Gomes Canotilho que assim nos ensina:

> A positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no

[5] FRANÇA, Rubens Limongi (cood.). *op. cit.*, p. 109.
[6] FRAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde, de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, Brasil, 2005, p.31.
[7] FRANÇA, Rubens Limongi (cood.). *op. cit.*, pp. 109-110.
[8] SILVA, José César Ballerini. *op. cit.*, p. 44.
[9] Ibidem.
[10] ALVES, Dora Resende. *Direitos Sociais na Constituição Portuguesa: sua Conexão com o Direito da União Europeia*. São Luís: SVT Marketing e Comunicações, 2018, p. 11.
[11] MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2000.

> lugar cimeiro das fontes de direitos: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, por vezes mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormem).[12]

O referido autor progride, afirmando que a mera constitucionalização do direito não pode ser confundido com o caráter jus naturalista do direito, assim, a positivação e tipificação na constituição não é pressuposto para conferir realidade efetiva jurídica a direito fundamental[13].

Nesse diapasão, o Doutrinador em questão, indica que um dos aspectos da fundamental idade de um direito, no sentido formal, diz respeito ao fato das normas constituírem limites de "vinculatividade imediata dos poderes públicos, fazendo o papel de "parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e judirisidicionais". E, no caso de haver litígio, o julgador deverá interpretar buscando uma decisão que tenha como fundamentação, como base a efetividade da norma constitucional[14].

Tal conduta, pode ser empregada especialmente no Brasil, uma vez que, o direito à saúde não foi expressamente previsto no Capitulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, do Título II da Constituição da República de 1988. Entretanto, a Carta Magna de 1988 se refere ao respectivo direito em outros artigos, tal como o artigo 6.º, no Capítulo II do mesmo Título e 196. O que permite analisar, que sem acesso à saúde, o primordial direito fundamental, qual seja: o direito à vida, restará prejudicado na sua totalidade[15].

Nesse sentido, a doutrina corrobora quando pondera o seguinte: "na verdade, o direito à saúde constituiu um desdobramento do próprio direito à vida. Logo, por evidente, não poderia deixar de ser considerado como um direito fundamental do indivíduo"[16].

No que concerne à Constituição da República Portuguesa, o direito à saúde é expressamente posto como um direito fundamental de todos[17]. Uma vez que o artigo 64.º da Carta Republicana Portuguesa assim determina:

> 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.
> 2. O direito à proteção da saúde é realizado:
> a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
> b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura

[12] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ª ed. Coimbra: Almedine, p. 375.
[13] Ibidem, p. 376.
[14] Ibidem, p. 377.
[15] SILVA, José César Ballerini. *op. cit.*, p. 46.
[16] ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 484.
[17] CRISÓSTOMO, S. *O Artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa: saúde*. Lisboa: Editora Mundos Sociais, 2016, pp. 33-48.

> física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.
> 3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
> a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
> b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
> c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
> d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
> e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
> f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento d atóxico dependência.
> 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.[18]

Fica evidente, que a Carta Magna Portuguesa protege o direito à saúde e dar suporte jurídico constitucional a tal direito. Não ficando esse direito sujeito à das "decisões políticas de Governos"[19].

Diante das considerações postas, fica presente que o sistema português prevê uma dilatada proteção ao direito à saúde, não se restringindo ao necessário para se sobreviver. Nesse viés, a inviolabilidade do direito à saúde, confere ao mesmo efetividade, já que a norma contida no artigo 64.º, acima citado, determina que todos possuem direito de proteção à saúde, e sobretudo, de a defender, destacando uma proteção universal e geral, sendo tendenciosamente gratuito, a depender das condições econômicas do usuário[20].

Destarte, fica clarificado que a proteção constitucional portuguesa à saúde é sem dúvidas, arquétipo que deve ser seguido pelo resto do mundo, no que tange a efetivação do direito à saúde, seja como um direito individual ou social[21]. Pois, como a questão foi tratada na Carta Política Portuguesa, o indivíduo usuário, que se sentir lesado poderá, sem grandes dificuldades, recorrer ao Poder Judiciário para obter a referida proteção.

Vale ressaltar por fim, sobre a efetividade constitucional do direito à saúde através do comentário sobre a Carta Política Portuguesa de 1976 do Doutrinador Canotilho que assim colocou:

> Os direitos a prestações significam, sem sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). É claro que se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura destes bem sociais, ele pode obter a satisfação das suas "pretensões prestacionais" através do comércio privado (cuidados de saúde privados, ensino privado). A função da prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais. (1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja ,

[18] BONFIM, Calheiros B. (Org). *Constituição da República Portuguesa com as emendas posteriores incorporadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1993, p. 33.
[19] NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e serviço nacional de saúde. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 4, n. 11, abr./jun. 2010. pp. 85-109.
[20] SILVA, José César Ballerini. *op. cit.*, p. 73.
[21] Ibidem, p. 74.

> se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais(ex. derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no "direito de exigir" uma casa); (2) ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduz ao 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 consagradoras de direito fundamentais sociais tem 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 estado, habitações econômica0. A resposta aos dois primeiros problemas é discutível. Relativamente à última questão, é liquido que as normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas.[22]

Dado a importância do referido objeto de estudo, não há dúvidas no sentido de que à saúde estabeleça, seja um direito social, seja um direito fundamental, direitos humanos, ou seja, é objeto obrigacional passível de inserção nas garantias da ordem pública em contraposição à esfera dos direitos privados.

Nesse diapasão, fica evidente que todo legislado constituinte dever buscar, já que se trata de um direito fundamental, um mínimo que lhe permita efetividade.

[22] CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 406.

3 DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA SOBRE A EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO DE NOBERTO BOBBIO

O estudo dos Direitos Sociais está intrinsecamente relacionado ao surgimento do Estado Social e Democrático, à medida que o modelo clássico do Estado Liberal não subsistiu diante dos novos problemas introduzidos com a revolução do sistema capitalista, sobretudo pela postura abstencionista, despicienda de prestações positivas. Dessa forma, é fundamental compreender a teoria encabeçada por Norberto Bobbio sobre a evolução do Estado Moderno, para compreender os direitos sociais e a íntima relação com o Estado Social e Democrático.

Nesse sentido, Bobbio discorre sobre a caracterização dos Estados Modernos da seguinte forma. Para ele, os estados modernos são caracterizados em 1) Estado Liberal; 2) Estado Social; 3) Estado Democrático. Nas palavras de Vanessa Rocha Ferreira[23], esses Estados funcionariam como paradigma jurídico constitucional, influenciando a interpretação e aplicação dos direitos, delimitando o alcance constitucional. A evolução gradativa do Estado Moderno proporcionou a estruturação dos direitos sociais nos moldes em que a sociedade conhece atualmente.

Preliminarmente, discute-se que, o período que antecedeu o Estado liberal - primeiro dos estados modernos descrito por Bobbio - era caracterizado pela rígida estratificação social organizada em 1) Clero; 2) Nobreza e 3) Plebe. Essa rígida estratificação social garantia ao Clero e a Nobreza poder, terras e dinheiro, enquanto à plebe, cabia o labor do qual originava o sustento às três classes sociais. Essa lógica, pautada no sistema feudal[24], logo demonstrou ineficiência. De forma gradativa, foram surgindo quadro de lutas e rebeliões. Pequenas cidades – conhecidas como burgos – insurgiam através da aglomeração das pessoas que conseguiam se livrar do poder dos senhores feudais, quer seja pela possibilidade de compra de suas liberdades, pela fuga ou pela comercialização de produtos artesanais e acúmulo de capitais. Essa possibilidade de comercialização da força de trabalho livre foi o que ocasionou o surgimento da Burguesia[25].

[23]FERREIRA, Vanessa Rocha. *Direito Fundamental à Saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 35.
[24] Sistema feudal foi um modo de organização social e política baseada nas relações entre o servo e o senhor feudal. Era também um sistema econômico baseado na propriedade da terra, que era cedida pelo senhor feudal ao vassalo em troca de serviços mútuos.
[25] FERREIRA, Vanessa Rocha. *op. cit*.

Nessa perspectiva, afirma-se que o engendramento do Estado Liberal - primeiro Estado Moderno na concepção de Bobbio - foi impulsionado, no século XVII, por essa insurgente classe burguesa. Sob o pretexto de defender direitos e interesses universais, a burguesia buscou romper com absolutismo monárquico[26] e os resíduos do sistema feudal, uma vez que essa dinâmica econômico-social representada pela concentração de poder na figura do monarca representava impasse à liberdade comercial almejada pela classe. Nesse sentido:

> A partir do século XVIII, a burguesia torna-se, então, classe dirigente com o apoio das lutas dos trabalhadores explorados e destituídos de seus meios de produção contra a nobreza e o clero da época. É neste período que se consolida o Estado Liberal Burguês, diante de um cenário de lutas e conquistas. A classe burguesa emerge ao poder como uma "suposta" classe defensora dos interesses universais. Mas não se pode deixar de mencionar o seu interesse em manter o pleno desenvolvimento do capitalismo através da liberdade comercial.[27]

O Estado Liberal - anseio da Burguesia - representou a luta contra a concentração de poder simbolizada pelo Absolutismo Monárquico. Nessa perspectiva, o Estado Liberal apresentou uma postura preponderantemente abstencionista, marcada pelo surgimento dos direitos fundamentais de 1.ª dimensão.

> Entende-se por estado liberal, a forma de organização surgida na Europa, no início da idade moderna, na qual o poder estava centralizado e havia necessidade de normas jurídicas destinadas a resolver conflitos de uma sociedade complexa. Essa forma de estado tem como ideal a defesa da liberdade do cidadão frente ao Estado e em consequência cria os chamados direitos de primeira geração, que são aqueles que exigem uma postura estatal abstencionista, sendo a não intervenção do Estado, uma de suas principais características, juntamente com o princípio da igualdade, a divisão de poderes de Montesquieu e a supremacia formal da Constituição.[28]

Esse novo Estado, de cunho individualista, caracterizava-se pela exigência do "não agir estatal", como representação dos interesses próprios da burguesia insurgente, dessa forma, tal Estado apresentou certo distanciamento dos problemas sociais e econômicos.

Ocorre que, anos mais tarde no século XIX e XX, a dinâmica econômico-social implementada após a Revolução Industrial ocasionou a ruptura desse Estado Liberal, sobretudo porque este não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, ocasionando irremediável crise[29].

A Revolução Industrial foi um período da história definido pela substituição da produção manufatureira e artesanal por uma nova ordem, marcada pela implementação

---

[26] Absolutismo Monárquico é uma teoria política que defende a centralização dos poderes numa só pessoa (em geral, um monarca), que dispõe de um poder absoluto. Surgiu na Europa, no final da Idade Média (séculos XIV e XV), com forte centralização política nas mãos dos reis, que passaram a ser identificados como o próprio Estado.
[27] FERREIRA, Vanessa Rocha. *op. cit.*
[28] Ibidem.
[29] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao estado Social*. 6ª ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

das máquinas e sistema fabril. Esta transformação incluiu a transição de métodos de confecção artesanais e em baixo escala para a produção por máquinas e em larga escala. A revolução teve início na Inglaterra e em poucas décadas se espalhou por toda a Europa e os Estados Unidos.

> Antes da Revolução Industrial, a produção de bens era realizada de modo artesanal e manual e, em alguns casos, com o emprego de algumas máquinas simples que facilitavam a confecção de produtos. O trabalho era feito em baixa escala e o processo de produção era muito demorado. Com o início da Revolução Industrial e a inserção de máquinas com tecnologias mais sofisticadas, os trabalhadores passaram a ser empregados em indústrias, perdendo a posse da matéria-prima, do produto em si e, principalmente, do lucro. Como vimos, os artesões saíram das suas oficinas, perderam sua autonomia, não eram mais donos do que produziam, foram expropriados de seus saberes e de suas ferramentas (MARX, 1968). Do controle que os trabalhadores tinham sobre o seu trabalho, e sobre o que produziam, passaram a ser controlados no trabalho. A evolução dos meios de produção, aliada ao desenvolvimento tecnológico, não impactou somente as áreas econômica e tecnológica, mas também a área social, levando ao êxodo rural e ao aumento populacional nas cidades, que ofereciam condições precárias de existência para os menos abastados. As fábricas eram insalubres, as jornadas de trabalho chegavam a 80 horas semanais e os salários eram baixos.[30]

Toda essa transformação estrutural, apesar de trazer desenvolvimento econômico, vitimou classe trabalhadora e aqueles que se encontravam à margem da sociedade, uma vez que, os donos de fábricas, sob o pretexto de garantir lucros cada vez maiores, submetiam seus trabalhadores a jornada de trabalhos exaustiva, sob condições de trabalho desgastantes e deletérias, em troca de baixos salários, gerando inconformismo e fazendo insurgir a necessidade de intervenção estatal[31]. Em síntese, a postura abstencionista já não fazia mais sentido, sendo palco para o desenvolvimento do Estado Social.

> As mudanças, tanto na esfera econômica quanto na política, modificaram a natureza deste Estado: sem deixar de ser capitalista, ele se viu obrigado, pela pressão das lutas dos trabalhadores, a incorporar novos direitos de cidadania política e social, no último terço do século XIX e início do século XX, ocasionando o desaparecimento progressivo daquele Estado restrito (COUTINHO, 1997). Esse novo Estado capitalista não pôde ser mais o representante exclusivo das classes dominantes. Foi obrigado a se abrir para os interesses de outros segmentos, que passaram a impor limites à implementação dos interesses burgueses, através do reconhecimento de direitos.[32]

Nesse contexto, o novo Estado surge caracterizado por uma postura estatal prestacional, especialmente com o objetivo de dirimir desigualdades e promover a justiça social.

---

[30] OLIVEIRA, Rosane Machado de. Revolução Industrial na Inglaterra: Um Novo Cenário na Idade Moderna. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Edição 07. Ano 02, Vol. 01, Outubro de 2017. pp. 89-116.
[31] RIBEIRO, Danielle Sachetto. *O direito à saúde em tempos neoliberais: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Serviço Social, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2014.
[32] Ibidem.

Nas palavras de Cardoso[33], esse novo Estado Social seria aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem o direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, habitação, educação e saúde. Em contraste ao Estado Liberal, que propunha indivíduos livres e iguais, o novo modelo incorpora a ideia de uma relação solidária com entre os membros de uma comunidade, na qual cabe ao Estado - sempre que verificada a existência de desigualdades – a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. Em síntese:

> No início do século XX, com a transformação do Estado Liberal para o Estado Social, o mesmo é obrigado a interferir na vida dos cidadãos positivamente, implementando direitos. Isso ocorre através das lutas de classes e é neste contexto que surge os direitos fundamentais de segunda dimensão: educação, saúde, direito ao trabalho, ao lazer e demais conhecidos como os direitos sociais. Os direitos sociais aparecem ligados à ideia de igualdade, relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, necessitando de uma atuação positiva do Estado, capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, de modo a erradicar ou diminuir as desigualdades sociais, favorecendo a justiça social.[34]

Nota-se, no âmbito do Estado Social do século XIX, o surgimento da concepção moderna de direitos sociais, impulsionado não só pela Revolução Industrial, mas também por todas as mudanças econômicos-sociais que se desenrolaram no decorrer dos séculos XVIII e XIX. Tal concepção se distanciou do Estado Liberal abstencionista à medida que implementou uma política conhecida pelo “fazer estatal”. No entanto, impende destacar que, de acordo com Paulo Bonavides[35], o Estado Social não atendeu efetivamente aos anseios democráticos.

Diante desse contexto, como forma de conter os regimes totalitários[36] que insurgiam no século XX, surge, então, o Estado Democrático de Direito. Essa nova forma estatal buscou ponderar equívocos do Estado Social, conciliando com a efetivação da participação democrática do povo no processo político. Nessa perspectiva, o Estado democrático de Direito foi responsável pelo aperfeiçoamento dos direitos fundamentais de terceira geração, que foram definidos pelo Ministro da Suprema Corte Brasileira, Alexandre de Moraes[37], como direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. Na definição de Ribeiro:

---

[33] CARDOSO, Daniel. *Judicialização da Saúde: solução ou parte do problema*. Londrina: Thoth, 2020.
[34] RIBEIRO, Danielle Sachetto. *op. cit.*
[35] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao estado Social. 6 ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. *apud*FERREIRA, Vanessa Rocha. *Direito Fundamental À Saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
[36] Ao longo do século XX, uma série de regimes totalitários surgiu, sobretudo no continente europeu. Os regimes totalitários destacados foram: nazismo, fascismo e stalinismo.
[37]MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33.º ed. São Paulo: Atlas, 2017.

> Quanto aos direitos de terceira dimensão são aqueles destinados à coletividade, fazendo referência à paz, à solidariedade e à fraternidade. Ultrapassam a visão da proteção individual e se projetam para além do indivíduo, sob a perspectiva dos direitos coletivos e difusos. Coletivos, quando se referem a uma determinada classe de pessoas, com os mesmos benefícios e direitos, e os difusos são mais abrangentes, indetermináveis com relação à sua titularidade, não sendo possível mensurar o que cabe a cada indivíduo separadamente, pois englobam toda a humanidade.[38]

De forma análoga, Canotilho dispõe que o Estado de Direito também é um Estado de Direitos em que sua configuração perpassa pelo estabelecimento de um estado democrático e, também, social, como se depreende:

> O Estado de direito só pode ser Estado de direito se for também um Estado democrático e um Estado social. Nesta perspectiva, o Estado de direito transformou- se em Estado de direitos pessoais, políticos e sociais. Dizer que o Estado de direito é um Estado de direitos significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de dimensão essencial da comunidade política. Não admira, por isso, a sua constitucionalização. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis.[39]

3.1 Direitos sociais e suas especificidades

Como já delimitado antes, a gênese da concepção moderna de direitos sociais está intimamente relacionada ao Estado Social. A Revolução Industrial mudou a sistemática econômico-social, implementou a industrialização e trouxe desenvolvimento econômico à mesma proporção que ampliou lacunas entre as classes sociais, acentuando deliberadamente a desigualdade social. Nesse contexto, entendeu-se plausível o surgimento de um Estado prestacional e intervencionista, em antagonismo ao Estado Liberal.

Diante de tal conjuntura, os direitos sociais buscavam dirimir as disparidades sociais com a finalidade de garantir justiça social. Nesse sentido, Alexandre de Moraes, define os direitos sociais como direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1.º, IV, da Constituição Federal do Brasil.

Ademais, José Afonso da Silva conceitua-os como:

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

[38] RIBEIRO, Danielle Sachetto. *op. cit.*
[39] CANOTILHO, J. J. Gomes. *op cit.*

> se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.[40]

Ferreira, dispõe que os direitos sociais se realizam através da presente atuação estatal, intervindo na ordem econômica e social, como forma de assegurar a justiça distributiva e dirimir as desigualdades sociais por meio de uma distribuição de renda mais eficaz, tal autora conceitua-os como:

> Trata-se de direitos de caráter prestacional, que protegem o homem em situações contextualizadas. Possui dimensão objetiva frente as titularidade subjetivas, articulando a possibilidade de falar de igualdade real ou material, visando também, garantir aos indivíduos, condições materiais imprescindíveis para o pleno gozo de seus direitos, com o objetivo de melhorar condição de vida para todos. São normas de ordem pública, imperativas e invioláveis, que requerem prestações positivas do Estado, que concomitantemente, definem uma ação estatal para satisfazer necessidades básicas em prol dos hipossuficientes e impõem a sua atuação.[41]

Em suma, os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais de 2.ª geração, que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, uma obrigação de ofertar prestações positivas em favor dos indivíduos, com finalidade precípua de assegurar a igualdade material e amenizar as desigualdades sociais. Cabe destacar que, embora a revolução do Estado Social tenha se iniciado no século XIX, apenas no século XX, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tais direitos foram positivados no cenário internacional, consagrando o modelo de Estado Democrático de Direito.

Em época anterior a 1948, alguns países já introduziam, de forma incipiente, a positivação de direitos sociais. Em 1919, na Alemanha, a Constituição de Weimar constitucionalizou os direitos sociais, com a consagração em seu texto e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão. A constitucionalização do Estado Social consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito[42].

Esse constitucionalismo social também foi emblematicamente representado pela Constituição mexicana, de 1917, sobretudo com a inserção de normas de proteção ao trabalhador. Ademais, nos Estados Unidos, o New Deal representou um conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais, implementado

[40] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
[41] FERREIRA, Vanessa Rocha. *op. cit.*
[42] MORAES, Alexandre de. *op. cit.*

pelo Presidente Roosevelt ao longo da década de 30. No Brasil, a Constituição de 1934 previu um capítulo específico à ordem econômica e social[43].

Diante do exposto, é importante salientar ainda, a estrutura dos direitos sociais no que diz respeito a sua exigibilidade .Já que existem doutrinadores que acreditam na sua inexigibilidade, como é o caso da tese de Fernando Atria, exposta por Pulido, que em síntese assim dispõe: Em uma perspectiva histórica, direitos subjetivos surgiram com a forma de direitos civis e políticos de índole liberal; Mas, o autor, Atria, rebate esta visão liberal dos direitos subjetivos, que sob o ponto de vista socialista, adquirindo a nomenclatura de direitos sociais, e para que as reivindicações socialistas pudessem vingar, foi preciso dar a veste de direitos sociais, caso contrário seriam considerados como interesse de menor importância. Nesse sentido, existem pontos de vista distintos dos direitos sociais para as concepções liberal e socialista. Para os liberais, os direitos sociais são um mínimo de bem-estar que defenda o indivíduo da pobreza. No caso dos socialistas os direitos sociais objetivam à redução das desigualdades. Assim, o referido doutrinador suscita a sua noção política de direitos, que diverge da noção jurídica. Uma vez que, os direitos sociais não se entendiam em sentido jurídico, como os direitos subjetivos, mas em sentido político e aduz que esta noção política dos direitos tem por consequência o deslocamento de deliberação política sobre a maneira de garanti-los para as Cortes, o que restaria ocorrendo a sujeição da política ao direito. Logo, Atria, assevera que, a "expressão direitos sociais" é uma contradição entre a substância contingente e a forma necessária de operação destes direitos. Concluindo, que os direitos sociais entendidos como subjetivos leva a perda da legitimidade do sistema de direitos fundamentais[44].

Para contrapor a tese de Atria, doutrinador Pulido[45] então descreve três aspectos importantes dos direitos sociais, quais sejam: O seu fundamento, o seu conceito e a sua estrutura.

No que se refere ao seu fundamento, Pulido assente quanto ao fundamento filosófico, ideológico e político dos referidos direitos sociais. No entanto, discorda de Atria, quanto ser a concepção socialista a única possível para fundamentar os direitos sociais. Discorrendo: "A reconstrução de Atria sob o surgimento dos direitos sociais como estratégia do socialismo para fazer valer as suas reivindicações no contexto liberal da sociedade liberal não é a única maneira de entender a razão de ser destes direitos".[46]

---

[43]BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e para a atuação judicial*. [cosnult. 10 dez. 2020] Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>.

[44] CALIXTO, Lucas Fernandes. *Ação Civil Pública Colaborativa e Direito à Saúde: Uma proposta de instrumento alternativo à judicialização individual da saúde*. Curitiba: Juruá Editora, 2020. p. 21.

[45] PULIDO, Carlos Bernal. *apud* SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *op. cit.* p. 142.

[46] Ibidem, p. 144.

O referido autor em questão[47], com o escopo de trabalhar a exigibilidade ou não exigibilidade, apresenta concepções o conceito dos direitos sociais, a saber: Direitos sociais como disposição programática; direitos sociais como fonte de normas finalísticas do estado; direitos sociais como comandos objetivos; direitos sociais como direitos definitivos e direitos sociais como direitos *prima face*.

Compendiando, direitos sociais em uma concepção de disposições programáticas, não há possibilidade de exigibilidade dos direitos sociais. "A própria concepção das normas de direitos prestacionais como normas programáticas lhes nega qualquer tipo de caráter vinculante frente ao legislador"[48]. Logo, é inexigível, via jurisdicional, os direitos sociais.

Já no que se refere a concepção dos direitos sociais como fonte de normas finalísticas do Estado, Pulido revela que as constituições tipificam o fim a ser buscado, deixando o meio a margem do legislador, asseverando que nesse caso, existe um deslocamento do problema para um outro nível de discussão, conforme exposto. Qualquer participante na prática constitucional haverá de ser consciente das dificuldades para precisar qual é o conteúdo essencial dos fins:

> Não obstante, esta perspectiva apresentada também vários inconvenientes. O maior de todos resulta da aplicação do conceito de "núcleo essencial do fim ". Noutro lugar sustentei que a noção de núcleo essencial é somente um artifício argumentativo que unicamente mascara o decisionismo. Aqui basta apenas apontar que a explicação de Sormermam resulta insuficiente para estabelecer de que maneira pode o Tribunal Constitucional identificar a substancia que constitui o núcleo essencial do fim contido no enunciado de direito social. Pense -se, verbigracia, nas prestações relativas ao direito à saúde. Qualquer participante na prática constitucional haverá de ser consciente das dificuldades para precisar qual é o conteúdo essencial dos fins: "proteção à saúde", "organizar e tutelar a saúde pública", fomentar a educação sanitária, a educação física e o esporte", estabelecidos, por exemplo, pelo artigo 43 da Constituição espanhola. É bastante complicado concretizareste conteúdo essencial e, mais ainda determinar com precisão quais são as medidas legislativas indispensáveis ou as mais adequadas para realizar esse conteúdo essencial. Se o objetivo consiste, verbigracia, que todos os enfermos possam dispor de um serviço de saúde, parece difícil poder extrair do enunciado constitucional informação suficiente para precisar que nível deve ter esse serviço de saúde e como deve ser prestado.[49]

Nesse contexto, para a efetivação dos direitos sociais, especialmente dos direitos à saúde, presente no texto constitucional da República Federativa do Brasil de 1988, passa por uma discussão no Poder Judiciário, onde vai existir uma tensão sobre o mínimo existencial e a reserva do possível[50].

[47] Ibidem, p. 151.
[48] Ibidem, p. 152.
[49] Ibidem, pp. 155-159.
[50] CALIXTO, Lucas Fernandes. *op. cit.* p. 30.

3.2 Concretização da implementação dos direitos sociais: Clausula da reserva do possível e a relação com o mínimo existencial na concretização dos direitos sociais

Embora, atualmente, possa se verificar uma evolução na positivação de direitos sociais, vive-se, em diversos países, um período de relativa ineficácia prestacional, em que, certamente, um dos grandes empecilhos é falta de verbas estatal e respectiva redistribuição. Segundo Santos, é comum no Brasil serem positivados direitos sem dotar a Administração Pública das necessárias condições para a sua realização – os meios, os processos, a gestão, o pessoal, os recursos financeiros. Contudo, é fundamental observar que a positivação de direito por si só não garante a sua concretude.

Nesse percalço, a falta de verbas estatal representa barreira a implementação irrestrita dos direitos sociais. Nessa perspectiva, o agir estatal, eminentemente prestacional, estigmatiza a problemática da alocação de recursos, principalmente por exigir elevadas cotas de destinação financeira.

Isa Filipa Antônio de Sousa, nesse sentido, pontua que uma das fragilidades mais marcantes dos direitos sociais é a sua dependência intrínseca ao fator econômico ou da capacidade econômico-financeira de que o Estado dispõe num determinado momento político-constitucional. Todo esse processo de falta de verbas conduz a ineficácia da prestação e, dessa maneira, a inevitável Judicialização. Tal situação de falta de reserva estatal é demonstrada, na ciência do direito, pela cláusula da reserva do possível. A autora pontua que o fator econômico é a base em que assenta o princípio da reserva do possível, sendo o espartilho do desenvolvimento da função de prestação social do Estado, sendo, pois, um limite imanente de cariz economicista, chamado por vezes de “reserva do economicamente disponível”.

A cláusula da reserva do possível tem origem na Alemanha, no célebre julgamento apresentado perante a Corte Alemã, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (número restrito), em que estudantes pleiteavam a possibilidade de adentrar em determinadas universidades no país, com base no dispositivo positivado em Lei nacional que determinava que “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão o lugar do trabalho e sua formação”. A corte, na ocasião, decidiu, contudo, que o Estado não é obrigado a efetivamente prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável, ou seja, o Estado, na hora de conceder um benefício, deve comprovar estar dentro dos limites de razoabilidade, embora disponha de recursos. Nessa perspectiva, a utilização do primado “reserva do possível” é balizada não só por

limites financeiros, mas também no que concerne a própria pretensão requerida, devendo esta encontrar guarida no princípio da razoabilidade.

Embora o fato econômico seja a base em que se assenta o princípio da "Reserva do possível". A colocação da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais parte da teoria das restrições aos direitos fundamentais. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais, no âmbito de sua efetividade, estariam sujeitos a limitações, que poderiam, basicamente, ou partir da própria estrutura interna da norma – ao que se nomearia "teoria interna" – ou advirem do mundo exterior – ao que se chamaria "teoria externa". Robert Alexy, ao tratar da teoria interna, é bastante objetivo em sua conceituação. Aduz o autor que "Segundo ela [a teoria interna], não existem duas coisas, o direito e suas restrições, mas apenas uma: o direito com seu conteúdo determinado"[51].

Ingo Sarlet dispõe que a "Reserva do Possível" desdobra-se numa dimensão tríplice, abrangendo: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionando-se com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; e c) na perspectiva do titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação e de sua razoabilidade[52]. Contudo, é fundamental delimitar que a teoria da reserva do possível não se refere única e diretamente à existência de recursos materiais que são necessários à concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão, sempre com vistas à garantia do direito no caso concreto e nos impactos que a decisão causará no âmbito coletivo. O conceito da reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos para tanto.

Diante da limitação dos recursos orçamentários e da consequente impossibilidade de garantia 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.

Isa Filipa Antônio de Sousa conceitua o primado da "Reserva do Possível" da seguinte forma:

> Uma válvula de escape ou num alçapão em que os poderes públicos prestadores se refugiam para se eximirem da obrigação mais que jurídica, constitucional e que se prende

[51] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
[52] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

> com o próprio reconhecimento da necessidade em satisfazer determinado direito, em termos de plenitude e de efetividade.[53]

Para a autora a "reserva do possível" rebaixa os direitos sociais para um degrau de submissão a critérios matemáticos que se prendem com "custos" e mais ainda, a meros aspetos economicistas que não devem ser aceitos, quando a matéria em causa é tão sensível como a dos direitos fundamentais de natureza social.

Diante da problemática da garantia dos direitos sociais, que pressupõe a utilização de recursos financeiros do governo, a reserva do possível atua como baliza visando resguardar o Estado do esgotamento de sua renda. Por outro lado, surgem teorias que desejavam ao menos assegurar a realização, ainda que superficial, dos direitos previstos. Tal doutrina é conhecida pela "teoria do mínimo existencial".

A suprema corte brasileira já definiu o mínimo existencial como uma limitação à cláusula da reserva do possível. O mínimo existencial funciona como o mínimo necessário para que o indivíduo possa ter uma existência digna, assegurando-o os direitos pertinentes que lhe preservem a dignidade.

> Diante da limitação dos recursos orçamentários e da consequente impossibilidade de garantia 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.[54]

Para o STF, a concretização dos direitos sociais perpassa pela compatibilização entre a "reserva do possível" e o "mínimo existencial".

> A discussão do mínimo existencial tem a função de preservar a essência dos direitos fundamentais do homem, que podem ser restringidos, mas nunca eliminados. Portanto, este mínimo existencial consiste no limite dos limites das restrições aos direitos fundamentais, visto que, sem essa proteção, a possibilidade de existência do ser humano seria inviável ou inexistente.[55]

A discussão do mínimo existencial tem a função de resguardar a essência dos direitos fundamentais do homem, que podem ser restringidos, mas nunca eliminados.

De fato, é notável que os recursos do Estado são escassos, o que significa que nem sempre se poderá atender a todos os anseios sociais. O Estado, na busca da promoção da dignidade da pessoa humana, deve proteger os direitos individuais e garantir condições materiais mínimas de existência aos indivíduos, de forma que as verbas públicas sejam, prioritariamente, destinadas a garantir o mínimo existencial. Em seguida, uma vez garantido o mínimo, o Estado poderá aplicar verbas em outros segmentos. É certo que tal fato não pode ser usado como subterfúgio ao cumprimento de uma obrigação legítima e constitucional. Nesse sentido:

---

[53] SOUSA, Isa Filipa Antônio de. Direito à saúde: dilemas atuais. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 43.
[54] RIBEIRO, Danielle Sachetto. *op. cit.*
[55] Ibidem.

> A plena realização dos direitos sociais torna-se, numa época, de escassez de recursos de variada ordem, claudicante por valer a máxima "quem faz o que pode, a mais não é obrigado" e, nestes termos, os direitos sociais são como reféns da disponibilidade econômica do Estado. Como resultado, a exigibilidade judicial dos direitos sociais que é imposta legal e constitucionalmente ao Estado cai por terra, visto que se assume uma espécie de reserva do possível.[56]

No entanto, há de haver precaução na hora de o Estado reduzir as suas prestações a um núcleo mínimo[57], visto que, pode-se colocar em risco a própria "alteridade", ou seja, "preocupação com o outro", a qual é traço marcante de um Estado cuja matriz transfigura-se na justiça social.

Da mesma forma, o discurso da escassez de recursos por parte do Estado não pode ser alegado de forma geral e abstrata, devendo o Estado maximizar os recursos para diminuir os impactos da reserva do possível, não podendo utilizar deste argumento para se eximir de tal prestação[58].

Importante salientar o pensamento da doutrinadora portuguesa, Catarina Santos Botelho, quando assevera que a solução de compromisso entre os direitos sociais adquiridos e a liberdade do legislador democrático estará na justa ponderação dos seguintes princípios e interesses constitucionais: proteção da confiança, proporcionalidade, igualdade, reserva do possível, mínimo para uma existência condigna, e justiça intergeracional[59].

Assim, apesar da teoria da reserva do possível ser uma limitação racional à garantia dos direitos, sob o ponto de vista de que os recursos são finitos e as necessidades sociais infinitas, o que se têm observado é a banalização do discurso por parte do Estado em juízo e mesmo fora dele, sem fazer prova de quaisquer das suas alegações[60]. Isto se refere ao fato de o Poder Público simplesmente alegar, que não há recursos suficientes para a garantia do direito à saúde, sem apresentar de maneira concreta, essa carência[61].

Em suma, não se pode impor "desmedida oneração estatal" sem levar em consideração a reserva do possível, a devido a real e corriqueira falta de verbas parte do o Estado, ocorre que nem o Estado pode deixar desassistido o paciente sem condição de financiar com as despesas que lhe proporcionará a preservação ou o reparo da saúde como mínimo essencial de respeito ao direito à vida.

---

[56] SOUSA, Isa Filipa Antonio de. *op. cit.*
[57] Ibidem.
[58] RIBEIRO, Danielle Sachetto.*op. cit.*
[59] BOTELHO, Catarina Santos. "*Os direitos sociais são socialistas" e outros 6 equívocos do Estado Social*. [consult. 26 já. 2021] Disponível na Internet: <https:// https://cecgp.com.br/postagem-1895/>.
[60] SOUSA, Isa Filipa Antonio de. *op. cit.*
[61] RIBEIRO, Danielle Sachetto.*op. cit.* p. 64.

Assim, a reserva do possível se apresenta como uma resolução prática no caso em comento, ratificando a ideia de que a exigência de efetivação dos direitos fundamentais só deverá ser exigida do Estado, se o mesmo apresentar uma possibilidade financeira viável, ou seja, tenha à verba orçamentária disponível.

Se observamos por uma ótica política, a efetivação dos direitos sociais estaria dependente de opções de política econômica do aparato estatal, uma vez que a reserva do possível necessita de uma chancela orçamentária. Mas, indissociável a referida interpretação estaria presente o núcleo mínimo de direitos que seria essencial à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, não estariam condicionados à verba orçamentária, devendo ser garantido em qualquer circunstância. É neste momento, que tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os poderes do Estado, surgindo o judiciário como uma alternativa[62].

Nesse cenário, surge o Poder Judiciário como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da garantia de sua aplicabilidade.

A autora Isa Filipa António de Sousa oferece como solução a esse impasse a definição de prioridades governamentais, do estabelecimento de metas e tomada de opções ao nível da distribuição de recursos econômicos, desde logo, no próprio Orçamento de Estado. Segundo a autora, não há como deixar o cumprimento de direitos sociais ao "acaso político". A autora cita "O *welfare state* encontra-se débil em termos sociais e fragilizado economicamente num contexto de crise global, mas nunca foi tão necessário".

Assim, enquanto o primado da "teoria da reserva do possível" discute sobre a limitação da capacidade prestacional do Estado, o mínimo assistencial assegura um conjunto de prestações mínimas necessárias a uma existência efetivamente digna. Essas duas teorias representam baliza na hora do Estado implementar os direitos sociais, sobretudo, no que tange ao direito a saúde, o qual será excessivamente detalhado nas próximas páginas.

3.3 O Direito social à saúde e o Estado

Segundo a Organização Mundial da Saúde, a expressão saúde, não diz respeito ao indivíduo como um todo, uma vez que não apenas olha como o indivíduo sem doença.

[62] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 93.

O direito social à saúde caracteriza-se pela natureza prestacional, exigindo do Estado, um status positivo, para que o direito se efetive. Alguns doutrinadores, como J.J. Canotilho e Isa Filipa Antônio de Sousa pontuam que o direito à saúde transcende as características de um direito fundamental de segunda dimensão, unicamente prestacional, apresentando, pois, uma dupla vertente. Pedro Lenza, no mesmo sentido, dispõe que a dupla vertente dos direitos sociais é traduzida pela dupla natureza: a) natureza negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta um Estado prestacionista para implementar o direito social. Nessa perspectiva, os doutrinadores assinalam que o direito à saúde não é um direito social essencialmente prestacional, mas também um direito de defesa em face do Estado. Neste, o direito a saúde traduz-se no direito de o cidadão de exigir do Estado a abstenção de comportamentos que possam lesar a saúde, e naquele, visualiza-se o nítido intento de exigir prestações positivas através da estruturação e concessão de um serviço de saúde público[63].

Sobre a vertente de um direito a prestações positivas, convém destacar a necessidade de uma postura ativa do Estado, quer de natureza jurídica, quer de natureza material. Infere-se, desta premissa, o pensamento introduzido pela Teoria Clássica acerca da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, cujo entendimento defende que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são normas programáticas, ou seja, normas que dependem da intervenção posterior do legislador para que possua eficácia na ordem constitucional.

Cabe destacar, contudo, que os doutrinadores modernos rechaçam a Teoria Clássica, sobretudo por acreditarem que o direito a saúde é direito subjetivo público, do qual o Estado não pode se furtar. Exatamente nesse sentido dispõe Canotilho[64] ao defender que os direitos à educação, à saúde e à assistência social são subjetivos e não deixam de sê-lo, pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição.

Isa Filipa Antônia de Sousa, na mesma perspectiva, tece algumas considerações sobre a conceituação do direito à saúde como direito público subjetivo, de forma que, segundo a autora, o direito à saúde conceitua-se como um direito público subjetivo, à medida que "todos tem o direito à proteção integral à saúde", assim, impõem-se idêntica

[63] "O direito à proteção da saúde é um direito que se encontra fundado na Constituição, e que mediante uma imposição constitucional concreta traduz-se num direito originário a prestações, vinculativo para o Estado legislador à criação das condições materiais institucionais necessárias à realização do direito à saúde. Por outro lado, o direito fundamental tal à proteção da saúde pode ser considerado, simultaneamente, como um direito de defesa face ao Estado e como um direito social, que aquele tem obrigatoriamente de assegurar. No primeiro caso, o direito à saúde traduz-se no direito concedido ao cidadão de exigir do Estado a abstenção de comportamento que possam lesar a saúde; na segunda situação, aparece como o direito do cidadão de exigir prestações positivas através do quais é possibilitado o acesso e o efetivo benefício à prestação do serviço público 'saúde'." (SOUSA, Isa Filipa Antonio de. *op. cit.*).

[64] CANOTILHO, J.J.Gomes. *op. cit.*

dignidade constitucional e densidade subjetiva. Por outro lado, assumindo a veste objetivo-programática, o direito impõe ao legislador a necessidade de atuação positiva conducente à criação de condições materiais e institucionais ao seu exercício, fato este, que não obsta a caracterização do direito à saúde como norma de aplicação imediata, sobretudo levando em conta seu caráter descrito, de direito público subjetivo[65].

No mesmo sentido, no Julgamento do Recurso Extraordinário 175/1212-1213, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Celso de Mello, consignou o caráter subjetivo do direito à saúde:

> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (artigo 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.[66]

Após a leitura detida dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal Brasileira de 1988, o que se pode depreender é que não há dúvida no que diz respeito ao caráter público do direito à saúde, cuja a garantia é ser dever do Estado, onde o mesmo, deve implementar políticas sociais e econômicas que tenham como objetivo à redução do risco de doença e de outros agravos e principalmente o cesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. É o que determina o artigo 196 da Constituição atual do Brasil.

Nesse diapasão, frente ao dever estatal de promoção e proteção da saúde, consolidou-se a tese do direito à saúde como direito fundamental social, presente nos ditames da garantia do §1.º, do artigo 5.º, da CF, onde as normas de direitos fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata.

Jorge Reis Novais, em plena sintonia com tal entendimento, assevera que o direito à saúde é um direito bipolar de estrutura complexa, com momentos constitucionais de conteúdo determinado e com esferas de conteúdo que carecem ainda de concretização. Mas, o direito fundamental à vida apenas se pode conceber como direito a uma vida digna, pelo que, a proteção da saúde se interconexiona endogenamente com o direito à vida e com a dignidade[67]. Para Jorge Miranda, a autodeterminação do ser humano está inexoravelmente conexionada com a sua plena dignidade[68].

---

[65] SOUSA, Isa Filipa Antonio de. *op. cit.*

[66] RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

[67] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 155.

[68] MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil. In *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. pp. 503-520.

Nesse sentir, o direito à saúde se reafirmou não somente como um direito negativo, ou seja, como o direito que veda interferências indevidas do Estado ou de particulares sobre a esfera jurídica do titular, ou como um direito a prestações em sentido amplo, mas também como direito público subjetivo a prestações materiais.

Assim, para evitar que o direito à saúde fosse mera recomendação política proclamada na Constituição, ele foi arquitetado como fundamento de "posições jurídico-subjetivas concernentes à exigibilidade das mais variadas prestações, inclusive pela via judicial"[69].

Na prática, essa tese passou a fundamentar numerosas decisões judiciais obrigando o Poder Público a disponibilizar tratamentos médicos aos requerentes, conquanto os réus alegassem a inviabilidade econômica dos pedidos e vedações de natureza fiscal e orçamentária.

Atualmente, os tribunais brasileiros decidem na sua grande maioria, em favor dos demandantes, como demonstra pesquisa realizada por Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari, quando do estudo de 31 processos judiciais de fornecimento de medicamentos contra o Estado de São Paulo, por meio da qual foi possível observar que os juízes subsidiaram a condenação do Estado em 96,4% dos casos analisados.

Nesse contexto, fica evidenciado que as decisões repousam na tese de que a saúde é direito subjetivo que deve ser tutelado independentemente de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos. Assim, se o autor da demanda demonstrar ser portador de doença ou enfermidade e que tenha a necessidade de um determinado tratamento, é obrigação do Estado providenciar a sua implementação.

No entanto, existem autores que discordam desse posicionamento, Ricardo Seibel de F. Lima assevera que, diante da nova realidade trazida pelo Estado Social, é necessário a reformulação do conceito de direito subjetivo, sugerindo que se passe a entendê-lo como "direito-função, como poder condicionado a sua respectiva função ou poder desdobrado em dever[70].

No entendimento do autor,

> (...) não se pode mais conceber qualquer direito subjetivo como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos. Essa concepção de direito subjetivo que advém da modernidade funciona quando se trata de duas partes, uma ideia construída sob o modelo implícito da relação entre dois indivíduos, uma relação bipolar entre aquele que tem o direito e outro que tem o dever. Quando levamos em consideração as relações complexas entre membros de uma coletividade podendo usufruir de um benefício difuso comum no qual todos participam em indistintas e incertas parcelas, como

[69] FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde*. 3. ed. Salvador: Juspodivum, 2014. p. 43.
[7070] LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 237-253.

> entendemos ser o caso dos direitos sociais, essa ideia de direito subjetivo não funciona e deve ser superada.[71]

Deste modo, diante dessa nova visão, não se deve considerar a saúde um direito irrestrito do cidadão em face do Estado, porquanto deve ser exercido de forma razoável. Ou seja, o direito subjetivo à saúde depende das diretrizes que regem a elaboração de políticas públicas no SUS, como a universalidade, igualdade, eficiência e economicidade.

Logo, na prática o que ocorre é a impossibilidade de um pedido desse tipo ser atendido apenas embasado na genérica afirmativa de que a saúde é direito subjetivo de todos e dever do Estado, como não raro se observa no Brasil, em sede de mandado de segurança.

Nesse sentido, o referido autor revela que a judicialização da saúde deve ser feita de forma cautelosa, com investigação profunda, principalmente em relação as provas e avaliando pedido realizado, para que não haja o desperdício de dinheiro público, fato que se agrava ainda mais em épocas de crise.

Diante das exposições delineadas sobre o direito à saúde como direito público subjetivo, fica evidenciado que o tal direito é um direito social humano, fundamental, indisponível exige que o Estado deve ter postura prestacional, devendo intervir na sociedade através de políticas públicas e da prestação de serviços públicos, como o objetivo de assegurar a todos, indistintamente, um adequado estado de bem estar saudável, ai incluindo as dimensões físicas, psíquicas e sociais da saúde e ai contemplando a saúde como bem individual, coletivo e em construção. Uma vez que, a preservação da saúde se traduz no festejo ao princípio da dignidade humana.

Vale ressaltar, que é fato o direito subjetivo à saúde ser um direito irrenunciável e de aplicabilidade imediata, na leitura contemporânea dos direitos sociais. Mas não se pode olvidar, que o serviço público da saúde no Brasil está em crise, a reclamar maior intervenção do Estado para diminuição das desigualdades sociais e para a efetivação de referido direito humano fundamental.

Destrate, o Estado tem o dever de assegurar efetivamente o direito à saúde a todos os cidadãos, como corolário da própria garantia do direito à vida. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assegurando, portanto, a sua proteção nas órbitas genérica e individual, como será delineado nos itens seguintes.

[71] Ibidem.

4 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO RELACIONADO À SAÚDE

O direito à saúde, paulatinamente, foi se concretizando como direito fundamental e social, agregando-se ao cenário político e passando a nortear as constituições dos Estados. A Declaração universal de direitos humanos de 1948 foi um dos primeiros instrumentos jurídicos a positivar o direito à saúde no cenário internacional[72]. O dispositivo passou a prever o direito que todo indivíduo tem a possuir um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar.

No entanto, permeou, durante séculos uma própria indefinição no conceito de saúde. Embora seja um conceito antigo, a sua definição sofreu e ainda hoje perpassa por mudanças, haja vista que está intimamente relacionada à cultura e ao respectivo desenvolvimento socioeconômico[73].

Durante boa parte da Antiguidade, o conceito do direito a saúde permaneceu atrelado a concepções religiosas e arcaicas, acreditando-se que a saúde era dádiva e a doença, castigo dos deuses. As doenças estavam atreladas a elementos naturais ou castigos dos deuses. Em resumo, a doença era interpretada como resultante de transgressões. Para os Hebreus antigos, a doença estava intrinsecamente relacionada a punição do "Senhor", de forma que os indivíduos eram ensinados a cumprir os mandamentos para que ficassem sãos, como se infere de alguns versículos bíblicos.

No século VI a.C., tal pensamento arcaico foi substituído pela tentativa dos primeiros filósofos em encontrar explicações não sobrenaturais para saúde e a doença. Nesse contexto, Hipócrates (século VI a.C.), utilizando-se de uma concepção fisiológica e do sistema hipocrático, tentou explicar as origens das doenças a partir de um desequilíbrio entre as forças da natureza que estão dentro e fora da pessoa. Vanessa Rocha Ferreira acrescenta que "os estudos hipocráticos apontavam que a doença tinha uma origem natural; e por isso, vê-la como algo divino seria uma grande ignorância".

Na idade média, contudo, observou-se um retorno ao pensamento arcaico e de cunho religioso, sendo comum pessoas que nasciam com algum tipo de deficiência carregassem o estigma de "castigo divino"[74]. Houve longo período de negativismo

[72] Artigo XXV - 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle".
[73] FERREIRA, Vanessa Rocha. *op. cit.*
[74] FERREIRA, Vanessa Rocha. *op. cit.*

cientifico, em que a Bíblia passou a ser a única fonte de informação e conhecimento, não ao acaso esse período da história ficou conhecido como “Idade das Trevas”:

> Enfermidades, sobretudo a hanseníase, eram tidas como marcas do pecado e os que recorriam a chás ou plantas para cura poderiam ser vistos como bruxos e seriam queimados pela inquisição. Ademais, toda forma de ciência era rigorosamente combatida pela Igreja, já que a Bíblia deveria ser vista como a única fonte de informação e conhecimento.[75]

No campo cientifico, a saúde ficou quase estagnada por mais de mil anos, até que o século XIV e as inúmeras mortes causadas pela peste negra exigiram alguns avanços nos estudos das questões sanitárias.

A partir do século XVIII, com influência do movimento Iluminista, passou-se a distanciar das concepções filosóficas de outrora, e aproximar-se dos métodos científicos para descrição de doenças e tratamentos. Nessa época, o foco passou a ser a explicação da doença.

> Sueli Dallari evidencia que a partir do século XVIII dois grandes fatos históricos influenciaram a visão e os estudos sobre saúde: o Iluminismo e o advento do estado liberal. O iluminismo trouxe importantes contribuições para a seara, rechaçando explicações sobrenaturais e enfatizando o uso do método cientifico para descrição de doenças e determinação de tratamentos, elevando as ciências medicas e seus profissionais a uma dignidade inimaginável na época medieval.[76]

Nos fins do século XIX, a teoria microbiana passa a ter relativa predominância, fato que fez obscurecer algumas concepções que destacavam a multicausalidades das doenças ou que apontavam para os fatores de ordens socioeconômicas.

Na atualidade, identifica-se o predomínio da multicausalidade, com ênfase nos condicionantes individuais.

Nesse sentido, atualmente, o conceito estabelecido pela Organização Mundial de Saúde - OMS, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948, determina que “saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental, social e não apenas a ausência de enfermidade”[77].

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, “a saúde deve ser entendida em sentido mais amplo, como componente da qualidade de vida, e assim, não é um bem de troca, mas um bem comum, um bem e um direito social”, no sentido de que cada um e todos possam ter assegurado o exercício e a prática desse direito à saúde, a partir da aplicação e da utilização de toda a riqueza disponível, conhecimento e tecnologia que a sociedade desenvolveu e vem desenvolvendo nesse campo,

---

[75] Ibidem.
[76] Ibidem.
[77] FEIO, Ana, OLIVEIRA, Clara Costa. *Confluências e divergências conceituais em educação em saúde.* [consult. 10 mai 2021] Disponível na Internet: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902015000200024>.

adequados às suas necessidades, envolvendo promoção e proteção da saúde, prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação de doenças[78].

O conceito da OMS recebeu diversas críticas, alguns autores buscaram alternativas de conceituações, permeando controvérsia sobre a definição. Nesse sentido:

> A amplitude do conceito da OMS (visível também no conceito canadense) acarretou críticas, algumas de natureza técnica (a saúde seria algo ideal, inatingível; a definição não pode ser usada como objetivo pelos serviços de saúde), outras de natureza política, libertária: o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde. Em decorrência da primeira objeção, surge o conceito de Christopher Boorse (1977): saúde é ausência de doença. A classificação dos seres humanos como saudáveis ou doentes seria uma questão objetiva, relacionada ao grau de eficiência das funções biológicas, sem necessidade de juízos de valor. Uma resposta a isto foi dada pela declaração final da Conferência Internacional de Assistência Primária à Saúde realizada na cidade Alma-Ata (no atual Cazaquistão), em 1978, promovida pela OMS. A abrangência do tema foi até certo ponto uma surpresa. A par de suas tarefas de caráter normativo - classificação internacional de doenças, elaboração de regulamentos internacionais de saúde, de normas para a qualidade da água - a OMS havia desenvolvido programas com a cooperação de países-membros, mas esses programas tinham tido como alvo inicial duas doenças transmissíveis de grande prevalência: malária e varíola. O combate à malária baseou-se no uso de um inseticida depois condenado, o dicloro-difenil-tricloroetano (DDT), tendo êxito expressivo mas não duradouro. A seguir foi desencadeado, já nos anos 60, o Programa de Erradicação da Varíola. A varíola foi escolhida não tanto por sua importância como causa de morbidade e mortalidade, mas pela magnitude do problema (os casos chegavam a milhões) e pela redutibilidade: a vacina tinha alta eficácia, e como a doença só se transmite de pessoa a pessoa, a existência de grande número de imunizados privaria o vírus de seu hábitat. Foi o que aconteceu: o último caso registrado de varíola ocorreu em 1977. A erradicação de uma doença foi um fato inédito na história da Humanidade. Quando se esperava que a OMS escolhesse outra doença transmissível para alvo, a Organização ampliou consideravelmente seus objetivos, como resultado de uma crescente demanda por maior desenvolvimento e progresso social. Eram anos em que os países socialistas desempenhavam papel importante na Organização - não por acaso, Alma-Ata ficava na ex-União Soviética. A Conferência enfatizou as enormes desigualdades na situação de saúde entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos; destacou a responsabilidade governamental na provisão da saúde e a importância da participação de pessoas e comunidades no planejamento e implementação dos cuidados à saúde. Trata-se de uma estratégia que se baseia nos seguintes pontos: 1) as ações de saúde devem ser práticas, exequíveis e socialmente aceitáveis; 2) devem estar ao alcance de todos, pessoas e famílias - portanto, disponíveis em locais acessíveis à comunidade; 3) a comunidade deve participar ativamente na implantação e na atuação do sistema de saúde; 4) o custo dos serviços deve ser compatível com a situação econômica da região e do país. Estruturados dessa forma, os serviços que prestam os cuidados primários de saúde representam a porta de entrada para o sistema de saúde, do qual são, verdadeiramente, a base. O sistema nacional de saúde, por sua vez, deve estar inteiramente integrado no processo de desenvolvimento social e econômico do país, processo este do qual saúde é causa e consequência.[79]

[78] VIANNA, Lucila Amaral Carneiro. *Processo saúde-doença*. Elaborado por Universidade aberta do SUS. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade01/unidade01.pdf>.

[79] SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007 . [consult. 19 já. 2021] Disponível na Internet: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103733120070001000003&lng=pt&nrm=iso>.

Vanessa Rocha Ferreira[80], por outro lado, afirma que o conceito estabelecido pela OMS é salutar, pois ultrapassa a mera ausência de doenças, perpassando por outros elementos intrínsecos à felicidade humana, como o bem-estar físico, mental, emocional e social.

4.1 O direito social à saúde no Brasil

O direito à saúde no Brasil está estampado no artigo 6.º da Constituição Federal Brasileira de 1988[81]. O artigo 6.º da Constituição Federal consagrou o direito à saúde como um direito social fundamental, na mesma medida em que o artigo 196, do mesmo instituto, transformou-o em um direito de todos e dever do Estado, fato este que significa a possibilidade de todo e qualquer indivíduo exigir o seu cumprimento, consagrando, pois, a universalidade do direito à saúde.

A Constituição Brasileira de 1988 possui núcleo ético-axiológico firmado no princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana enquanto princípio enrijeceu o sistema de direitos sociais da Constituição, objetivando sobretudo, garantir ao indivíduo uma vida digna, de forma que, a saúde como direito fundamental, está intrinsecamente relacionada a esse postulado, uma vez que não se cogita vida digna se não assegurado à pessoa o acesso aos préstimos existentes e viáveis na luta por sua saúde[82].

Isto posto é salutar destacar que para o pleno desenvolvimento de cada indivíduo, enquanto membro ativo de uma sociedade igualitária, exigida não somente a garantia do acesso universal ao direito à saúde, mas também o seu efetivo cumprimento e satisfação, através da ativa intervenção de um Estado, buscando remover obstáculos e promover a saúde para todos os seus cidadãos, haja vista que o direito à saúde é corolário do direito à vida, o bem máximo de cada ser humano enquanto membro de um Estado Democrático de Direito que tem (ou deveria ter) como escopo o efetivo exercício da cidadania[83].

A Constituição Federal elencou, dentre os princípios fundamentais da República, o de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" e ainda, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, no diploma brasileiro à

[80]FERREIRA, Vanessa Rocha. *op. cit.*
[81] Artigo 6º 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".
[82] OLIVEIRA, Márcio Dias de. *Saúde possível e judicialização excepcional: a efetivação do direito fundamental à saúde e a necessária racionalização instituição*. Dissertação (Mestrado). Curso de Direito, Instituição Toledo de Ensino Centro de Pós-Graduação. Bauru, 2008.
[83]STURZA, Janaína Machado (*et al)*. O direito à saúde enquanto elemento fundamental da dignidade humana: pressupostos de efetividade e exigibilidade. *Revista do Curso de Direito da Fsg*, Caxias do Sul, v. 7, pp. 71-83, jun. 2010.

saúde funciona não só como uma garantia relacionada a um direito básico, mas também como um dever do Estado, de forma a proporcionar uma vida digna ao seu povo.

Conforme descrito por Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é conceituada como:

> [...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[84]

Nesse sentido, a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta, na obrigação do Estado em garantir a esta um patamar mínimo de recursos, capaz de garantir-lhes direitos básicos, como a saúde[85]. A dignidade da pessoa humana garante e assiste ao indivíduo o direito à saúde como consecução de uma vida digna. Nessa perspectiva:

> Assim, quando a Constituição Federal elencou a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e da personalidade humana, garantindo assim o respeito absoluto ao indivíduo, propiciando-lhe uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, como pelo Estado. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro valorativo evoca, primordialmente, o condão de impedir a degradação do homem, em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal, uma vez que compete ao Estado o dever de propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima, ressaltando-se aqui a saúde essencialmente enquanto direito. Neste sentido, a preocupação do homem com a sua saúde sempre foi uma constante como maneira de preservar a própria sobrevivência, sobretudo a vida, sendo inúmeros os progressos realizados à medida que a ciência avança e faz novas descobertas, diversificando as possibilidades de tratamento. Essa evolução cristalina das formas de tratamento de doenças e de preservação da saúde surgiu acompanhada da multiplicação dos seus custos, o que tornou impossível, em muitos países, o acesso da população em geral a essas evoluções tecnológicas. O próprio Estado, que surge como o responsável pela preservação desse acesso ao serviço de saúde, com o passar do tempo, revelou-se incompetente ou impotente para fazer frente aos seus elevados custos. A consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta, pois, na obrigação do Estado em garantir a está um patamar mínimo de recursos, capaz de garantir-lhes direitos básicos, como a saúde. O direito à existência digna não é assegurado apenas pela não abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade, mas passa também pelo cumprimento de prestações positivas. Em nosso País, o direito à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social, a qual é destinada, entre outras coisas, a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, onde estão incluídas as ações realizadas mediante políticas sociais e econômicas que têm por objetivo a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo desta forma o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde enquanto um bem imprescindível à vida. Os

[84]SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*
[85]STURZA, Janaína Machado (*et al*). *op. cit.*

> preceitos da dignidade da pessoa humana se consolidam na medida em que são respeitados os direitos fundamentais e direitos da personalidade, o que importa afirmar que "a previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.[86]

À vista destas considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, verifica-se que a Constituição de 1988 plasmou, à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana enquanto instrumento base para a consecução do direito à saúde. Pode-se, pois, ratificar a impossibilidade de se dissociarem os vetores da dignidade humana e do direito à saúde, surgindo desta forma um sólido instrumento de efetividade e exigibilidade dos direitos fundamentais. Logo, os pressupostos do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fator legitimador do direito à saúde, afirmam-se como um importante aliado da coletividade na busca pela concretização dos tão idealizados direitos fundamentais[87].

4.2 Implementação da saúde como direito na Constituição Brasileira de 1988

No país, a concretização do direito à saúde, resultou de um processo lento e gradual. A Constituição Federal de 1988 é considerada a pioneira, dentre as constituições brasileiras, a inserir o direito à saúde no rol dos direitos sociais, como um direito amplo e irrestrito, haja vista que nos textos constitucionais anteriores, ou não era assegurado o direito à saúde, ou era garantido somente aos trabalhadores, sendo, pois, um direito assegurado apenas a uma classe social.

Em épocas anteriores, o Brasil dispunha de um sistema de garantia à saúde frágil, marcado pela ausência de previsão constitucional, portanto, sem eficácia político-social.

Os primeiros relatos de estruturação a saúde são do ano de 1500, com o estabelecimento das Santas Casas de Misericórdia, na época, única forma de assistência à saúde aos doentes. A primeira foi fundada na vila de Santos em 1543, seguida pelas do Espírito Santo, da Bahia, do Rio de Janeiro e da vila de São Paulo, ainda no século XVI. Todas elas foram financiadas por doações feitas pelas elites regionais e por verbas públicas[88].

Entre 1500 e 1824, a proteção à saúde era rudimentar. Essa época ficou marcada pela colaboração dos conhecimentos indígenas em ervas, plantas medicinais no que tange à proteção à saúde, sobretudo pela ausência de médicos. Além, de como já

[86] Ibidem.
[87] Ibidem.
[88] BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. São Paulo; Ática; 1996. p. 11.

exposto, a estruturação das Santas Casas de Misericórdia, sem existir qualquer regulamentação legal.

Em 1824, com advento da Constituição Imperial, a situação não pareceu se alterar. O direito a saúde não foi constitucionalmente garantido. Ademais, em 1981, mais uma vez, a nova constituição manteve-se inerte no que tange a garantia do direito à saúde.

Contudo, esse mesmo período foi uma época marcada por avanço de doenças infectocontagiosas, motivo pelo qual, boa parte do século XX foi voltada para o desenvolvimento e implementação de políticas públicas sanitárias. Tais políticas públicas foram implementadas de forma autoritária, como decorrência do autoritarismo da República Velha, desencadeando algumas revoltas, sendo a mais famosa, em 1904, a Revolta da Vacina. Essa revolta foi um levante popular contra a vacinação antivariólica, na ocasião, a crescente intervenção médica nos espaços urbanos foi recebida com desconfiança e medo pela população[89].

Em suma, após 1891, posteriormente houve aumento do número de casos de doenças contagiosas, houve uma expansão no que tange à preocupação a saúde, seja com implementação de uma política sanitária ou com determinações políticas higienistas. Igualmente, entre as décadas de 1920 e 1930 surgiu o primeiro diploma legal que se preocupou com a questão da saúde, a Lei Elói Chaves. A lei instituiu um seguro saúde previdenciário, atrelado aos trabalhadores ferroviários.

Apenas em 1934 houve a previsão legal do direito social à saúde - embora seguisse os moldes da Lei Elói Chave, o direito à saúde, portanto, estava intrinsecamente associada ao trabalhador e à Previdência. Entre as constituições de 1937 e 1967 não houve significativa evolução no que tange o direito à saúde.

Apenas em 1988 percebemos uma grande expansão no que tange a proteção à saúde. A doutrinadora Vanessa Rocha Ferreira dispõe que a constituição de 1988 elevou o direito a saúde ao status de direito fundamental, passando a tratá-lo como corolário do direito à vida. A autora pontua que somente na constituição de 1988 o direito a saúde foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro como um princípio e um elemento necessário para o exercício da cidadania.

O Supremo Tribunal Federal conceitua o direito a saúde como direito fundamental e consequência constitucional indissociável do direito à vida. Segundo a Corte Suprema, 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 omissão, em censurável

[89] Ibidem, p. 27.

comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no artigo 196 da Constituição da República[90].

A saúde, após a Constituição Federal, passou a ser 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 a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo 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 por meio de terceiros, também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Nesse sentido, o direito à saúde estabelecida na Constituição Brasileira visa não apenas implica ao oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva dependente de uma política social e econômica adequadas e as ações de promoção e recuperação da saúde. Logo, saúde não está mais relacionada apenas à ausência de doença, mas, em seu conceito ampliado, nos termos do conceito estabelecido pela OMS, significa concebê-la como qualidade de vida, influenciada por determinantes sociais: condições de vida, trabalho, educação, dentre outros. Essa conquista da saúde enquanto um direito, garantida na Constituição Federal de 1988 foi resultado de uma longa evolução do pensamento, da sociedade e do Estado Democrático, através das lutas sociais da classe trabalhadora[91].

4.3 Estruturação do Sistema de Saúde no Brasil

Após o advento da Constituição de 1988, saúde pública passou a ocupar posição de destaque no cenário político estatal brasileiro, mormente após a estruturação do SUS através das Leis n.º 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e n.º 8.142/90. O Sistema Único de Saúde traduz a forma de organização eleita pela Constituição Federal para o gerenciamento de toda a rede de saúde pública brasileira.

O SUS é baseado em preceitos constitucionais, representando um conjunto de unidades, de serviços, desempenhado pelas unidades federativas de Estado, visando às atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde, objetivando sanar necessidades e proporcionar bem-estar social à população. O artigo 198 da Constituição

[90] STF – Rextr. n.º 241.630-2/RS – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção 1, 3 abr. 2001, p. 49
[91] RIBEIRO, Danielle Sachetto. *op. cit*.

Federal delimita como diretriz base do SUS a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade[92].

Ademais, a Lei n.° 8.080/90, que regulamenta os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e estrutura do Sistema Único de Saúde, conceitua SUS como 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.

Assim, o SUS compõe-se de qualquer órgão componente da administração pública destinado à ação e serviço relacionado à saúde. O sistema objetiva não só a assistência às pessoas através da recuperação e proteção, mas também, a própria formulação de uma política de saúde eficaz. Em suma, o SUS tem como objetivas atividades assistenciais e ainda, de formulação de uma política de que vise à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O SUS foi criado sob o princípio da universalização, com o propósito de "saúde para todos", nos termos das leis: Lei n.º 8.080 de 19/09/1990 e Lei n.º 8.142 de 28/12/1990, Lei Orgânica da Saúde. Nessa perspectiva, o SUS destaca-se como um sistema que, ao menos no plano teórico de sua concepção, objetiva atender universalmente a população brasileira. Diferente do que ocorre em outros países do mundo, o SUS é um sistema universal, buscando o acesso universal e igualitário aos indivíduos. Nesse sentido:

> No SUS, a negativa de atendimento sob qualquer argumento é inconstitucional. Decerto que a afirmação está sujeita às indagações relativas às possibilidades do Estado e à razoabilidade das demandas, mas objetivamente o socorro às portas do Sistema Único de Saúde é sempre possível, o acesso é universal e igualitário. É através da estrutura do SUS que o Poder Público cumpre o princípio do acesso universal. O Estado presta esse serviço por meio de órgãos da administração centralizada e descentralizada, como hospitais e demais unidades de atendimento existentes na estrutura da rede pública conforme dita o Artigo 4.º da Lei n.º 8.080/90. Mediante contratos ou convênios estabelecidos entre o SUS e a iniciativa privada, também se efetiva o acesso, atuando a rede privada de forma complementar, conforme o Artigo 199, § 1.º, da Constituição; o Artigo 4.º, § 2.º, e o Artigo 24 e seguintes da Lei n.º 8.080/90. Além de universal, o acesso ao sistema público de saúde deve ser também igualitário, no sentido de que não pode haver privilégios ou discriminações pelo Poder Público. É inconstitucional, por exemplo, a reserva de leitos em hospitais públicos para o atendimento de clientes privados, criando uma desigualdade material inaceitável.[93]

---

[92] Artigo 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.
§ 1.º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

[93] OLIVEIRA, Márcio Dias de. *op. cit.*

Assim, diversos julgados da Suprema Corte Brasileira estendem o direito à saúde não apenas aos brasileiros natos e naturalizados, mas também aos estrangeiros. No Recurso Extraordinário - RE 587970/SP -, o Supremo Tribunal Federal determinou que "[...] ao adentrar em território brasileiro, o estrangeiro tem direito a atendimento médico pelo SUS caso precise de assistência de urgência. Não há necessidade de reciprocidade para garantir tal suporte". Essa tese corrobora um dos postulados básicos do Sistema Único de Saúde Brasileiro: A universalidade.

Além do atendimento universal, é pressuposto básico do SUS, um atendimento igualitário, sem que haja discriminações pelo Estado. Sobre o assunto, em 2015, o STF fixou a tese de impossibilidade de um paciente do Sistema Único de Saúde (SUS) pagar para ter acomodações superiores ou ser atendido por médico de sua preferência, a chamada "diferença de classes". Na ocasião, em sede de Recurso Extraordinário, o STF fixou a constitucionalidade da regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde — SUS, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes"[94].

Além do atendimento universal e igualitário, o SUS objetiva uma cobertura a todos os atendimentos, buscando não só uma atividade de recuperação as doenças, mas uma política voltada à prevenção da situação de doença. Sobre a integralidade do atendimento do SUS, é possível uma abrangência em execução em um amplo leque de ações que perpassam desde ações de vigilância sanitária e epidemiológica a assistência terapêutica, inclusive farmacêutica[95]. No mesmo sentido, a Constituição Federal, no artigo 200, tece algumas considerações sobre as competências do Sistema Único de Saúde. Verifica-se, assim, abrangência em relação às formulações à medida que a cobertura do SUS visa atender não só ações de natureza curativa, como ações

[94] STF. Plenário. RE 581488/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/12/2015, Repercussão Geral (Info 810).
[95] Artigo 6.º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
I - a execução de ações:
a) de vigilância sanitária;
b) de vigilância epidemiológica
c) de saúde do trabalhador; e
d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;
III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;
IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;
V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;
VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;
VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;
VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;
IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;
XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

de natureza preventiva, como a formulações de políticas de saneamento e orientação alimentar, inspeção de alimentos, e ainda, as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.

Já se delimitou, então, os postulados básicos do SUS, como a universalidade e a integralidade da cobertura e do atendimento. Contudo, a Constituição e a própria lei que estrutura o SUS descreve a necessidade de um sistema descentralizado. Sobre esse postulado há controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre as quais mostra-se fundamental tecer algumas considerações.

Sabe-se que, no Brasil, a saúde deverá ser prestada por todos os entes federativos, nos termos do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal. Contudo, o artigo 30 do mesmo dispositivo determina que compete ao município prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. Em suma, a estrutura do sistema de saúde é baseada em um órgão central, a união, e descentraliza-se em atividade prestadas pelos estados e municípios. O objetivo da descentralização da saúde é a transferência para os Estados e Municípios de ações de saúde anteriormente concentradas na esfera federal. De acordo com este princípio, o poder é distribuído entre os três níveis de governo – federal, estadual e municipal - objetivando uma prestação de serviços mais eficiente.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que apesar da estrutura hierarquizada de competências, os entes da Federação, isolada ou conjuntamente, têm obrigação solidária no dever de efetivar o direito à saúde em favor dos necessitados, no caso, os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”[96].

Contudo, apesar da responsabilidade solidária, a estrutura do SUS ainda é delimitada de acordo com competências próprias que mais se adequam às realidades cotidianas.

> Atenção primária abrange os procedimentos corriqueiros de prevenção, diagnósticos e tratamento, relacionados à clínica geral (pediatria, ginecologia, etc.). Gira em torno dos problemas mais comuns de saúde e prevenção da população, cuja execução é realizada pelas Unidades Básicas de Saúde – UBS. Em seguida, temos o nível secundário ou de média complexidade, que abrange os serviços ambulatoriais e hospitalares, com profissionais especializados e utilização de recursos tecnológicos de apoio a diagnósticos e terapêuticos (oftalmologia, urologia, cardiologia, etc.), que podem ser prestados pelo Município ou em consórcios intermunicipais de saúde (no caso de pequenos municípios). Os serviços de alta complexidade necessitam de recursos tecnológicos de ponta e a

[96] STF. Plenário. RE 855178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019 (Info 941).

> custos elevados, como na oncologia (v.g., radioterapia e quimioterapia), e outros serviços de altas especialidades. Os recursos financeiros provêm principalmente da União, que arrecada a maior parcela de verbas destinadas à saúde. A execução das atividades normalmente é realizada em municípios sede de polos regionais em desenvolvimento Quanto à regionalização e hierarquização referidas no Artigo 198, caput, da Constituição, as ações e serviços de saúde constituem um sistema único. Isso significa que os esforços das redes públicas federal, estaduais e municipais devem ser somados e os serviços racionalizados de forma que o atendimento seja feito de forma articulada e integrada, evitando desperdícios financeiros e duplicidade de serviços idênticos.[97]

Segundo Oliveira, essa divisão é fundamental para o desenvolvimento das competências com eficiência:

> No artigo 200 da Carta Magna, consta a competência do SUS. A Lei nº 8.080/90 traçou mais profundamente as atribuições comuns dos entes políticos em relação ao SUS (Arts. 15 a 18), sendo essas atividades administrativas. A norma infraconstitucional atribui à União a coordenação geral do SUS, deixando para os demais entes federativos, em especial os Municípios, as atividades de execução das atividades. Dessa forma, racionalizou os serviços evitando desperdícios de recursos públicos e duplicidade de ações.[98]

Especialmente do exame do artigo 198, CF, supra, retira-se que a consecução deste conjunto de ações e serviços públicos sanitários – que é dever de todos os entes políticos (nos termos do artigo 23, CF) será executada por um sistema único, mas de forma regionalizada, descentralizada e hierarquizada[99]. Como decorrência, não há dúvida da acertada afirmação de que todos os entes da Federação são obrigados a tornar efetivo o direito à saúde; como também é correto asseverar que a concretização de direitos melhor se efetiva quando há distribuição de papéis e previsibilidade – pela Administração e pelo Administrado – do que cada um – e em que medida – deve prestar.

[97] OLIVEIRA, Márcio Dias de. *op. cit.*
[98] Ibidem.
[99] É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

5 O DIREITO À SAÚDE EM PORTUGAL

O artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)[100] delimita a proteção da saúde como um dever e ao mesmo tempo, um direito assegurado a todos os cidadãos, independentemente de sua condição econômica, garantindo o acesso aos cuidados de uma medicina preventiva, curativa e de reabilitação, sendo realizado, em Portugal, através de um serviço nacional de saúde – o SNS.

Alexandre Moraes Nunes[101] dispõe que o SNS representa a concretização do dever do Estado em garantir o direito à proteção da saúde dos seus cidadãos.

Segundo o autor, na redação original, a lei instaura o Serviço Nacional de Saúde como sistema garantidor de uma prestação universal, geral e gratuita[102].

O direito à saúde estabelecido pela Constituição Portuguesa expressa-se, à semelhança do Brasil, como um direito social, à medida que representa uma constatação fática, um direito prestacional a ser exigido implementação por parte do Estado, ou seja, o direito de exigir determinadas ações às entidades públicas de saúde do Estado, caso este, que não descarta a dimensão negativa do direito à saúde, ou ainda, o direito do Estado se abster de causar ações que inflijam e atentem contra esse direito fundamental.

Nessa esteira, o direito à saúde representa um direito social que encontra subsídio no princípio estrutural instaurado no primeiro artigo da constituição portuguesa: O princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana na Constituição Portuguesa representa primado de legitimação da República Democrática, expressando uma ordem jurídica baseada na consecução da garantia da igualdade e a

[100]Artigo 64.º 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à proteção da saúde é realizado:
a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.
3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

[101]NUNES, Alexandre Morais. Direito à saúde em Portugal: delimitação jurídica do Serviço Nacional de Saúde. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 37, pp . 17-34, dez., Belo Horizonte, 2017.

[102] "O direito de proteção à saúde é um direito social previsto no artigo 64º da Constituição. Na sua redação original, reconhecia o direito à proteção da saúde a todos os cidadãos e o dever de defender e promover (artigo 1º) e estipulava que esse direito seria realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito (artigo 2º)". (Ibidem).

melhoria das condições de vida de todos os cidadãos, independentemente de sua condição econômica. O princípio constitui, pois, núcleo axiológico que subsidia e resguarda os direitos fundamentais consagrados na constituição portuguesa, como o direito à vida, a educação e o direito à saúde.

A dignidade da pessoa humana é corolário do direito à vida - garantia inalienável e direito subjetivo. Jorge Miranda preleciona que a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais, como o direito à saúde, só é estabelecida após o Estado Social de Direito, após a positivação jurídica constitucional e os grandes textos na seara internacional, após a Segunda Grande Guerra Mundial, no século XX. Nesse contexto, o princípio insurgiu como garantia frente a onda de regimes totalitários antecedentes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representou, no âmbito internacional, a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana e posteriormente, passou a delimitar a ordem jurídica de diversos países europeus.

A dignidade da pessoa humana representa à garantia a consecução das necessidades básicas do ser humano concretas, na sua vida real, não apenas o ser humano no plano abstrato e ideal. Significa, pois, garantir os recursos disponíveis ao indivíduo para que possa efetivar uma existência digna, com as condições necessárias ao desenvolvimento e à participação ativa em comunidade.

Andreia da Costa[103] explicita que a matéria relaciona à saúde constitui, ainda, determinação internacional expressa no Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (UE), no n.º 7 do seu artigo 168.º, integrando um sistema de regulação dos países europeus na determinação à consecução do direito à saúde. A autora dispõe que a União Europeia, sob uma perspectiva de acordo internacional, delimita limite a competência dos Estados-Membros integrantes quanto à organização das políticas de saúde. Além disso, explicita que, a integração no quadro da União Europeia permite que o indivíduo doente receba cuidados de saúde noutro Estado-Membro que não o de origem, à vista do respectivo reembolso das despesas realizadas no país de Origem, tratando-se de determinação que visa à integração e cooperação em questão de saúde internacional. Assim, partindo-se de um cenário internacional, a CRP permite estreita relação, garantindo um direito à saúde a todos, nos respectivos moldes descritos.

[103]ANDRADE, Andreia da Costa. A Regulação do Sistema de Saúde Português: Contribuição para um novo paradigma na prestação de cuidados de saúde. *E-Pública*, [*s. l*], v. 3, n. 3, pp. 203-221, dez. 2016.

5.1 O Sistema Nacional de Saúde Português

O Sistema de Saúde Português nos moldes estruturados atualmente representa um longo processo de alterações e modernização, sendo concretizado por meio da aprovação da Lei n.º 56/79 de 15 de setembro que o inaugurou o SNS. A criação de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) representou um processo de democratização da saúde, através de um aumento na extensão e cobertura dos serviços, incentivados pelo preceito constitucional de que "todos têm direito à proteção da saúde".

A partir dos anos 70, em Portugal, foi instituída a "reforma de Gonçalves Ferreira" que instituiu a existência de "Centros de Saúde", instituições concebidas como marco embrionário e base do futuro Serviço Nacional de Saúde, haja vista que nas décadas anteriores o sistema de saúde português era excessivamente fragmentado[104]. Nessa época, a organização do Ministério da Saúde e da Assistência representou a noção de planejamento central e execução descentralizada. Ainda nos anos 70, Portugal sofreu grandes impactos com a revolução democrática do 25 de Abril de 1974, tendo resultado a promulgação de uma nova ordem jurídica instituída pela constituição de 1976.

A constituição de 1976 instituiu uma nova ordem política no que tange às políticas de saúde, marcada, sobretudo, pela implementação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito.

A nova Constituição da Republica de Portugal delimitou a máxima que "todos têm direito à proteção da saúde e o dever de defender e promover", instituindo um sistema universal em que o acesso a serviços de saúde seriam dispensados a qualquer cidadão independentemente da sua condição econômica ou social.

A Lei n.º 56/79 de 15 de Setembro que instituiu o SNS representou a concretização de preceitos constitucionais determinados na Constituição Portuguesa de 1976, sendo pilares a universalidade do acesso, a generalidade dos serviços integrados no SNS e a gestão participada e descentralizada.

Após a instituição do SNS, tão logo se percebeu a necessidade de reformulação do sistema, em virtude da constatação de falhas estruturais. Diante de tal circunstância, instaurou-se uma Reforma da Saúde em Portugal, em 1990, tendo sido instituída a Lei de Bases da Saúde.

A Lei de Bases da Saúde representou um instrumento de modernização em relação aos meios de gestão e organização dos serviços de saúde, ao implementar o

[104] "O sistema de saúde português estava muito fragmentado: alguns grandes hospitais do Estado, uma extensa rede de hospitais das Misericórdias, postos médicos dos Serviços Médico Sociais da Previdência; Serviços de Saúde Pública (centros de saúde a partir de 1971); médicos municipais; sector privado especialmente desenvolvido na área do ambulatório. De salientar que a capacidade de financiar os serviços públicos da saúde era muito limitada - a despesa com a saúde era de 2,8% do PIB, em 1970". (SOUSA, Paulino Artur Ferreira de. O sistema de saúde em Portugal: realizações e desafios. *Acta Paul Enferm*, [*s. l*], 2009. pp. 884-894).

conceito de Sistema de Saúde caracterizado como sistema constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e pelas entidades públicas que desenvolvam atividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, assim como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas atividades[105].

Percebe-se, que o Sistema Nacional de Saúde passou a englobar o Sistema de Saúde - SNS, entendido como um sistema amplo que abrangia além do SNS, entidades públicas e privadas

Paulino Artur Ferreira dispõe que com a publicação da Lei de Bases da Saúde e do Estatuto do SNS, o sistema de saúde português passou a ser caracterizado pela coexistência de três sistemas articulados entre si: o Serviço Nacional de Saúde (abrangendo todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde); subsistemas de saúde públicos de apoio (entidades públicas que desenvolvem atividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde); e, todas as entidades privadas e todos os profissionais livres que tenham feito acordo com o SNS a prestação de cuidados ou de atividade de saúde.

Em suma, ao Estado passa a ser garantida a celebração de acordos com entidades para otimizar os serviços de saúde, através de instituições privadas na área da saúde. A saúde passa a ser da responsabilidade do Estado, das iniciativas sociais e também, das entidades privadas.

Em 1982, houve tentativa de modificar todo o sistema de saúde português, inclusive com a revogação de inúmeros dispositivos da Lei que instituiu o Sistema de Saúde. Ocorre que, posteriormente, o Tribunal Constitucional Português declarou tal revogação inconstitucional, por entender que constituiu, na verdade, medida que resultava a extinção do Serviço Nacional de Saúde.

Ademais, a década de 80 foi marcada por duas grandes revisões constitucionais. A primeira, realizada no ano de 1982, por meio da a Lei n.º 1/82 de 30 de setembro, aditou ao artigo 64.º da CRP para conferir ao SNS gestão descentralizada e participada.

Já na segunda revisão, foram realizadas alterações mais profundas relativamente à redação inicial, buscando dirimir incorreções do sistema de saúde português. A Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, afastou o princípio da gratuidade (n.º 2 do artigo 64.º) e da finalidade a atingir (alínea “c”) do n.º 3 do artigo 64.º, alterando o SNS, que, anteriormente, era um sistema “gratuito” passou a ser “tendencialmente gratuito”[106].

[105]ANDRADE, Andreia da Costa. *op. cit*.
[106] Artigo 36.º
1. O n.º 2 do artigo 64.º é substituído por:
2. O direito à proteção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições

Tornar o serviço de saúde português "tendencialmente gratuito" possibilitou uma maior intervenção do setor privado na prestação e no financiamento da saúde, com inclusão do incentivo à gestão privada de unidades públicas de saúde[107]. A gratuidade tendencial circunscreve-se como garantia de que os serviços serão gratuitos a quem não tenha condição de pagar por eles, com a possibilidade de estabelecimento de taxas àqueles que detenham condições de custeá-las.

De maneira subsequente, um ano após tal alteração, em 1990, o Governo português passou a introduzir um sistema de taxas moderadoras no SNS, como forma de custear alguns serviços de saúde específicos, sendo certo que a algumas pessoas, tais taxas seriam dispensadas.

Por fim, cabe destacar a alteração realizada em 1997, com a quarta revisão constitucional, em que ocorreu a última alteração do artigo 64.º, através da publicação da Lei n.º 1/97, de 20 de setembro, foram feitas alterações no artigo 64.º, n.º s 2 e 3 da Constituição Portuguesa[108].

Em 2004, houve aprovação do novo Plano Nacional de Saúde que representou a retomada às mudanças implementadas na gestão da saúde na década de 90. São delimitadas diversas modificações tais como um novo estatuto legal para os hospitais públicos; a reorganização da oferta de serviços hospitalares e o estabelecimento de uma rede de Cuidados Continuados Integrados de forma a responder às necessidades

económicas, sociais e culturais que garantam a proteção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo." 2. A alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo é substituída por: "c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos.

[107] "O SNS passou de "gratuito" a "tendencialmente gratuito" e ao estado passou a incumbir "orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos" (isto é para o financiamento público dos custos em saúde) que substituiu "a socialização da medicina e dos setores médico-medicamentosos" (que implicava a orientação do estado para a prestação pública dos cuidados de saúde e a produção estatal de medicamentos e afins). Abriu-se assim uma janela constitucional à maior intervenção do setor privado na prestação e no financiamento de cuidados de saúde e também à gestão privada de unidades públicas de saúde". (CRISÓSTOMO, Sofia. O artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa. *Sociologia, Problemas e Práticas*. Lisboa. pp. 33-48, fev. 2016).

[108] 1. Na alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição, é aditada a expressão 'e ambientais' entre 'culturais' e 'que garantam', a expressão 'designadamente' entre 'garantam' e 'a proteção' e, *in fine*, a expressão 'e de práticas de vida saudável;

2. Na alínea b) do n.º 3, é eliminada a expressão 'médica e hospitalar' e aditada, *in fine*, a expressão 'em recursos humanos e unidades de saúde'.

3. Na alínea d) do n.º 3, a expressão 'controlar' é substituída por 'fiscalizar', sendo aditada, *in fine*, a expressão 'por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade'.

4. Na alínea e) do n.º 3, é aditada a expressão 'a distribuição' entre 'a produção' e 'a comercialização'.

5. No nº 3 é aditada uma nova alínea f), com a seguinte redação: Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.

l) os jovens que se encontrem em cumprimento de medida tutelar de internamento, de medida cautelar de guarda em centro educativo ou de medida cautelar de guarda em instituição pública ou privada, por decisão proferida no âmbito da Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, alterada pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro, que não possam, por qualquer forma, comprovar a sua condição
de insuficiência económica;

m) os jovens integrados em qualquer das respostas sociais de acolhimento por decisão judicial proferida em processo tutelar cível, e nos termos da qual a tutela ou o simples exercício das responsabilidades parentais sejam deferidos à instituição à qual os jovens se encontram integrados, que não possam, por qualquer forma, comprovar a sua condição de insuficiência
económica;

n) os requerentes de asilo e refugiados e respetivos cônjuges ou equiparados
e descendentes diretos

dos doentes crônicos e em situação de dependência e cuja situação de saúde não requer o internamento hospitalar, mas uma série de intervenções sociais e de saúde de caráter preventivo, curativo ou paliativo.

Em suma, as características preponderantes do sistema de saúde português são: a) universalidade; b) generalidade; e c) gratuidade tendencial.

A generalidade da prestação significa que o SNS deve englobar uma prestação completa, com abrangência em diversos os cuidados de saúde, desde as atividades preventivas em relação à saúde como também atividades de diagnóstico e tratamento dos doentes, inclusive atividade de reabilitação médica e social, bem como serviços de natureza paliativa. O cuidado à saúde deve ser amplo e irrestrito. Quanto ao princípio de universalidade, este significa que todos os cidadãos portugueses têm o direito de recorrer a ele, independentemente de quaisquer fatores econômicos, sociais, de cor, religião, deficiência ou limitação física. Por fim, o princípio da tendencial gratuidade que permite o estabelecimento de taxas moderadoras no acesso à prestação de cuidados de saúde, a fim de equalizar e distribuir os custos na consecução do direito fundamental à saúde.

Cabe observar que o sistema de saúde português após a aprovação da Constituição da República Portuguesa de 1976 passou a ser um instrumento relevante na consecução do direito à saúde no estado português, à medida que a instituição do SNS insere-se como marco basilar do sistema, representado através das características primordiais da universalidade e da generalidade. As alterações subsequentes, sobretudo a primeira e a segunda revisões constitucionais objetivaram modernizar o sistema de saúde pública. Contudo, é fundamental indagar-se, frente tais alterações, mormente a modificação no que se refere à tendencial gratuidade, se o direito à proteção da saúde é posto em causa, à vista dos efeitos taxas moderadoras e copagamentos, e também da crise, no acesso a cuidados de saúde. Sobre o assunto, Sofia Crisóstomo expõe que as políticas das taxas moderadoras e coparticipação de medicamentos influem para que o cidadão português disponha de altos valores com a saúde no percentual de gastos em relação às outras despesas da família[109].

[109] "As consequências são, no entanto, menos sujeitas a interpretações controversas, face à evidência disponível. A política de taxas moderadoras no acesso à prestação de cuidados de saúde no âmbito do SNS e de comparticipação de medicamentos, aliada a restrições no acesso a cuidados de saúde prestados pelo SNS (devido, por exemplo, aos tempos de espera ou à não cobertura/ não prestação pelo SNS), faz com que Portugal esteja entre os países da OCDE que apresentam uma maior percentagem de despesa das famílias com a saúde, em função do rendimento familiar disponível. Para além disso, Portugal tem, de acordo com os dados mais recentes disponíveis, uma despesa pública em saúde abaixo da média da OCDE, qualquer que seja o indicador utilizado — gastos em saúde *per capita*, despesa do estado em saúde em percentagem do PIB, percentagem da despesa em saúde na despesa total (OECD, 2015: 124-125,164-167,170-171). O peso da despesa privada em saúde, em Portugal, associado a um risco elevado de pobreza ou exclusão social, tem implicações no acesso a cuidados de saúde e agrava as desigualdades entre cidadãos de maior e menor rendimento (OPSS, 2016)". (CRISÓSTOMO, Sofia. *op. cit.)*.

Paulino Artur Ferreira[110], ademais, conclui que é de se salientar que o Serviço Nacional de Saúde é definido, pelo menos no plano normativo, como sendo universal, geral e tendencialmente gratuito. Afirma, no entanto, que é cada vez mais evidente que esta aproximação não permite fazer face adequadamente aos importantes desafios de acesso, qualidade, efetividade e eficiência que os sistemas de saúde têm que enfrentar de uma forma cada vez mais incisiva.

[110][110]SOUSA, Paulino Artur Ferreira de. *op, cit.*

6 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Em uma breve análise histórica da relação entre a humanidade e o poder, foi possível detectar, em diversos momentos, o autoritarismo, onde existia concentração do poder em uma única figura humana ou em um pequeno grupo que importunava limitando a liberdade da população[111].

Para o jurista português, Nuno Piçarra, a história da separação dos poderes se confunde com a história da evolução da limitação do poder político, escopo primordial da doutrina da separação dos poderes. O referido autor assevera que esta doutrina remonta à Grécia e Roma antigas. E prossegue, identificando as origens da ideia da separação dos poderes quando do conceito de constituição mista do filósofo Aristóteles em sua obra Política:

> (...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas.[112]

Nesse diapasão, Montesquieu, o político, filósofo e escritor francês, revelando seu pensamento sobre o autoritarismo, escreveu na sua obra "Do Espírito das Leis" o seguinte:

> (...) tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.[113]

A finalidade de tal separação se baseou na ideia de impor limitações ao poder daquele que governava soberano e ainda renovar a forma de organização de um estado. Diante disso, o estado poderia exercer, com eficiência, as funções de administrar, elaborar as leis e julgar[114].

Vale ressaltar, que em que pese se tenha os termos "separação de poderes", é importante saber que o poder do Estado é uno. Pois, o fato ocorre é a divisão das funções do Estado em órgãos independentes e harmônicos. Logo, a acepção das expressões "separação de poderes" é a existência de "muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância"[115].

---

[111] PIRES, Ana Carolina Fernandes. *Conceito histórico da Separação dos Poderes*. 2014. [consult. 07 já. 2021] Disponível na Internet: <https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>.
[112] PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 85.
[113]MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espirito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
[114] Ibidem, p. 166.
[115]DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. pp. 214-215.

Insta ressaltar ainda, que é possível aferir da leitura do Capítulo VI do Livro XI do Espírito das Leis, que Montesquieu, inicialmente fala de dois tipos de poder, "o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil"[116].

No entanto, na mesma obra, "O Espírito das Leis", o referido autor defende a teoria tripartite. Assim, o referido político, filósofo e escritor defendeu a divisão do poder em três: a) Poder Executivo (órgão responsável pela administração do território e concentrado nas mãos do monarca ou regente); b) Poder Legislativo (órgão responsável pela elaboração das leis); c) Poder Judiciário (órgão responsável pela fiscalização do cumprimento das leis).

Observava o político francês que a não separação do poder levaria à restrição ou não existência de liberdade, uma característica do abuso de poder. Como segue:

> (...) Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as questões entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (...) Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor" (..) Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.[117]

Montesquieu ainda asseverou no que diz respeito a sua teoria, que os "poderes" desempenhariam suas funções, de forma eficaz e harmônica.[118]

Logo, nos moldes da independência e harmonia dos Poderes, o Executivo, Legislativo e Judiciário, desempenhado suas funções típicas e algumas vezes atípicas corroboram para o incremento de um estado organizado e concomitantemente, com uma melhor gestão da máquina pública e um baixo descontentamento dos governados[119].

---

[116] MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *op.cit.* pp. 167-168.
[117] Ibidem, p. 168.
[118] MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *op. cit.* p. 169.
[119] FERREIRA, Marielen Cristina da Silva, VIANNA, Geraldo Luiz. O Princípio Da Separação Dos Poderes Frente Ao Direito Fundamental À Saúde. *Revista Direito em Foco*. Edição nº 12, Ano: 2020. [consult. 07 jan. 2021] Disponível na Internet: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES_Direito-em-Foco.pdf>.

6.1 A Separação dos Poderes na Constituição da República Federativa do Brasil De 1988 e na Constituição Portuguesa de 1976

O princípio da separação dos poderes está presente tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanta na Constituição Portuguesa de 1976. Pois, ambas as constituições em questão são modelos constitucionais que se pautam na distribuição de funções estatais entre órgãos distintos e especializados, que trazem o princípio da Separação dos Poderes como um aspecto fundamental da estrutura e organização política do Estado, fundamental à instituição e manutenção de um governo constitucional preocupado com os direitos fundamentais[120].

No que diz respeito a carta Política Brasileira de 1988, pode se observar que a mesma traz expresso no seu artigo 2.° o princípio da separação dos poderes assim estampado: "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Fica evidente que a Carta Política Brasileira vigente estabeleceu a teoria da tripartição de poderes efetivamente.

Em relação a Carta Política Portuguesa, pode-se observar que o artigo 110.º, assevera o seguinte: "São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais. 2. A formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição".

Já o artigo 111.º efetivamente proclama o princípio da separação dos poderes e da interdependência dos órgãos de soberania. Nesse viés, são inúmeros os mecanismos presentes na Constituição Portuguesa de 1976 que corroboram para a separação dos poderes, tais como: a promulgação das leis pelo Presidente da República, artigo 134.º, a autorização da Assembleia da República como requisito à declaração de guerra pelo Presidente, artigo 161.º, a eleição, pela Assembleia, de juízes do Tribunal Constitucional, artigo 163.º, alínea i, dentre outros[121].

Segundo o autor Jorge de Miranda[122], a função jurisdicional recebe um sentido expresso no artigo 202.º, n.° 2, quando o mesmo determina que a administração da justiça compete aos tribunais e estes, devem assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, além de conter a violação da legalidade democrática e impedir os conflitos de interesses públicos e privados. Para o referido

[120] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Bahia: editora JusPodivm, 2009. p. 521.
[121] GRACIA, Emerson, Princípio Da Separação Dos Poderes: Os Órgãos Jurisdicionais E A Concreção Dos Direitos Sociais. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. v. 10. p. 53.
[122] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 20.

autor, estamos diante de um princípio de reserva absoluta de competência dos tribunais, princípio de reserva de jurisdição.

Assevera ainda, o autor português, que as funções administrativa, legislativa e política podem ser ter seus conceitos presentes na Constituição Portuguesa de 1976. No que concerne a função administrativa, aponta o artigo 199.º, o qual confere ao Governo, quando do exercício das suas funções administrativas executar as leis, a direção, a superintendência e a tutela, respectivamente, da administração direta, da indireta e da autônoma e ainda a prática de todos os atos, além das providências necessárias para a promoção do desenvolvimento econômico-social e a consequente satisfação das necessidades coletivas.

Já quando se trata da função legislativa do autor lusitano afirma que a Carta Magna portuguesa não definiu a competência legislativa, mas a distingue das competências políticas e da administrativa, apontando os artigos 161.º, 198.º e 228.º, que falam nas leis e nos demais atos do Estado, das regiões autônomas e do poder local. Separa ainda os atos normativos em atos legislativos e em regulamentos, artigo 112.º da referida constituição.

Por derradeiro, o autor em comento, se refere à função política *stricto sensu* ou governativa informando que a sua noção pode ser encontrada na circunscrição das competências dos órgãos políticos de soberania e das regiões autônomas, artigos 133.º, 134.º, 135.º, 167.º, 162.º, 163.º, 187.º e 227.º, n.º 1, alíneas r) a x)[123].

A divisão de poderes, sob a visão até aqui explanada, realizada por meio da atribuição conferida cada uma das funções governamentais a órgãos definidos especificamente, que levam as denominações das respectivas funções; o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário. É fruto da sistematização jurídica das manifestações do Poder do Estado.

Segundo José Afonso da Silva, a divisão de poderes necessita de dois elementos como fundamentação: a) especialização funcional; e b) independência orgânica. A especialização funcional traduz que cada órgão é especializado no exercício de uma determinada função. Enquanto a independência requer a certeza que não haverá qualquer meio de subordinação[124].

Nesse diapasão, fica clarividente que não existe uma separação absoluta entre os poderes e sim uma separação das atividades estatais. É com esse entendimento que cada poder possui uma função típica e atípica.

[123] Ibidem, p. 21.
[124] SILVA, José Afonso. *op. cit.* pp. 109-110.

A função típica é aquela exercida com preponderância e, a função exercida secundariamente, é a atípica. Nesse sentindo, se um órgão tem uma determinada função típica, a referida função, consequentemente será atípica dos outros. Ressaltando, que no que diz respeito a tipicidade, é no sentido da preponderância, ou seja, o Poder Legislativo possui a função principal de elaborar o regramento jurídico do Estado, é sua função típica. Contudo, também administra seus órgãos, nesse instante, exerce uma atividade típica do Executivo, podendo também julgar seus membros, como é observado no sistema brasileiro. Podemos ainda citar a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República que é uma função atípica do Poder Executivo[125].

Vale destacar nesse momento, que existe a possibilidade da intervenção de um Poder no outro, com o intuito de aplicar o sistema de freios e contrapesos, ou seja, conter os abusos dos outros poderes e com isso manter um certo equilíbrio. Assim, se o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o respectivo Poder estará impondo um freio ao ato do Poder Legislativo que poderia conter alguma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas. Logo, não há que se falar na existência de qualquer hierarquia entre os Poderes, tornando-os harmônicos e independentes[126].

[125] Ibidem.
[126] VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996. p. 146.

7 O PODER DO JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO

O Poder Judiciário, guardião constitucional da ordem jurídica e da pacificação dos conflitos de interesses tem por missão primordial dizer o direito (*o juris dicere*) e impor decisões, adotando a concepção da jurisdição enquanto poder. Conferindo a eficácia às garantias constitucionais, pois, não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis. Logo, a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, tendo o direito à tutela judicial e o direito ao processo com julgamento por um tribunal independente e imparcial. Tais características, velam pela observância da constituição e garante a ordem na estrutura governamental[127].

Nesse sentido, é primordial o conhecimento da definição de jurisdição, que nas palavras do doutrinador Adolph Schonke, jurisdição é o "direito e o dever ao exercício da função de justiça; e jurisdição civil significa, em consequência, o direito e o dever de julgar em assuntos civis"[128]. Logo, jurisdição é dizer o direito e subsequentemente impor o conteúdo de uma decisão.

No entanto, em que pese estarmos vivendo em um mundo globalizado, com o implemento cada vez mais rápido de um grande número de interações intersubjetivas, de forma que a probabilidade de haver conflitos de interesses a serem equacionados cresce de maneira exponencial e desemboca em uma barreira para o Poder Judiciário desempenhar sua função de forma efetiva. Essa barreira se chama morosidade. As razões da morosidade são inversamente proporcionais à inclusão digital, uma vez que, quanto maior o número de relações intersubjetivas, maior o número demandas e aumenta a morosidade.

Pontuada a referida situação atual referente ao desempenho da função típica do Poder Judiciário. É importante ressaltar que não basta ao Poder judiciário resolver ou solucionar conflitos de forma imparcial, dizendo o direito e impondo decisões em tempo, para que o mesmo seja reconhecido como efetivo, posto que deverá fazer cumprir a Constituição Federal, não só no seu papel de exercer o sistema de freios e contrapesos, mas assegurar aos seus destinatários a eficácia das garantias constitucionais[129].

O que nesse sentido, passa pela preocupação manifestada do presente trabalho, que é avaliar a efetividade do Poder Judiciário, em relação a garantir o acesso as liberdades públicas, no caso, a garantia do direito à saúde, o que será possível através

[127] MORAES, Alexandre. *op cit*,, p. 431.
[128] SCHONE, Adolph. *Direito Processual Civil*. Campinas: Romana, Brasil, 2003 1ª edição, p. 67.
[129] SILVA, José César Ballerini. *Direito à Saúde na Justiça teoria e Prática*. São Paulo: Ímpetos, Brasil, 2020, p. 373.

da concessão da tutela, nas lides que tenha por escopo o direito constitucional à saúde. Já que, como explanado anteriormente, a função do Poder Judiciário, e consequentemente cumprir sua efetividade, é dizer o direito e impondo as suas decisões.

7.1 A função do processo para a efetividade do Poder Judiciário

O esgotamento paradigmático do sistema jurídico é um fenômeno global, não obstante a disparidade da sua intensidade em várias partes do planeta, por ser um fenômeno dos sistemas jurídicos coexistente. Tal situação é decorrente a transformação da sociedade, com o advento já citada globalização. Nesse viés, se a sociedade sofre mutação, os valores também são alterados, assim como a forma de pensar o direito. Pois, se certas fórmulas de solução de conflito aplicavam a determinado momento, não serão mais efetivas em outro momento, uma vez que a sociedade não é mais a mesma, tornou-se mais complexa, em fenômeno manifestamente dialético, sendo claro que o direito possa ser conhecido com uma técnica de controle social[130].

O doutrinador Edgar Morin, aponta a busca pela interdisciplinaridade como solução para a complexidade das relações humanas. Pois, já passou pela percepção dos operadores do direito, que um número considerável de casos práticos não mais possa e devem ser solucionados apenas levando em consideração à técnica jurídica ou processual, mas, por exemplo, com questionamentos de biodireito, ações que versem sobre tecnologia, informática e telecomunicações. Através de conceitos e entendimentos específicos para o próprio enquadramento da situação aos termos das normas jurídicas e os entendimentos jurisprudenciais vigentes[131].

Nesse sentido, se faz necessário trazer à baila aspectos importantes no mundo do direito atual, principalmente quando se trata de lidas que envolvem o direito à saúde, já que a linguagem formal deve ser bem definida e compreendida, onde cada termo tem um significado diferente que trará consequências diversas. Daí se ressaltar a necessidade de um senso comum teórico dos juristas.

Assim, se há o conhecimento global que uma obrigação se caracteriza por ser uma relação jurídica, envolvendo o credor e o devedor em torno de um vínculo sobre uma prestação. E por outro lado, o direito brasileiro e português acolhe a teoria dualista, herança do direito alemão, que analisa a obrigação sob uma dupla perspectiva, o schud (débito) e haftung (responsabilidade). Onde, o débito se refere a prestação a ser

[130] LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do direito.* São Paulo: Martins Fontes, Brasil, 2003, p. 100.
[131] MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, Brasil, 1999, p. 57.

espontaneamente cumprida pelo devedor, embasada em uma relação de direito material originária. Portanto, seria o bem da vida requerido pelo credor, embasado no comportamento que levaria a um dar, fazer ou não fazer. Ou seja, existe um direito subjetivo do credor à prestação, respaldado um poder jurídico que levará a satisfação de seu interesse[132].

Nesse sentido, sob uma perspectiva de responsabilização, se faz necessário apontar que as obrigações podem ser de meio e de resultado, no âmbito das lides que envolvem o direito à saúde. Na obrigação de resultado, o sujeito passivo (devedor) só fica isento quando alcança o resultado prometido ao sujeito ativo (credor), tendo em vista que o motivo da celebração entre eles foi o resultado prometido ao credor e que o mesmo almeja a conclusão do trabalho conforme prometido. Já as obrigações de meio, são obrigações na qual temos um comprometimento em busca de um bom resultado, onde o sujeito passivo (devedor) assegura ao sujeito ativo (credor), usar de todos os meios disponíveis, técnicas e conhecimento existente para que se possa atingir o melhor resultado possível, sendo que em determinadas situações esse resultado não corresponde às expectativas do credor, contudo o devedor não arca com a responsabilidade do resultado alcançado, pois existem elementos fora dos domínios dos mesmos que podem interferir no resultado[133].

Logo, em um processo, quando o caso é julgado como obrigação de resultado, o sujeito passivo (profissional da saúde), isenta-se de culpa quando alcança o resultado prometido ao sujeito ativo (paciente). Já quando considerado obrigação de meio, o profissional isenta-se de culpa mesmo não alcançando o resultado almejado, pois neste caso, o profissional da saúde irá assegura paciente, usar de todos os meios disponíveis, técnicas e conhecimentos existentes para alcançar o melhor resultado possível[134].

O direito brasileiro atualmente, em uma análise rápida, acolhe três teorias sobre o direito do consumidor, o finalístico - onde o consumidor é o destinatário final de produtos ou serviços; maximalismo – o conceito de consumidor pode ser além do destinatário, exemplo disso é o acidente de consumo e ainda o finalismo aprofundado que mesmo que não se tenha um destinatário final, se no caso houver uma patente hipossuficiência a relação poderá ser disciplinada pelas regras consumeristas[135].

Nesse diapasão, em um contrato, no Brasil, que tenha por escopo a prestação de serviços pertinente com a saúde, a prestação de serviços médicos, se entende que o

[132] ANTUNES Varela, João de Matos. *Das Obrigações em geral*. vol.1, Coimbra; Almedina, 10. Ed., 2011, p. 109.
[133] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63.
[134] FREITAS, Grace Castelo Branco. *Responsabilidade civil, obrigação do ortodontista, conforme jurisprudências dos Tribunais Estaduais*. Dissertação (Mestrado em Odontologia). Universidade Ceuma, São Luís, 2015. p. 10.
[135]SILVA, José César Ballerini. *op cit.*, p. 242.

mesmo tenha como obrigação a obrigação de meio, ou seja, o profissional irá empregar todos os meios técnicos adequados e necessários para o determinado tratamento. Mas, se o paciente vier a óbito e consequentemente, não houver o resultado pretendido, o médico não poderá ser responsabilizado se provar que utilizou todas as técnicas adequadas ou as melhores possíveis. Logo, o risco de ser demandado e perder a demanda são bem menor. A adoção de cautelas é necessária como um contrato bem elaborado, com termos de fácil compreensão[136].

7.2 A questão da Saúde no Âmbito do Direito Público Brasileiro

Os brasileiros e as pessoas residentes e domiciliadas no território nacional brasileiro que precisam utilizar o Sistema Único de saúde, disciplinado pela norma presente no artigo 200 da Constituição Federal de 1988. Como mencionado anteriormente, existem contratações ajustadas com o objetivo saúde, que podem se valer das pessoas jurídicas, no âmbito dos chamados planos de saúde e seguros de saúde, que atualmente a Lei n.º 9.656/98 passou a disciplinar apenas a atuação dos planos de saúde. Ou ainda, podem utilizar a prestação de serviços de saúde diretamente dos médicos e profissionais de saúde em caráter particular, em seus consultórios e clínicas, sendo certo, que todas estas negociações poderão, em tese, ser disciplinadas pelo Lei Consumerista Brasileira, a Lei n.º 8.078/90, o que, no plano processual, pode implicar em benesse, tais como a possibilidade de revisão dos contratos, nos casos dos contratos leoninos, ou seja, inversão de ônus da prova em situação de verossimilhança e hipossuficiência, dentre outras[137].

Como o intuito de corroborar com as afirmações relacionadas aos aspectos supracitados, e trazer à baila qual a direção dos julgados no âmbito nacional brasileiro, se faz necessário indicar, *verbi gratia*, um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo na "ação ordinária relacionada a plano de saúde"[138].

Assim, nos contratos com o objetivo saúde, prestação de serviços de conservação ou restabelecimento da saúde, a proteção conferida pela Lei n.º 8078/90 tem por escopo proteger o interesse dos consumidores, muitas das vezes hipossuficientes, levando em consideração o caráter constitucional e princípio lógico do Lei Consumerista[139].

---

[136]Ibidem, p. 244.
[137]NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde.* São Paulo: Saraiva, Brasil, 2000, p. 18.
[138]AÇÃO ORDINÁRIA RELACIONADA A PLANO DE SAÚDE – Decisão concedendo tutela antecipada – Admissibilidade – Inexistência de prejuízo á agravante, pois ainda não expirado o prazo legal que obriga ao custeio- Agravo de instrumento não provido (TJSP – Agravo de Instrumento n.º 245.486-4 – São Paulo – 1.º Câmara de Direito Privado – Relator: Gildo dos Santos -24.09.02 – M.V).
[139]SILVA, José César Ballerini. *op. cit.*

No que se refere aos entes estaduais *lato sensu,* em regra eles possuem prerrogativas constitucionais que dificultam a execução de uma determinação judicial no sentido de efetivar o direito à saúde quando comparado quando exigido por exemplo, de uma prestadora de saúde particular. Contudo, tal privilégio deve ser sopesado, no caso concreto, com fundamentação analítica, demonstrando-se a necessidade do direito envolvido, direito à vida e à saúde, assegurados pela Constituição da República como pode ser observado em vários julgados pátrios, conforme segue um julgado do STJ determinado à União fornecer 5 mil doses de vacina contra varicela a município paulista[140].

Recentemente, diante do quadro de Pandemia da covid-19 que assola o planeta terra, o Supremo Tribunal Federal foi provocado por três Estados da Federação, Maranhão, Bahia e São Paulo, através de três Ações Cíveis Ordinárias com pedido de tutela de urgência, propostas contra a União Federal, via das quais alegavam o abandono do custeio, pela ré, da manutenção dos leitos de Unidade Tratamento Intensivo necessários ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. Alegaram, os referidos Estados, que não obstante, o crescimento exponencial dos casos de covid-19 no território nacional que desembocam em altas taxas dos números de internação hospitalares e consequentemente, em aumento do número de leitos de Unidade Tratamento Intensivo, a União reduziu, sem justificativa razoável, o custeio dos respectivos leitos.

Nesse viés, a ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, determinou que a União leve em consideração e analise de imediato os pedidos dos Estados do

[140]STJ determina à União fornecer 5 mil doses da vacina contra varicela a município paulista. A união terá que fornecer cinco mil doses da vacina contra varicela para serem utilizadas no controle de suposto surto da doença no município de Santa Isabel (SP). A determinação foi proferida pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em recurso interposto pelo Ministério Público Federal da 3.ª Região. Ao recorrer ao STJ com o pedido de suspensão contra a decisão do TRF3, a União alega que a manutenção da decisão ocasionará diversos malefícios ao Sistema Único de Saúde (SUS). Cita ainda informações prestadas pelo Ministério da Saúde, segundo o qual, "em função das características da varicela e considerando o princípio da razoabilidade, dando o elevado preço do referido imunobiológico e a existência de agravos imunopreveníveis de maior letalidade no país, além da análise do custo benefício que neste momento tal vacina impactaria, a referida Pasta ainda não pode incluí-la na rotina do calendário de vacinação da criança". Sustenta ainda que a referida vacina é fornecida gratuitamente pelo SUS apenas a grupos especiais, mais sujeitos a contágio, escolhidos com base em estudos científicos. Alega que nem mesmo no Direito Comparado se verifica a distribuição indiscriminada dessa vacina, como pretendido na ação covil pública e conclui afirmando haver grave lesão à ordem jurídico-administrativa, à saúde, o preço unitário da vacina é de R$ 16,53, totalizando R$ 82.650, 00 o lote de cinco mil. Relatam ainda que em 2007 foram detectados 184 casos de varicela no município, sendo os meses de outubro e novembro os picos da epidemia. Estimou-e que a população de escolares de 6 a 15 anos que necessitariam da aplicação da vacina seria na quantidade de cinco mil, considerando o caráter de alta transmissibilidade da varicela e o fato de que o imunobiológico não faz parte do calendário básico da vacinação. Em 2008, até começo de outubro, foram notificados oito casos e vacinadas até o momento 3.553 crianças. Para o ministro Cesar Asfor Rocha, não estão caracterizados os requisitos necessários ao deferimento do pedido formulado pela União. O ministro destaca que o valor total das vacinas mediante não pode ser considerado exorbitante, desproporcional ou lesivo às finanças públicas, principalmente diante da sua finalidade de preservar a saúde pública e de salvar vidas mediante vacinação. Afirma, por fim, que a saúde pública está sendo protegida pela determinação do TRF3, não tendo a União demonstrado, satisfatoriamente, eventual lesão à ordem e à economia públicas, indeferindo assim o pedido, portando mantém a decisão que concedeu a antecipação da tutela recursal para o fornecimento das cinco mil doses da vacina ao município paulista.

Maranhão, São Paulo e Bahia para aquisição de novos leitos de Unidade de Tratamento Intensivo, junto ao Ministério da Saúde, com o escopo de enfrentamento da Covid-19. A ministra relatora, ainda determinou que a União restabelecesse nos referidos estados, de forma imediata e proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19, de acordo com os casos custeados pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, mas que tiveram leitos reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro de 2021. Também determinou, que a União preste suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de Unidades de Tratamentos Intensivos nos estados solicitantes, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia.

Vale destacar, que a decisão em comento deverá ser referendada pelo Plenário da Corte Suprema, uma vez que fora tomada nas Ações Cíveis Originárias números: 3473, 3474 e 3475, em que a relatora concedeu tutela de urgência[141].

Um ponto relevante e complexo diz respeito a variáveis axiológicas, logo, ideológicas. Isso porque, no caso do Brasil e no tocante aos operadores do direito, o fenômeno do esgotamento paradigmático do pensamento jurídico fundado a partir da premissa de um direito natural que encontra inúmeras dificuldades de resolver os problemas decorrentes da complexidade das relações, podendo admitir situações teratológicas, intersubjetivas. O Brasil por ser um Estado Democrático de Direito com uma democracia participativa, as decisões judiciais passam a ter que ser motivadas e pautadas no sentido de que devam convencer as partes de que Justiça foi feita[142].

O doutrinador brasileiro Celso Lafer propugna por uma adoção de um novo modelo paradigmático, paradigma da filosofia do direito, com o intuito de levar a um "pensar" menos dogmático, mais aberto ao "perquirir", tomando, aliás, o dogma não como um fim em si mesmo, mas ao reverso, como um ponto de partida[143].

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sugere que haja a permissão a interpretação que autorize abranger fatores interdisciplinares que solucionem as complexidades do mundo moderno[144].

A situação em comento fica clarividente e principalmente atual, no mundo em que as informações e a tecnologia são difundidas de forma muito rápida, por veículos como a internet e a mídia tradicional. De modo geral, observa-se uma crise de efetividade, outro fator de complexidade a ser sopesado em primeiro lugar, do ordenamento jurídico

[141] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministra determina o restabelecimento imediato de leitos de UTI destinados ao tratamento de Covid-19 no MA, SP e BA*. [consult. 03 mar. 20201] Disponível na Internet: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461341&ori1>.
[142] SILVA, José César Ballerini. *op. cit.*,p. 246.
[143]LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
[144]FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 101.

enquanto tal. Uma vez que, o referido ordenamento pode ser entendido como forma de controle social, eis que o mesmo para ser alterado exige uma considerável série de atos e formas dos poderes normativos, que demandam um tempo total incompatível com as mudanças sociais, e, sobretudo, econômicas. O que acompanhado da crise instrumental, pois se o ordenamento estabelece direitos, em caso de violações a esses direitos tem-se o direito de ação para o devido restabelecimento da situação, o qual repousa no instrumento processual para que possa ser exercido, o que leva a um terceiro evento, qual seja, a crise do Poder Judiciário, que nada mais é que um ente institucional que tem por função precípua o exercício da jurisdição ou *jurisdicere*, poder de "dizer o direito" com imparcialidade[145].

O direito à saúde, como é um direito tutelado pelo texto constitucional deverá ser efetivado, não obstante, o conteúdo ideológico que, por ventura, possa ter a respeito da efetividade desse referido direito, englobando não apenas o necessário para uma garantia mínima do direito à vida, assim como tudo o que puder colaborar para a higidez psíquico-física do indivíduo. Caso contrário, ter-se-ia a perda da eficácia da norma constitucional referente à garantia de liberdade individual[146].

Desta feita, o Estado deverá reavaliar suas prioridades como o escopo de garantir o que for necessário para resguardar o direito à saúde dos titulares do direito de acesso à saúde no Brasil. Nesse sentido, Walter Ceneviva, asseverou que o legislador da Constituição Federal de 1988, quando pensou em um Sistema Único de Saúde, tal como preconiza o artigo 200 da atual Carta Magna Brasileira, tinha em mente um "sistema único", onde as suas atividades compreendem, dentre outras é o controle, a fiscalização, a produção e o planejamento[147].

Diante do expôs, estando o planejamento dentre as atribuições do sistema único formado para o desempenho das funções típicas de saúde, dentre outras atribuições, não podendo entender a tutela do direito à saúde de outra maneira que não a de se conferir efetividade à tutela de direito correlato à vida. Logo, o orçamento do Poder Público, tem que visar manter um orçamento abarque esse custeio. Pois, a Administração Pública, em uma concepção ampla, que pode ser aplicada a todos os Poderes, incluindo o Poder Judiciário, está adstrita ao cumprimento de princípios tais como a moralidade e a legalidade, conforme determinação doa Constituição Federal de 1988[148].

[145]SILVA, José César Ballerini. *op. cit.*, p. 126.
[146]Ibidem, p. 127.
[147]CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, Brasil, 1991, p. 291.
[148]SILVA, José César Ballerini. *op. cit.*, p. 131.

Nesse sentido, o princípio da eficiência que constitucionalmente rege os atos dos Poderes Públicos, foi inserido na Emenda Constitucional n.º 19/98, modificando a redação do artigo 37, *caput, da* Constituição Federal, o que comungou com a norma infraconstitucional, no seu artigo 2.º da Lei 9.784/99, de forma que os órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde, o SUS, têm que observar tal princípio, no que se refere à organização, gerenciamento e administração eficiente[149].

Corroborando com tal entendimento, a doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro, citando as lições do doutrinador brasileiro, Hely Lopes Meirelles, chama a atenção para a necessidade de priorizar os parâmetros do princípio da eficiência no tocante ao que se espera da Administração Pública, podendo-se destacar, a esse respeito, o seguinte:

> O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros". Acrescenta, o citado autor que: "esse dever de eficiência corresponde ao dever de boa administração da doutrina italiana, o que já se acha consagrado entre nós pela Reforma Administrativa Federal do Decreto-Lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (artigos 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito(artigo 25, VIII), sujeita a Administração Indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administra (artigo 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (artigo100). O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.[150]

Diante do exposto, não pode o Estado declarar dificuldade de alocação de recursos ou mesmo regras diferenciadas de expropriação, com o intuito de justificar a impossibilidade do exercício de tal direito que é cristalino dos jurisdicionados, pois em regra, por dever de eficiência, que se aplica, não só ao funcionário, mas em igual medida ao estado no que concerne ao gerenciamento e a administração, uma vez que não se trata de coisas impossíveis de serem previstas, já que se pode ter como base os números de casos de anos anteriores em projeção com o crescimento populacional.

Tal fato justifica o pensamento constitucional no sentido de que, a constituição determina que exista um orçamento anual, um plano plurianual (artigo 165, parágrafo. 1.º, CF/88) no intuito da Administração ser eficiente no que tange a estimativa, para que não faltem verbas para o exercício de suas funções institucionais e consequentemente se cumpra a determinação legal[151].

---

[149]Ibidem, p. 131.
[150] DI PIETRO, Maria Helena Zanella. apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.
[151] SILVA, José César Ballerini. *op cit.*, p. 132.

Contudo, o Magistrado deve levar em consideração na análise do caso concreto posto a sua apreciação, outros dois princípios implicitamente constitucionais, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, em que pese o juiz deva insistir na aplicabilidade da lei, o mesmo igualmente, deve considerar o bem comum e os fins sociais a que a lei destina, tudo como reza os artigos 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Senão vejamos:

> Artigo 4.º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
> Artigo 5.º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Logo, é necessário sopesar o que seria possível exigir da Administração Pública sem que se acarrete um peso para a sociedade. Ou seja, não se pode utilizar literalmente a Lei para justificar uma decisão, sem que se leve em consideração o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade que são sustentáculos, muitas vezes, para a preservação do bem comum de uma sociedade.

No caso do administrador, que leva o princípio da razoabilidade em consideração no seu mister, não irá está fadado a atuar segundo seus valores pessoais e consequentemente decidir segundo o seu exclusivo entendimento. Mas, sim decidirá considerando os valores ordinários, comuns a coletividade.

Nesse sentido, a professora Lúcia Valle Figueiredo assevera: "a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade"[152].

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade reza que haja uma adequação entre os meios e os fins, excluindo-se medidas abusivas ou com intensidade superior ao estritamente necessário. Nesse caso, o administrador público está obrigado a preservar o máximo em detrimento do mínimo[153].

Ademais, no caso do Brasil, se as operadoras de planos de saúde e seguro de saúde possuem variáveis e alternativas, frente a adversidade, colocam recursos que captam de seus clientes e ainda assim, conseguem lucros, tem-se que os secretários de saúde em geral ou mesmo o Ministério da Saúde, em respeito aos princípios constitucionais, sobretudo o princípio da eficiência, não prever gastos e efetua investimentos com escopo de proporcionar saúde a toda população, o que se desponta inescusável, já que a iniciativa privada consegue obter lucro[154].

---

[152] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.
[153] FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1999, p. 57.
[154] SILVA, José César Ballerini. *op. cit.*, p. 132.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, pondera a respeito do Poder Executivo ter melhores meios de desenvolver políticas públicas de saúde, não recomendando a tutela judicial de tratamentos e medicamentos pelo Poder Público: "Diante do exposto, é possível compendiar nas proposições seguintes as principais ideias no que diz respeito ao dever estatal de fornecer medicamentos à população: A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo - União, Estado ou Município - que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica. B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas - de ordem médica, administrativa e orçamentária - competem primariamente ao Poder Legislativo e Executivo. C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas - para a modificação das listas - o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos[155].

Esse mesmo pensamento deve ser posto ao setor privado, no caso do objeto contratual for a saúde, malgrado, não se possa suscitar o princípio da eficiência na acepção colocada à Administração Pública, mas empresários devem angariar esforços para organização de capital e trabalho, com o intuito de lograr lucros. Assim tanto o setor público como o privado, no que diz respeito à saúde deve, cada um no seu escopo, agir de forma a promover o direito constitucional à saúde.

Vale destacar, que o presente trabalho se propõe a analisar o direito constitucional à saúde no Brasil e em Portugal, e não poderia de ressaltar a conduta da União Europeia, da qual Portugal é Estado-Membro, a mesma está imbuída em proporcionar o direito à saúde a todos sem distinção e de maneira a isonômica e sem barreiras frente a Pandemia de covid-19, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário de qualquer Estado-Membro que a compõe e sobretudo, se destaca a preocupação atual com o direito à saúde, conforme podemos observar através da Declaração dos membros do Conselho Europeu sobre a COVID-19 e a saúde – 25 de fevereiro de 2021:

> Embora a crise da COVID-19 ainda não tenha terminado, chegou o momento de começarmos a reforçar a nossa resiliência futura no domínio da saúde. Trabalharemos no

[155]BARROSO, Luís Roberto. *op. cit*.

> sentido de melhorar a coordenação da UE, em consonância com as competências da União nos termos dos Tratados, a fim de assegurar uma melhor prevenção, preparação e resposta em futuras situações de emergência sanitária. A título prioritário, há que prosseguir os trabalhos a fim de assegurar que a UE disponha dos meios necessários para garantir a todos os seus Estados-Membros quantidades suficientes de vacinas e de material crítico, para apoiar todo o processo de desenvolvimento de vacinas e medicamentos seguros e eficazes, nomeadamente através de investimento precoce na capacidade de produção, e para utilizar da melhor forma os megadados e as tecnologias digitais no domínio da investigação médica e dos cuidados de saúde. Deverão também ser prosseguidos os trabalhos sobre as propostas relativas à União da Saúde e à Estratégia Farmacêutica, nomeadamente no que respeita ao acesso aos medicamentos em todos os Estados-Membros. Convidamos a Comissão a apresentar, até junho de 2021, um relatório sobre os ensinamentos retirados da pandemia de COVID-19 até ao momento. O relatório deverá também abordar a partilha de informações, a coordenação, a comunicação e a contratação conjunta, bem como a forma de assegurar uma capacidade de produção adequada na UE e de constituir reservas estratégicas, apoiando simultaneamente a diversificação e a resiliência das cadeias de abastecimento médico mundiais. Este trabalho deverá ser objeto de seguimento no segundo semestre de 2021. A cooperação multilateral mundial é essencial para fazer face às ameaças atuais e futuras no domínio da saúde. Estamos empenhados em promover a segurança sanitária a nível mundial, nomeadamente através do reforço da Organização Mundial da Saúde, e em trabalhar no sentido de um tratado internacional sobre pandemias no âmbito da OMS. Neste contexto, aguardamos com expectativa a Cimeira Mundial da Saúde do G20, que se realizará em Roma.[156]

Portanto, fica clarividente a importância do direito à saúde ter status constitucional, principalmente nos dias atuais em que a humanidade assiste a um momento que a população mundial é acometida, sem distinção de nacionalidade, de cor, classe social, gênero e crença, com a Pandemia do Covid-19. Devendo os Poderes de cada Estado reverenciar tal direito.

[156] CONSELHO EUROPEU. Declaração dos membros do Conselho Europeu sobre a COVID-19 e a saúde. [consult. 03 mar. 2021] Disponível na Internet: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/pressreleases/2021/02/25/statementofthemembersoftheeuropeancouncilonc ovid19andhealth25february2021/?utm_source=dsmsauto&utm_medium=email&utm_campaign=Declara%u00e7%u00e 3o+dos+mmbros+do+Conselho+Europeu+sobre+a+COVID19+e+a+sa%u00fade+%u2013+25+de+fevereiro+de+2021> .

8 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Para Luís Roberto Barroso, ministro da Suprema Corte Brasileira, a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral deverão ser decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. A judicialização, nesse sentido, não se confunde com o conceito de ativismo judicial. A diferenciação entre os dois institutos é tratada por Daniel Cardoso[157] com maestria. Segundo o autor, o ativismo judicial reflete a intenção, aparentemente deliberada de interferir na esfera de atuação de outros poderes, enquanto a judicialização trata de fenômeno ainda mais amplo, no qual há um comportamento reativo por parte dos juízes, decorrente do somatório de pretensões individuais de correção da desigualdades materiais, o qual, ainda que individualmente considerado não possa ser apontado como exercício de ativismo, quando analisado como fenômeno comportamental coletivo projeta efeitos práticos idênticos ou semelhantes. O autor continua explicando que enquanto no ativismo há invasão da esfera de liberdade do administrador, por meio da restrição das opções a ele disponíveis ao exercício de suas atribuições, com base não apenas em argumentos jurídicos, mas também em convicções pessoais do julgador, nas decisões proferidas dentro do contexto de judicialização das políticas públicas não há, necessariamente, essa invasão.

Luís Roberto Barroso[158] sustenta que o ativismo é uma atitude do poder judiciário e a escolha de um modo especifica e proativo de interpretar a constituição expandindo seu sentido e seu alcance. Em suma, percebe-se que a judicialização de políticas públicas é um fenômeno que engloba, inclusive, o próprio ativismo judicial, motivo pelo qual este capítulo dedicar-se-á inteiramente compreender a judicialização, em sentido amplo.

8.1 A judicialização do direito a saúde no Brasil

Atualmente, a judicialização dos direitos sociais é uma realidade enfrentada com afinco no Brasil, haja vista, a dificuldade em garantir a efetividade nas normas constitucionais estabelecidas com a Constituição de 1988.

[157] CARDOSO, Daniel. *Judicialização da Saúde: solução ou parte do problema*. Londrina: Thoth, 2020.
[158] BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e para a atuação judicial*. [consult. 10 dez. 2020] Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>.

Alguns autores atrelam o início das ações judicializadas no que tange o direito à saúde após a década de 90, sobretudo com as reivindicações das pessoas portadoras de HIV/AIDS para medicamentos e procedimentos médicos. Tal pleito fundamentava-se no direito constitucional à saúde, que incluía o dever do Estado em prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita no Sistema Único de Saúde (SUS). Através dos esforços, este segmento conseguiu estabelecer avanços nas políticas públicas de saúde às pessoas com HIV/AIDS, em especial o acesso universal e gratuito aos medicamentos antirretrovirais[159].

Essas demandas relacionadas a consecução do direito à saúde, na década de 90 e anos 2000, especialmente no que tange a concessão de medicamentos para portadores de HIV marcaram, também, o início do aumento de demandas judiciais relacionadas à saúde no Brasil, haja vista que ficou estabelecido, a partir de sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde como direito público subjetivo, prerrogativa indisponível e assegurada à generalidade das pessoas. Deste modo, alguns julgados da época passaram a conceber o direito a saúde como direito subjetivo de cada indivíduo, mitigando o caráter programático da norma descrita no artigo 196 da Carta Política. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, o caráter pragmático da norma não deveria converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado[160].

---

[159] LOYOLA, Maria Andréa. Medicamentos e saúde pública em tempos de AIDS: Metamorfoses de uma política dependente. Ciência & Saúde Coletiva, vol.13, supl.1, 2012. *apud* RIBEIRO, Danielle Sachetto. *O direito à saúde em tempos neoliberais: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos*. 2014. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Serviço Social, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

[160] "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (artigo 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - 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. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade". (STF - RE-AgR: 271286 RS, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/09/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 24-11-2000).

Atualmente, as demandas judiciais no que tange ao direito à saúde, fundamentam-se em postulado semelhante: O dever do estado em prestar assistência à saúde de forma integral, universal e gratuita.

Em resumo, na atualidade, a insuficiência da concretização de políticas públicas voltadas à área da saúde pelos entes federados, incita o Poder Judiciário a intervir com frequência em favor de sua garantia. Isso porque, em que pese o artigo 196 da Constituição determinar a concretização do direito à saúde por meio de "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", o Supremo Tribunal Federal (e também outros tribunais), por meio de controle difuso de constitucionalidade, tem interpretado que se trata de um direito individual, que pode ser usufruído diretamente por cada indivíduo, e não necessariamente pela implementação de uma política pública[161].

Prosseguindo, como exposto, tais demandas judiciais alargaram-se nos anos 2000, mormente após o célebre julgamento em que assentou a saúde como uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ou seja, anteriormente, era assente que o direito à saúde para ser implementado, dependia de norma regulamentadora, assim, só após norma regulamentar o segmento do direito à saúde, poderia ser implementado. Ocorre que, após os julgamentos paradigmáticos do STF, o direito à saúde passou a ser visto como norma plena, direito subjetiva, prerrogativa jurídica indisponível assegurada ao indivíduo, de forma que, independe de norma regulamentadora, o estado deveria prover o direito à saúde ao indivíduo[162].

Segundo Krell[163], as normas programáticas sobre direitos sociais, inclusivo sobre o direito à saúde, prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. No entanto, elas não representam meras recomendações ou preceitos morais

[161] GONÇALVES, Everton das Neves, SILVA, Marco Aurélio Souza da. A judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro: escassez, custos e eficiência econômico-social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [S.L.], v. 13, n.º 1, pp. 238-263, 5 maio 2018. Universidade Federal de Santa Maria. [consult. 03 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369429084>.

[162] "A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, Artigo 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, Artigo 6.º, c/c Artigo 227, § 1.º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 02/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (Artigo 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 (RISTF, Artigo 37, inc. I)". (STF – Pet. n.º 1246 MC/SC – Relator Min. Celso de Mello – j. 31/01/1997 – DJ 06/03/1997).

[163] KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 20.

com eficácia ética-política meramente diretiva, e sim, constituem Direito diretamente aplicável.

No Brasil, a ampliação de direitos constitucionalmente garantidos e a exigência de cumprimento acabou gerando uma intensa judicialização, haja vista às dificuldades econômico-sociais em implementação efetiva das normas constitucionalmente garantidas. Soma-se a essa dificuldade de efetividade, a intensa precarização do sistema público de saúde brasileiro, marcada pela desestruturação do SUS. Isto posta, não sendo as normas constitucionais sanitárias meras normas programáticas, mas sim normas enunciadoras de um verdadeiro direito público subjetivo, a jurisdicionalização tornou-se perfeitamente possível.

Esses fatores conduziram a um aumento crescente das demandas de judicialização, caso em que a decisão sobre o acesso à saúde passa a estar nas mãos dos juízes e tribunais no país. Além destes, doutrinadores costumam citar inúmeros outros que, em conjunto, contribuem para essa nova realidade brasileira.

8.2 A expansão da judicialização no Brasil após a década de 90

Inicialmente, tem-se como fator importante a própria promulgação da constituição de 1988, que, ao inaugurar uma nova ordem jurídica, implementou um sistema consistente de direitos sociais, ampliando, em larga escala, os direitos fundamentais sociais.

Além disso, a constituição de 1988 buscou instrumentos jurídicos que assegurassem a consecução dos direitos sociais. As ações do sistema de controle concentrado vigente no Brasil – ADI, ADO, ADC, ADPF - assim como o modelo de constitucionalização abrangente e analítico influíram diretamente no aumento de ações. Não bastando, houve um aumento no rol de legitimados nas ações de controle concentrado, estabelecendo-se um direito de propositura amplo, previsto no artigo 103 da Constituição, onde inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas podem ajuizar ações do controle concentrado[164]. No Brasil, além do amplo rol de legitimados, descritos no artigo 103.º da Constituição[165], um grande número de assuntos pode ser

[164] RIBEIRO, Danielle Sachetto. *op. cit.*
[165] Artigo 103.º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito FederalVI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

compreendido como matéria constitucional, e, portanto, passível de análise pela suprema corte brasileira. No âmbito do sistema de controle concentrado, ações com a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação de Inconstitucionalidade por omissão representam importantes instrumentos na consecução dos direitos sociais, uma vez que representam instrumentos que confrontam a Suprema Corte Brasileira a se manifestar em demandas sociais, sobretudo no que tange a saúde.

Esta última representou inovação com a CF de 1988, tratando-se de ação destinada a tornar efetiva norma constitucional, haja vista as hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Assim, a ação determina um movimento frente à uma norma, seja de caráter legislativo, seja por uma ação administrativa. Em suma, o ponto central sobre o tema da judicialização se refere exatamente a esse movimento, em que o Poder Judiciário assume o protagonismo da discussão sobre conflitos político-sociais, assumindo papel fundamental na garantia de direitos e na implementação de políticas públicas.

Ademais, não há como olvidar que o sistema de controle difuso também apresenta um papel de destaque uma vez que que qualquer juiz ou tribunal do país é instado a se manifestar sobre a constitucionalidade de normas. No sistema de controle difuso os instrumentos processuais que podem ser manejados pelo paciente que pleiteia a assistência à saúde perante o Poder Judiciários podem ser inúmeros.

Frequentemente são utilizados: a ação civil pública, disciplinada pela Lei n.º 7347/85; o mandado de segurança; e as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar.

A ação civil pública mostra-se um importante instrumento no auxílio das ações de saúde, auxiliando hipossuficientes financeiramente, sem condições econômicas de suportar os custos do tratamento, é dever do Estado fornecer medicamento gratuitamente, consoante regra insculpida no artigo 196 da Constituição Federal[166].

[166] "REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - IMPRESCINDIBILIDADE DO REMÉDIO - OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO MANTIDA - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE - REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO IMPROVIDO. A responsabilidade para o fornecimento de medicamentos é concorrente entre a União, Estados e Município, podendo qualquer deles ser demandado em juízo para sua prestação. Comprovada a necessidade de utilização do medicamento e sendo o beneficiado portador da enfermidade hipossuficiente financeiramente, sem condições econômicas de suportar os custos do tratamento, é dever do Estado fornecer medicamento gratuitamente, consoante regra insculpida no artigo 196 da Constituição Federal. O sequestro de verba pública é juridicamente viável, desde que exista nos autos comprovação de que o Estado não esteja cumprindo a obrigação de fornecer medicamento, evidenciando-se que a inércia possa caracterizar risco à saúde e à vida". (TJ-MS - Remessa Necessária Cível: 08002408320138120003 MS 0800240-83.2013.8.12.0003, Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 26/01/2015, 1.ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/02/2015).

Nessa mesma perspectiva, a década marcada pela redemocratização trouxe um maior nível de informação e de consciência de direitos à população brasileira, revivendo a importância do Judiciário como guardião das garantias e dos direitos fundamentais. Além disso, a estruturação da Defensoria Pública e a expansão atuante do Ministério Público expandiram o acesso à população mais humilde[167]. A Defensoria Pública e o Ministério Público, como funções essenciais à Justiça, permitem um acesso mais igualitário À justiça, à medida que oferece instrumentos para que a população mais pobre, aos hipossuficientes tenha o devido acesso ao judiciário, fato, indiscutivelmente importante na consecução dos direito sociais de forma universal.

Assim, enquanto a Defensoria Pública tem a missão constitucional de garantir os princípios constitucionais de acesso à justiça e igualdade entre as partes e o direito à efetivação de direitos e liberdades fundamentais, mediante acesso à população que não tem condições financeiras de pagar as despesas desses serviços, o Ministério Público, instituição de caráter permanente, tem função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais indisponíveis e pertencentes a uma coletividade, devendo zelar pelos serviços de relevância pública e proteger os direitos constitucionais. De modo contrário, embora possua um amplo rol de direitos constitucionalizados, o que se nota é a inegável dificuldade de concretização desse Estado Social, fato este que, irremediavelmente, conduz a judicialização.

Destarte, a ineficiência administrativa produz, no sistema, a falta de credibilidade. Segundo Cardoso, “os recorrentes episódios de falha no serviço, criam ambiente propício para o surgimento da sensação de incapacidade do Estado de fazer frente às demandas sociais, o que acaba ocasionando a propositura de processos judiciais”[168].

8.3 Obstáculos e críticas à judicialização da saúde no Brasil

Luís Roberto Barroso[169], em importante artigo, lista inúmeras crítica à crescente judicialização no Brasil. Inicialmente, refere-se ao fato de que alguns autores não parecem concordar com as linhas gerais traçadas pelo STF, pois, segundo o Barroso, em análise precisa na constituição, é possível perceber que o artigo 196 estabeleceu uma norma essencialmente programática, de forma que o direito à saúde deveria se concretizar por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais.

[167] RIBEIRO, Danielle Sachetto. *op. cit.*
[168] (CARDOSO, Daniel. *Judicialização da Saúde: solução ou parte do problema*. Londrina: Thoth, 2020. p. 86.
[169] BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*

Barroso delimita que a concretização do direito a saúde deveria ser tarefa dos órgãos executores de políticas públicas, porque, à medida que o Judiciário assume esse papel, desenvolve uma espécie de superioridade em relação aos outros poderes. Sobre isso, Daniel Cardoso[170] dispõe que, ao colocar um poder em condição de superioridade ao outro, a constatação reforça a impressão de que a judicialização, longe de servir para corrigir distorções e falhas pontuais no sistema, tem sido utilizado para colocar determinadas pessoas em privilégio em relação à toda coletividade.

Nesse diapasão, Octávio Luiz Motta Ferraz[171] afirma que o grande número de demandas individuais só vem a aumentar as desigualdades, em que alguns poucos serão atendidos e a coletividade ficará à própria sorte, reduzindo, pois, a possibilidade de serviços e bens que poderiam ser oferecidos a esta coletividade. Segundo o autor, torna-se evidente que a judicialização beneficiará as pessoas com a renda maior, haja vista que possuem mais condição de acesso à informação, sobretudo no que se refere a direitos e novos medicamentos ou tratamentos disponíveis[172].

Barroso retoma afirmando que outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição, segundo o autor, o Poder Executivo gerencia as decisões e alocações de recursos disponíveis, haja vista que possui uma visão global da estrutura social, de forma que o direito à saúde, já estaria delimitado pelo constituinte originário como fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais, por exemplo, que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levaria, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela própria Constituição de 1988. Por fim, Barroso circunscreve-se a uma crítica eminentemente técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde.

Everton das Neves[173], nesse sentido, pergunta-se se o Judiciário teria, mesmo contando com estruturas de apoio técnico, competência e legitimidade para se manifestar sobre o uso específico de tecnologias em saúde? Não estaria assim interferindo na formulação de políticas públicas? Insiste em indagar-se, ao criar a via do Judiciário para acesso a tecnologias, não se está tratando desigualmente os pacientes acometidos pela mesma doença e agravo de acordo com o acesso ou não ao sistema de Justiça?

---

[170] CARDOSO, Daniel. *op. cit.*
[171] FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *De quem é o SUS?*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2007. [consult. 12 dez. 2020] Disponível na Internet: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2012200709.htm>.
[172] Ibidem.
[173]GONÇALVES, Everton das Neves, SILVA, Marco Aurélio Souza da. *op. cit.*

O tema da judicialização da saúde tornou-se algo comum, natural, cotidiano e comum nos serviços de saúde, e também, na indústria farmacêutica, sobretudo quando esta tem interesse na venda de produtos que os gestores de políticas públicas se eximiram de formular e aplicar. A normalização da judicialização da saúde deixa cristalina as dificuldades do Judiciário e, mais ainda, das dificuldades de formulação de políticas públicas e implementação do acesso a toda a sociedade da forma como prevista na legislação brasileira. O célebre artigo do autor Luís Roberto Barroso demonstra, de forma criteriosa, algumas das críticas mais comuns que perpassam sobre o tema da judicialização. Contudo, ainda, uma das críticas mais pontuais sobre a judicialização do direito a saúde repousa sobre o elevado custo da judicialização.

No caso, é sabido que todos os direitos possuem custos e por isso, dependem de recursos financeiros para a sua concretização, bem como da ajuda e assistência dos órgãos do governo, no caso da judicialização, os custos parecem ir de encontro a ordem política de escassez de recursos de variadas ordens.

Um exemplo de custos dos direitos pode ser visto no caso da concessão de medicamentos. O gasto do governo federal com a compra de medicamentos por determinação da Justiça, em 2010, foi de R$ 122 milhões; em 2011, de R$ 230 milhões; em 2012, de R$ 367 milhões; em 2013, de R$ 549 milhões; em 2014, de R$ 839 milhões; em 2015, de R$ 1,1 bilhão e, em 2016, de R$ 1,6 bilhão[174].

Nesse sentido, Holmes e Sustein[175] aduzem que os direitos subjetivos eminentemente possuem custos, e não podem ser garantidos ou protegidos sem o apoio financeiro do governo, haja vista que é condição inseparável dos direitos positivos a contraprestação estatal, de forma que, os juízes não podem se olvidar que as suas decisões acarretam inúmeros gastos à máquina pública estatal. Todas as críticas parecem traçar um cenário em que a judicialização encontra empecilhos e obstáculos a plena e eficaz realização, contudo, não se pode negar que a saúde é uma condição para o exercício dos demais direitos fundamentais, sendo, pois, direito inerente, direito fundamental e de relação intrínseca ao direito à vida.

8.3.1 Direito a saúde: direito inerente à vida e condição para o exercício de direitos fundamentais

Diante desse cenário, em que há deliberada omissão na implantação de políticas públicas que visem a criar e manter a melhoria do atendimento de saúde dos cidadãos foi assentado que, muitas vezes, a melhor solução é recorrer ao Poder Judiciário para

[174]GONÇALVES, Everton das Neves, SILVA, Marco Aurélio Souza da. *op. cit.*
[175] HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The cost of right: why liberty depends on taxes.* New York: Norton & Co., 1999. p. 15.

que seus direitos sejam reconhecidos em face dos órgãos estatais como forma de obter um tratamento eficaz seja por medicamento, cirurgia, exame ou outros, que não são ofertados pelo SUS. Através das vias judiciais os pedidos serão feitos adequando-se a cada caso, com base no direito fundamental que todo cidadão tem à saúde.

Nessa perspectiva, é fundamental reconhecer que não se pode anular o direito a recorrer ao judiciário, mormente quando é instrumento utilizado para garantir direito fundamental: O direito a saúde. Isto posto, conforme já internalizado na sociedade e à vista desse fator primordial não há como olvidar que a judicialização da saúde contribui para a consolidação do SUS.

Faz-se necessário no momento, abrirmos um parêntese para chamar atenção que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assevera que a execução de políticas públicas de defesa à saúde é de responsabilidade da União e dos Estados, nos termos do disposto no artigo 24, inciso XII, da Lei Maior, que trata das competências concorrentes: O referido artigo 24 da Constituição Federal do Brasil de 1988 determina que a competência legislativa concorrente foi distribuída entre a União, os Estados e o Distrito Federal, não fazendo menção os Municípios entre os legitimados. Mas, não significa que estes estejam excluídos, sendo tal competência supletiva no que diz respeito à legislação federal e estadual, no que couber, conforme dispõe o artigo 30, II, da Constituição[176].

Assim, mesmo que não mencionados expressamente no artigo 24 da Constituição Federal do Brasil de 1988, a competência legislativa dos Municípios, é que os mesmos legislem concorrentemente sobre assuntos de interesse local ou suplementar à legislação federal e estadual no que couber, com fundamento no artigo 30 da mesma Constituição Federal do Brasil de 1988.

Assim, é possível entender que o serviço de saúde é da responsabilidade de todos os membros federativos, seja de forma direta ou indireta. Mas, é importante ressaltar, que os serviços de saúde são onerosos e os recursos municipais são limitados, logo se estabeleceu a competência dos Estados e da União Federal para prestarem cooperação técnica e financeira aos Municípios.

O artigo n.º 198 revela que o SUS é o sistema de saúde brasileiro organizado de forma hierárquica e descentralizada onde há atribuições próprias para cada esfera de governo, enfatizando o papel da municipalização. O princípio do SUS que está no inciso IX, artigo 7.º da Lei 8.080, tal princípio repousa na transferência de responsabilidades, atribuições e recursos da União para os Estados e Municípios, detalhando as atribuições

[176] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. Ed. 3°, São Paulo: Atlas, 2005, p. 28.

de cada ente da federação em relação ao SUS. Cabendo à União Federal as funções de gestão e organização.

Nesse sentido, como é dever constitucional do Estado o direito à saúde e todos os entes da federação devem preservar tal direito. Fica clarificado, que o mesmo Estado não pode se eximir de ações judicializáveis, sobretudo porque perpassa por um dos instrumentos capazes de efetivar o exercício de direito[177]. No entanto, é preciso estabelecer limites e parâmetros bem delimitados a fim de assegurar o direito a saúde, sem estabelecer preferências e com organização a fim de não penalizar o sistema em geral[178].

Ademais, é assente nos tribunais que o Estado não deve a pretexto do descumprimento de seus deveres institucionais, esconder-se sob o manto da "reserva do possível", pois essa não se presta como justificativa para que o Poder Público se exonere do cumprimento de obrigações constitucionais, principalmente aquelas que se referem aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Quanto ao princípio da separação dos poderes e suposta ingerência estatal, contestava-se afirmando a atribuição do Poder Judiciário de controle da legalidade dos atos do poder público[179], alegou-se ainda, que os direitos sociais não poderiam ficar à mercê da boa vontade da Administração Pública, não sendo o princípio da separação de poderes óbice para a concretização dos direitos[180]. Nesse sentido, é certo que cabe ao Judiciário assegurar, ao que lhe busca socorro, os direitos previstos em Lei, mormente na Constituição da República, tanto mais aqueles tão caros ao cidadão, como o direito à saúde e à vida.

Ferraz[181]dispõe que países como o Reino Unido, que optaram pelo caminho da saúde pública e universal, compreenderam bem os valores dessa opção: maior coesão social fato que o diminui a estigmatização e a queda de qualidade que necessariamente

---

[177] Nesse sentido, Isa Filipa Antonio de Sousa salienta que se o Estado reduzir as prestações sociais ao estritamente necessário, a um núcleo mínimo do ponto de vista da solidariedade, tornando o cidadão individualizadamente considerado, responsável pelas suas próprias necessidades (v. g. saúde) colocar-se-á em risco a própria "alteridade", ou seja, a "preocupação com outro", a qual é traço marcante de um Estado cuja matriz reconduz-se à justiça social e a valores de solidariedade. (SOUSA, Isa Filipa Antonio de. *op. cit.*)

[178] "(...) É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde (...)". (STF. 1.ª Turma. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016).

[179] Utilizou-se como precedente: "Não há que se falar em ingerência do Judiciário na esfera dos outros Poderes, visto que lhe cabe a prerrogativa jurídico-constitucional do monopólio da jurisdição e, nessa qualidade, ostenta a atribuição de exercer o controle judicial da legalidade dos atos emanados dos entes públicos. Com efeito, é certo que cabe ao Judiciário assegurar, ao que lhe busca socorro, os direitos previstos em Lei, mormente na Constituição da República, tanto mais aqueles tão caros ao cidadão, como o direito à saúde e à vida". (AG 0005166-62.2011.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.705 de 09/09/2011).

[180] "Não há que se falar em ingerência do Judiciário na esfera dos outros Poderes, visto que lhe cabe a prerrogativa jurídico-constitucional do monopólio da jurisdição e, nessa qualidade, ostenta a atribuição de exercer o controle judicial da legalidade dos atos emanados dos entes públicos. Com efeito, é certo que cabe ao Judiciário assegurar, ao que lhe busca socorro, os direitos previstos em Lei, mormente na Constituição da República, tanto mais aqueles tão caros ao cidadão, como o direito à saúde e à vida". (AG 0005166-62.2011.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.705 de 09/09/2011).

[181] FERRAZ, Octávio Luiz Motta.*op. cit*.

acompanham os serviços públicos destinados exclusivamente aos mais pobres. O autor delimita que a sociedade brasileira fez essa mesma opção com a Constituição de 1988, determinando que o SUS é de todos e por isso, deverá fazer valer essa opção, incentivando (e não o contrário) os mais ricos a utilizar o SUS pela porta da frente, e não pela via judicial. Esse é o caminho mais curto para um serviço público de saúde de qualidade.

Em suma, é fundamental perceber que a judicialização é importante instrumento para a consecução do direito à vida, não podendo ser suprimida como alternativa aos indivíduos, contudo, é necessário traçar parâmetros e limites que favoreçam a viabilização legal, sem gerar prejuízo à coletividade.

A autora Isa Filipa António de Sousa[182] oferece como solução a esse impasse a definição de prioridades governamentais, do estabelecimento de metas e tomada de opções ao nível da distribuição de recursos econômicos, desde logo, no próprio Orçamento de Estado. Ademais, é preciso contar com o assessoramento de especialistas aos juízes e tribunais, seja em cada estado ou em polo único, para que eles tenham informações mais precisas em relação aos pedidos de medicamentos ou atendimentos. Todos esses fatores parecem uma forma de dar credibilidade e racionalidade ao sistema.

Nessa perspectiva, em que as ações judiciais relacionadas à saúde encontram óbice na proposta orçamentária desdobra-se o princípio do mínimo existencial. O conteúdo domínio existencial está diretamente relacionado ao direito à vida e na dignidade da pessoa humana, abrangendo as prestações básicas como alimentação, abrigo, saúde ou os meios necessários para a sua satisfação. Nesse sentido, “o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento. A ministra do Supremo Tribunal de Justiça, Carmen Lúcia, ressalta que a noção de "mínimo existencial", resulta, por explicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, artigo 1.º, III, e artigo 3.º, III), compreendendo um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança[183].

[182] SOUSA, Isa Filipa Antonio de. *op. cit.*
[183] Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 684445. SP, Relator(a): Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 17/05/2012. Acesso em 22/05/2013.

Nesse contexto, ressalta-se, ademais, que mais importante que a instituição de critérios objetivos, o auxílio de médicos especializados e a definição de atribuições dos entes, é a compreensão do caráter coletivo e progressivo dos serviços oferecidos pelo SUS. Resta claro que a disponibilidade orçamentária sempre vai ser uma questão a ser considerada quando da discussão de direitos sociais. Quando da análise entre o direito à saúde de um indivíduo, que solicita serviços além do que pode ser oferecido, frente à coletividade que necessita do básico, não há o que se ponderar. Deve-se esclarecer novamente que a judicialização não é o problema a ser enfrentado, mas o excesso desta, ou ainda, a utilização sem parâmetros e critérios específicos.

9 PARÂMETROS DAS AÇÕES JUDICIALIZÁVEIS NO BRASIL

Com a expansão da judicialização, os próprios Tribunais Supremo Tribunal Federal sentiram a necessidade de estabelecer parâmetros com o fito de unificar a jurisprudência, orientando magistrados e operadores do direito para que pudessem estabelecer soluções plausíveis e, até certo ponto, padronizáveis, no que tange o direito à saúde[184]. Alguns parâmetros e elementos foram inseridos na dinâmica criteriosa de análise às deliberações no que tange o direito à saúde.

Em 2009, marco do início dessas formulações foi a Audiência Pública[185] n.º 04, convocada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que objetivava estabelecer critérios para as decisões da Suprema Corte. Na ocasião, foram ouvidas cerca de 50 profissionais, das mais variadas áreas, envolvendo o direito à saúde com o objetivo único de orientar e estabelecer padrões nas ações judicializáveis na Suprema Corte.

As conclusões delimitadas na Audiência Pública n.º 04 de 2009 foram sintetizadas na Ação de Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, do Ceará, que foi o primeiro grande julgado após a realização da respectiva audiência.

Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes firmou premissas básicas para a consecução do direito à saúde através das ações judiciais. Segundo o Ministro, preliminarmente, é fundamental observar se já existe uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada, haja vista que, nesse caso, o judiciário deverá atuar apenas na determinação do seu cumprimento, não atuando como órgão gestor de políticas públicas e apenas determinando o seu cumprimento. Caso esse não seja o caso, o segundo passo é avaliar se houve alguma omissão legislativa ou administrativa. Ferreira[186] sintetiza a tese de Gilmar Mendes em duas indagações preliminares quais sejam: 1) Há política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte; 2) Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é preciso distinguir se o não atendimento decorre de: a) uma omissão legislativa ou administrativa; b) de uma decisão administrativa de não a oferecer ou; c) de uma vedação legal a sua dispensação.

---

[184] FERREIRA, Vanessa Rocha. *op. cit.*, p. 69.

[185] "Audiência pública é um instrumento que se propõem viabilizar a interpretação aberta e dialógica da constituição e da argumentação jurídica, permitindo que os magistrados e Tribunais possam tomar decisões fundamentadas na percepção de diversos atores sociais". (DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades, CARVALHO, Ecaroline Pessoa de. Análise do impacto das decisões dos tribunais superiores nas decisões do STF após a audiência pública da saúde de 2009. In: *Revista da faculdade de direito*. UFPR: Curitiba, n. 58, 2013. pp. 83-107).

[186] FERREIRA, Vanessa Rocha. *op. cit.*

Essas premissas básicas resultaram na aprovação da Recomendação n.º 31[187] que estabeleceram diretrizes e parâmetros na consecução do direito à saúde para garantir a eficiência nas decisões de magistrados e Tribunais.

Em resumo, a mencionada Recomendação estabeleceu alguns parâmetros para as decisões, dispondo, por exemplo, que deve ser evitado o fornecimento de medicamentos não autorizados pela ANVISA, ou, ainda, de medicamentos que estão em fase experimental. A recomendação determinou, também, que os juízes deverão ouvir, sempre que possível, os gestores, antes da determinação da concessão de medidas de urgência. Por fim, parâmetro fundamental determinado pelo documento foi a necessidade de que os tribunais orientassem seus magistrados a delimitar as ações com relatórios técnicos, com descrição detalhada da doença, medicamentos e respectivo tratamento.

Logo depois, com a Resolução n.º 107/2010[188], o Fórum Nacional do Judiciário foi criado objetivando a fiscalização e resolução das demandas nessa área, mais tarde, culminando com a instituição dos Comitês Executivos Estaduais, com o objetivo de

[187] "Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.
(...) I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:
a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;
b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:
b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;
b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;
c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;
d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON;
II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:
a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria; Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação a todos os Tribunais". (BRASIL. *Recomendação nº 31 de 10 de março de 2010*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2010. [consult. 12 dez. 2019] Disponível na Internet: <https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>).

[188] BRASIL. *Resolução n. 107/2010, de 06 de abril de 2010*. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. [cosnult. 12 dez. 2019] Disponível na Internet: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>.

coordenar e executar ações específicas. Todo esse cenário culminou a existência de importantes julgados relativos à concessão de medicamentos no âmbito da saúde.

Em 2018, o Superior Tribunal de Justiça fixou importante tese, através do REsp 1.657.156-RJ[189], consignando que o poder público é obrigado a conceder medicamentos mesmo que não estejam incorporados em atos normativos do SUS. Contudo, a tese fixou a importância do preenchimento de três requisitos cumulativos: a) comprovação, por meio de laudo médico[190] detalhado expedido por médico sobre a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da doença, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na ANVISA[191].

Em suma, os parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte no que tange a concessão de medicamentos não estabelecidos na lista do SUS perpassam pelo registro anterior na ANVISA, pela comprovação da incapacidade financeira, e, ainda, pela comprovação da imprescindibilidade do tratamento prescrito. No que tange ao registro na ANVISA, o jurista objetivou principalmente proteger o enfermo das consequências de uso de medicamentos experimentais, sem eficácia comprovada. A ANVISA é autarquia sob regime especial, vinculada ao ministério da Saúde encarregada de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, além disso, a autarquia desempenha importante papel no controle e fiscalização de medicamentos de uso humano, inclusive no que concerne ao registro de medicamentos.

Quanto a necessidade de demonstração da imprescindibilidade do tratamento, buscou resguardar a coletividade, evitando a concessão de medicamentos desnecessários ou substituíveis.

Por fim, quanto à incapacidade financeira, restou melhor especificado que a requer a comprovação da hipossuficiência daquele que requer o medicamento. Nota-se que não se fala em hipossuficiência financeira em sentido amplo, mas sim, ausência de

[189] STJ. 1.ª Seção. REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018.

[190] "As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica." (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciado 15 aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional De Justiça Em 15 De Maio De 2014 – São Paulo-Sp. [consult. 12 dez. 2019] Disponível na Internet:https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>).

[191] A ANVISA é uma agência reguladora com a finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999).

capacidade financeira especifica para a compra do medicamento sem prejudicar o orçamento financeiro familiar.

Tais requisitos se aplicam aos medicamentos que judicilizáveis que não compõe a lista do SUS. Contudo, logo em seguida, existiram demandas requerendo medicamentos que não estavam previstos na lista do SUS e também, não possuíam o devido registro na ANVISA.

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal precisou estabelecer parâmetros para delimitar a concessão de medicamentos, dessa vez, em referência especifica aqueles com ausência de registro na ANVISA. Nesse caso, em particular, os tribunais já haviam consignado sobre a proibição de vedação de concessão de tratamentos experimentais. Contudo, em certos casos, a ausência de previsão de um medicamento não pode ser utilizada como subterfúgio para o acolhimento do pedido, mormente em face do célere avanço das técnicas da medicina que não parece acompanhar os protocolos de registro da ANVISA.

No célebre julgado, o Supremo Tribunal Federal fixou requisitos para a concessão de medicamentos, a despeito da existência de registro na ANVISA[192]. Dentre os requisitos, o Tribunal delimitou que o pedido será concedido sempre que houver mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido, e ainda, houver o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; c) inexistência de substituto terapêutico no Brasil.

A Lei n.º 13.411/2016 alterou a Lei n.º 6.360/1976 estabelecendo prazos[193]adequados nos processos de registro e de alteração pós-registro de medicamentos. Essa lei é fixada como parâmetro para averiguar se a demora na concessão do registro de um medicamento é razoável ou não. Caso seja uma demora irrazoável, tem-se por satisfeito o primeiro requisito para a concessão do medicamento

[192] "A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil". (STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019).

[193] Artigo 17-A . Os prazos estabelecidos para a decisão final nos processos de registro e de alteração pós-registro de medicamento levarão em conta os seguintes critérios:
I - complexidade técnica;
II - benefícios clínicos, econômicos e sociais da utilização do medicamento objeto do requerimento.
(...)
§ 2º Os prazos máximos para a decisão final nos processos de registro e de alteração pós-registro de medicamento serão, respectivamente:
I - para a categoria prioritária, de cento e vinte dias e de sessenta dias, contados a partir da data do respectivo protocolo de priorização;
II - para a categoria ordinária, de trezentos e sessenta e cinco dias e de cento e oitenta dias, contados a partir da data do respectivo protocolo de registro ou de alteração pós-registro.

sem registro na ANVISA. Os requisitos subsequentes dizem respeito a existência de registro em alguma renomada agência que faça regulação de medicamentos no exterior, a imprescindibilidade do remédio, haja vista que, se existir substituto terapêutico com registro na ANVISA, deverá se optar por este. Ou seja, Se o paciente tiver outra opção satisfatória para o tratamento da doença com o devido registro sanitário, não pode o Poder Judiciário obrigar o Poder Público a importar o fármaco pedido pelo paciente, mesmo que os graus de eficácia dos tratamentos não sejam idênticos.

9.1 As diretrizes delimitadas na Lei n.º 12401/2011

De fato, a judicialização, já no seu início, impulsionou a criação do programa de medicamentos para HIV/AIDS. Mais atualmente, impulsionou a edição da Lei n.º 12.401/2011, que tornou mais ágil o processo de incorporação de novas tecnologias ao SUS, fixando prazo para conclusão, criou a CONITEC e determinou a realização de consultas públicas nos processos de incorporação, exclusão e alteração de tecnologias, permitindo a participação da comunidade na tomada de decisões.

A lei é considerada marco na incorporação de tecnologias em saúde no SUS. A Lei n.º 12.401/2011 incluiu, ainda, diversos dispositivos na Lei n.º 8.080/1990 tratando sobre a assistência terapêutica e prevendo o fornecimento de medicamentos. No artigo 19.º-M, 19.º-N, 19.º-O, 19.º-P[194] da lei há previsão de que dispensação (fornecimento) de medicamentos será feita com base no protocolo clínico ou de diretriz terapêutica e,

[194] Artigo 19.º-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do artigo 6º consiste em:
I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no artigo 19-P;
II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaborada pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado."
"Artigo 19.º-N. Para os efeitos do disposto no artigo 19-M, são adotadas as seguintes definições:
I - produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;
II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS."
"Artigo 19.º-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.
Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo."
"Artigo 19.º-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:
I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;
II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;
III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde."

na falta disso, com base nas relações de medicamentos do SUS. A lei previu protocolos clínicos e parâmetros e prazos para início de tratamento em relação a algumas doenças. Ainda, a lei vedou o pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamentos não autorizados pela ANVISA[195].

Em suma, as decisões do Supremo Tribunal Federal citadas, a Resolução n.º 107/2016, bem como a Lei n.º 12.401/2011 representaram importantes avanços na delimitação da concessão o direito a saúde, permitindo o surgimento de um direito mais fluido.

[195] Artigo 19.º-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:
I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;
II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

10 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE EM PORTUGAL

É possível de se aferir algumas decisões no que diz respeito a obrigatoriedade de cumprimento das decisões judiciais por parte da administração pública portuguesa. Em 2007 houve uma decisão judicial que condenou a Ilustríssima Ministra de Saúde Ana Jorge. A referida Ministra fora condenada pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra ao pagamento de quase 25 euros por dia, em face do descumprimento de uma decisão que buscava a redução da comparticipação judicial do medicamento Venex Forte, que é utilizado no tratamento de insuficiência venosa crônica em casos como varizes e problemas circulatórios[196].

Em um panorama a acerca da natureza obrigacional do Estado em efetivar o direito fundamental à Saúde tem-se o Tribunal Constitucional de Portugal (TC)[197], uma vez que, as decisões emanadas do referido Tribunal Constitucional proporcionam a efetivação de determinados direitos, atos, bem como leis infraconstitucionais, tudo em consonância com os ditames da Carta Magna Portuguesa de 1976[198].

Nesse viés, podem-se trazer à baila algumas decisões relevantes que traduzem a interpretação e consequente efetivação do direito fundamental social à saúde previsto na Constituição Portuguesa de 1976. Com destaque, podemos citar o acórdão n.º 39/1984[199], onde o então Presidente da República o Sr. António Ramalho Eanes arguiu a inconstitucionalidade, solicitando ao referido TC que declarasse a inconstitucional a revogação perpetrada pelo artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/1982, que substituiu o Decreto-Lei n.º 488/1975 revogando vários artigos, sem ao menos substituí-los por outros, da Lei n.º 56/1979 da Assembleia da República que tinha por objetivo definir as bases gerais do regime jurídico do Serviço Nacional de Saúde - SNS, fato que desemborcou na inutilização e consequente, extinção de todo o referido sistema, com previsto no n.º 2 do artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa.

---

[196] P.PÚBLICO. *Ministra da saúde condenada a pagar cinco por cento do salário mínimo por dia*. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet: <https://www.publico.pt/2011/05/05/sociedade/noticia/ministra-da-saude-condenada-a-pagar-cinco-por-cento-do-salario-minimo-por-dia-1492789>.

[197] ("O Tribunal Constitucional (...) é um órgão constitucional a se, e, por outro, é um tribunal que apresenta importantes especificidades quanto à sua composição, competência e funcionamento. (...) tem uma posição e uma intervenção específicas no sistema constitucional do poder político: declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas, nomeadamente, das legislativas, o que implica a sua cessação de vigência; competências quanto ao Presidente da República e quanto aos referendos nacionais e locais, e em matéria de partidos políticos, de titulares de cargos políticos e de eleições". (PORTUGAL, *Tribunal Constitucional – TC*. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>).

[198] Direito à saúde previstos nos artigos Artigo 52, n.º 3, alínea a; artigo 59, n.º 1, aliena c; artigo 60, n.º 1; artigo 64; artigo165, n.º 1, alínea f; artigo 207, n.º 2.

[199] PORTUGAL. *Acórdão nº 39/1984*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheiro Vital Moreira. Data de julgamento 11.04.1984. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html%3e.%20Acesso%20em%2010.05.20>.

O referido Presidente da República alegou que Decreto-Lei n.º 254/1982, diploma legislativo do Governo feriu a Constituição quando trouxe a extinção do SNS, uma vez que, constituía matéria de competência exclusiva à Assembleia da República (artigo 167.º, alínea 'c' da CRP/1976), por apreciar direitos fundamentais, consoante sua natureza análoga prevista no artigo 17.º, e sendo integrante tanto da Parte I que dispõe sobre os direitos e deveres fundamentais como também do título III que prevê direito e deveres econômicos e sociais todos também da Carta Maior Lusitana, não poderia ser revogado por de diploma legal da natureza jurídica infraconstitucional.

Ao analisar tal acórdão, André Carvalho Luz[200], ressalta que o entendimento do Tribunal Constitucional a época, no que diz respeito ao direito social à saúde, *in casu*, a criação e regulamentação do Serviço Nacional de Saúde, não pode ser referido como análogo (artigo 17.º da CRP/1976) aos direitos fundamentais previstos nos direitos, liberdades e garantias, sendo estes de competência exclusiva da Assembleia da República, o que, por conseguinte não poderia por estes argumentos, ter o artigo 17.º do Decreto Lei n.º 254/1982 infligido a Constituição.

No caso em comento, a inconstitucionalidade foi declarada no bojo da ação de inconstitucionalidade, com isso festejou a proteção do direito à saúde na Constituição e impôs ao Estado Português a constituição do Sistema Nacional de Saúde, e proibindo a sua extinção. Pois, extinguindo-o, como previsto no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/1982, existiria uma afronta a Constituição, concretizando-se de forma clara uma inconstitucionalidade por ação.

Prossegue ainda, André Carvalho Luz[201], ressaltando decisões relevantes como, por exemplo, o acórdão n.º 67/2007[202] do Tribunal Constitucional que tratou do caso que o Hospital integrado ao Serviço Nacional de Saúde, realizou uma cobrança de uma quantia referente à prestação de cuidados de saúde para um paciente que recebeu os certos tratamentos, pois o mesmo não havia apresentado o cartão de utente (cartão este que tem a finalidade de identificar seu titular perante as instituições do Serviço Nacional de Saúde bem como nas privadas integradas a este). O Tribunal Constitucional declarou como inconstitucional a interpretação da norma, uma vez que obrigava o paciente ao pagamento dos serviços de saúde prestados, quando este não apresentasse o cartão utente no prazo de 10 dias subsequentes à interpelação para pagamentos dos encargos

[200] LUZ, André Carvalho. *A Efetividade do Direito Fundamental de Prestação à Saúde, No Contexto do Princípio da Reserva do Possível, Pelo Poder Judiciário*. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, 2012. p. 103.
[201] Ibidem, p. 104.
[202] PORTUGAL. *Acórdão nº 67/2007*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma. Data de julgamento 30.01.2007. [consult. 19 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070067.html>.

financeiros relativos a prestação de serviço[203]. A decisão em questão foi oriunda do colegiado, mas embasada em várias decisões monocráticas do próprio Tribunal Constitucional. Tais como as Decisões Sumárias n.º 49/2004356[204], n.º 557/2007357[205]e a n.º 274/2008358[206]. Ou seja, uma formação jurisprudencial que desembocou na decisão presente no acórdão n.º 221/2009359.

Vale ressaltar, que as decisões citadas trazem no seu bojo a intenção de perfilhara ideia que o Serviço Nacional de Saúde – SNS, é sem dúvidas um instrumento de relevante importância para efetivar o direito à saúde inseto no artigo 64.º, n.º 2, presente no título III que trata dos direitos sociais na Constituição de República Portuguesa. Tal status traduz a sua obrigação constitucional para fins de direção e atendimento à concretização de um direito fundamental[207].

Nesse sentido, é possível observar que o Tribunal Constitucional de Portugal, quando provocado para se pronunciar sobre a questão da proteção ao direito à saúde, suas decisões são no sentido de preservar veementemente esse direito. Levando em consideração as particularidades de cada caso posto a sua apreciação fazendo com isso, deferência aos ditames presente na Constituição Portuguesa de 1976. É possível citar ainda algumas decisões oriundas do respectivo Tribunal Constitucional, no decorrer do tempo, que ratificam tal afirmação. Como exemplo: acórdão nº 24/1983[208],

[203] PORTUGAL. *Acórdão n.º 67/2007*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma. Data de julgamento 30.01.2007. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070067.html>.

[204] PORTUGAL. *Decisão Sumária n.º 49/2004*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheira Maria Helena Brito. Data de julgamento 03.02.2004. [consult. 19 mai. 2021] Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20040049.html >.

[205] PORTUGAL. *Decisão Sumária n.º 557/2007*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Data de julgamento 30.10.2007. [consult. 19 jan. 2021] Disponível na Internet: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20070557.html>.

[206] PORTUGAL. *Decisão Sumária n.º 274/2008*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheiro Benjamim Rodrigues. Data de julgamento 13.05.2008. [consult. 19 jan. 2021] Disponível na Internet: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20080274.html>.

[207] "Concretamente em relação à criação e manutenção de um serviço nacional de saúde, como componente do direito à protecção à saúde, constitucionalmente consagrado (artigo 64.º, n.º 2, alínea a)), o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de afirmar que se trata aí de uma obrigação constitucional do Estado como meio de realização de um direito fundamental, e não uma vaga e abstracta linha de acção de natureza meramente programática". (PORTUGAL. *Acórdão n.º 221/2009*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Data de julgamento 05.05.2009. [consult. 19 jan. 2021] Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090221.html>).

[208] "AC 24/83 que declara, em fiscalização abstracta sucessiva, a inconstitucionalidade do estabelecimento de taxas moderadoras sobre o consumo de medicamentos. O AC procede à restrição temporal de efeitos da decisão (que tem 6 votos de vencido, sendo um apenas quanto à restrição de efeitos)." (PORTUGAL. *Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional*. Tribunal Constitucional – TC.Manágua, Nicarágua - Julho de 2010. Questionário prévio - Respostas Portugal. [consult. 19 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>).

acórdão n.º 209/1987[209], acórdão n.º 212/1995[210], acórdão n.º 368/2002[211], acórdão n.º 515/2008[212].

Destarte, é relevante guardar as devidas considerações em relação às diferenças sociais e jurídicas entre o Brasil e Portugal e ainda a complexidade de cada caso em concreto que se socorre do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde em ambos os países em questão.

[209] "AC 209/87 (fiscalização abstracta sucessiva) que declara a inconstitucionalidade de portarias do governo regional da Região Autónoma dos Açores relativas a critérios de comparticipação dos utentes no acesso aos cuidados de saúde nos Serviços Médicos da Região Autónoma (com restrição temporal de efeitos)". (Ibidem).
[210] "AC 212/95 (fiscalização concreta) que não julga inconstitucionais as normas relativas a responsabilidade criminal das pessoas colectivas em matéria de infracções designadamente contra a saúde pública". (Ibidem).
[211] "AC 368/02 (fiscalização abstracta sucessiva). Neste acórdão, tirado por unanimidade, o Tribunal Constitucional entendeu prevalecer sobre o direito à reserva da vida privada e o direito à protecção dos dados de saúde o direito à protecção da saúde em si mesma, legitimando a obrigação imposta ao trabalhador de se sujeitar aos exames médicos necessários para assegurar que o trabalhador não representa um risco para si próprio e para terceiros". (Ibidem).
[212] "AC 515/08 (fiscalização concreta) que julga inconstitucionais normas interpretadas no sentido de que, na determinação da insuficiência económica do requerente do benefício de apoio judiciário, não há lugar à ponderação dos encargos concretamente suportados pelo agregado familiar, designadamente, com despesas de saúde". (Ibidem).

11 CONCLUSÃO

Durante a produção da presente dissertação, foi possível concluir o seguinte: Direito fundamental possui uma relação íntima com o princípio da dignidade da pessoa humana, tal direito está presente no alicerce tanto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como da Constituição da República Portuguesa de 1976, buscando garantir a igualdade social.

O direito fundamental social à saúde é considerado um direito que exige uma prestação positiva do Estado, uma vez que seu uso está diretamente proporcional à eficiência da máquina do Estado. Pois, se a referida máquina não atender a finalidade da prestação do direito à saúde, o mesmo poderá ser exigido através do Poder Judiciário.

O Estado, por sua vez, não possui recursos materiais suficientes para garantir a ao povo todos direitos fundamentais sociais, como por exemplo, o direito à saúde. Ocorre que, a garantia dos direitos em comento, tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, com o escopo de assegurar uma existência digna, foi necessário emergir o conceito do mínimo existencial, que decorre do entendimento da obrigatoriedade do Estado em garantir um mínimo para a efetivação do direito à dignidade ao ser humano e, consequentemente, o mínimo para a efetivação do direito à saúde.

O direito à saúde traduz a obrigação do Poder Público em promover e proteger a vida. Logo, o direito a saúde é um direito subjetivo e indisponível, de aplicação imediata, tendo o poder público a obrigação de garantir ao menos o mínimo de saúde. Caso, tal fato não ocorra com a atuação do Poder Executivo e Legislativo, é permitido ao titular do direito à saúde buscar sua efetivação junto ao Poder Judiciário. O Poder Judiciário tem por finalidade de harmonizar as relações entre os Poderes do Estado, uma vez que exerce um controle de constitucionalidade dos atos oriundos do Estado, e no caso de eventual abuso, por parte do Estado, o Poder Judiciário age com o escopo de resguardar o direito fundamental à saúde.

Pelo princípio da reserva do possível o Estado só é responsável pela execução dos seus objetivos e serviços, na medida em que tenha recursos financeiros disponíveis para dá desempenhar sua função de defesa da sociedade, para resguardar o direito fundamental à saúde, conforme preceitos constitucionais. Logo, o princípio da reserva do possível funciona como um limite de atuação do Poder Público, na aplicação das finanças púbicas conforme prioridades estabelecidas constitucionalmente, para garantir o mínimo de condições materiais razoáveis de saúde.

No Brasil, como em Portugal, a situação da saúde não é a mais favorável para suas respectivas populações. Ambos os países encontram limitações de diversas ordens, que acabam por proporcionar entraves na garantia o direito à saúde, direito este garantido nas Constituições Pátrias. Nessa perspectiva, surge a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, através do ajuizamento das demandas, a fim de garantir o devido cumprimento dos preceitos constitucionalmente declarados.

Tanto no Brasil como em Portugal, o direito de acesso ao Judiciário é assegurado constitucionalmente, como um direito e garantia fundamental. Assim, de acordo com as jurisprudências estudadas podemos separar o entendimento em ambos os países da seguinte forma: no Brasil, após a decisão emblemática da lavra do Ministro do Supremo Tribunal Federal no ano de 2000 no RE-AgR: 271286 RS, o direito à saúde passou a ser visto como norma plena, direito subjetivo, prerrogativa jurídica indisponível assegurada ao indivíduo, de forma que, independe de qualquer norma regulamentadora, o Estado deve prover o direito à saúde ao indivíduo. E, caso não o faça devido a insuficiência da concretização de políticas públicas voltadas à área da saúde pelos entes federados, incita o Poder Judiciário a intervir com frequência em favor de sua garantia,

Em Portugal, de acordo com as decisões do Tribunal Constitucional aferidas foi possível concluir que quanto ao direito à saúde existiram dois momentos. O período anterior ao Acórdão n.º 39/1984, onde o respectivo tribunal tinha o entendimento que o direito à saúde não possuía natureza análoga de direitos fundamentais, uma vez que só dizia respeito à criação do Serviço Nacional de Saúde e por ser competência exclusiva da Assembleia da República. E o período posterior ao referido Acórdão, onde foi configurada a inconstitucionalidade, no caso em questão por haver a extinção do referido Sistema, devido ao que asseverava o artigo 17.º do Decreto-Lei n.°254/1982, sem que fosse apresentado outro Sistema para assegura a saúde naquele país. No momento atual, após o Acórdão n.° 221/2009 o Tribunal Constitucional Português entende que o Serviço Nacional de Saúde é um instrumento importante para assegurar o direito fundamental à saúde previsto constitucionalmente.

A efetivação do direito constitucional à saúde pelo Poder Judiciário, no Brasil como em Portugal é assegurado, mas o referido Poder deverá utilizar, no caso posto a sua apreciação, o mínimo existencial ao cidadão, onde promova de forma eficaz seu bem estar e consequentemente o princípio da dignidade da pessoa humana, já que tal princípio é o cerne do Estado Democrático de Direito e de justiça social.

REFERÊNCIASBIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALVES, Dora Resende. *Direitos Sociais na Constituição Portuguesa: sua Conexão com o Direito da União Europeia*. São Luís: SVT Marketing e Comunicações, Brasil, 2018.

ANDRADE, Andreia da Costa. A Regulação do Sistema de Saúde Português: Contribuição para um novo paradigma na prestação de cuidados de saúde. *E-Pública*. [*s. l*], v. 3, n. 3, pp. 203-221, dez. 2016.

ANTUNES Varela, João de Matos. *Das Obrigações em geral*. vol.1, Coimbra; Almedina, 10.ª ed. 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e para a atuação judicial*. [consult. 10 fev. 2021] Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>.

BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 1996.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao estado Social*. 6.ª ed. reveampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONFIM, Calheiros B. (Org). *Constituição da República Portuguesa com as emendas posteriores incorporadas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1993.

BOTELHO, Catarina Santos. *"Os direitos sociais são socialistas" e outros 6 equívocos do Estado Social*. [consult. 26 já. 2021] Disponível na Internet: <https:// https://cecgp.com.br/postagem-1895/>.

BRASIL. *Ministra da saúde condenada a pagar cinco por cento do salário mínimo por dia*. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet:<https://www.publico.pt/2011/05/05/sociedade/noticia/ministra-da-saude-condenada-a-pagar-cinco-por-cento-do-salario-minimo-por-dia-1492789>.

BRASIL. Recomendação nº 31 de 10 de março de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2010. [consult. 12 dez. 2019] Disponível na Internet: <https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>.

BRASIL. Resolução n.º 107/2010, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. [cosnult. 12 dez. 2019] Disponível na Internet: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>.

CALIXTO, Lucas Fernandes. *Ação Civil Pública Colaborativa e Direito à Saúde: Uma proposta de instrumento alternativo à judicialização individual da saúde*. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CARDOSO, Daniel. *Judicialização da Saúde: solução ou parte do problema*. Londrina: Thoth, 2020.

CENEVIVA, Walter. Direito Constitucional Brasileiro. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, Brasil, 1991, p. 291.

CONSELHO EUROPEU. *Declaração dos membros do Conselho Europeu sobre a COVID-19 e a saúde*. [consult. 03 mar. 2021] Disponível na Internet: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/pressreleases/2021/02/25/statementofthemembersoftheeuropeancounciloncovid19andhealth25february2021/?utm_source=dsmsauto&utm_medium=email&utm_campaign=Declara%u00e7%u00e3o+dos+mmbros+do+Conselho+Europeu+sobre+a+COVID19+e+a+sa%u00fade+%u2013+25+de+fevereiro+de+2021>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciado 15 aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional De Justiça Em 15 De Maio De 2014 – São Paulo-Sp. [consult. 12 dez. 2019] Disponível na Internet: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ª ed. Bahia: editora JusPodivm, 2009.

CRISÓSTOMO, Sofia. O Artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa. *Sociologia, Problemas e Práticas*. Lisboa, pp. 33-48, fev. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. pp. 214-215.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades, CARVALHO, Ecaroline Pessoa de. Análise do impacto das decisões dos tribunais superiores nas decisões do STF após a audiência pública da saúde de 2009. In: *Revista da faculdade de direito*. UFPR: Curitiba, n.º 58, 2013. pp. 83-107.

FARIAS, JOSÉ Eduardo (org.). *Direito e Justiça, a Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, Brasil, 1989.

FEIO, Ana, OLIVEIRA, Clara Costa. *Confluências e divergências conceituais em educação em saúde*. [consult. 10 mai 2021] Disponível na Internet: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902015000200024>.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *De quem é o SUS?.* São Paulo: Folha de São Paulo, 2007. [consult. 12 dez. 2020] Disponível na Internet: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2012200709.htm>.

FERREIRA, Marielen Cristina da Silva, VIANNA, Geraldo Luiz. O Princípio Da Separação Dos Poderes Frente Ao Direito Fundamental À Saúde. *Revista Direito em Foco*. Edição nº 12, Ano: 2020. [consult. 07 jan. 2021] Disponível na Internet: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/02/ARTIGO-DIREITO-A-SAUDE-E-SEPARACAO-DE-PODERES_Direito-em-Foco.pdf>.

FERREIRA, Vanessa Rocha. *Direito Fundamental À Saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde*. 3.ª ed. Salvador: Juspodivum, 2014.

FRAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde, de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, Brasil, 2005.

FRANÇA, Rubens Limongi (cood.). *Enciclopédia Saraiva de Direito V*. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREITAS, Grace Castelo Branco. *Responsabilidade civil, obrigação do ortodontista, conforme jurisprudências dos Tribunais Estaduais*. Dissertação (Mestrado em Odontologia). Universidade Ceuma, São Luís, 2015.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1999.

GRACIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais.*De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. v. 10, pp. 50-87.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Everton das Neves, SILVA, Marco Aurélio Souza da. A judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro: escassez, custos e eficiência econômico-social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm*. [S.L.], v. 13, n. 1, pp. 238-263, 5 maio 2018. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria. Disponível na Internet: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369429084>.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The cost of right: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999..

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado".* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LANDMANN, Jayme. A Outra Face da medicina. Rio de Janeiro: Salamandra, 1984.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais: Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário.* [consult. 12 jun. 2020] Disponível em: <https://jus.com.br/advogados/participe?utm_source=jus&utm_medium=modal&utm_campaign=Seja%20JusPlus>.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, Brasil, 2003.

LUZ, André Carvalho. *A efetividade do direito fundamental de prestação à saúde, no contexto do princípio da reserva do possível, pelo Poder Judiciário*. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, 2012.

MARQUES, Silvia Badim, DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, v. 41, pp. 101-107, fev. 2007. [consult. 30 fev. 2021] Disponível na Internet: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102007000100014>.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ª ed. vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3.ª ed. vol. V. Coimbra: Coimbra Editora,2004.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil. In *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. pp. 503-520.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco da obra L'Esprit des Lois (1748). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33.º ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN: 978-85-97-01129-6.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, Brasil, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e serviço nacional de saúde. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 4, n.º 11, abr./jun. 2010. pp. 85-109.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 155.

NUNES, Alexandre Morais. Direito à saúde em Portugal: delimitação jurídica do Serviço Nacional de Saúde. *Direitos Fundamentais & Justiça.* Belo Horizonte, v. 37, pp. 17-34, dez. 2017.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*. São Paulo: Saraiva, Brasil, 2000.

OLIVEIRA, Márcio Dias de. *Saúde possível e judicialização excepcional: a efetivação do direito fundamental à saúde e a necessária racionalização instituição*. 2008. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito. Bauru: Instituição Toledo de Ensino Centro de Pós-Graduação, 2008.

OLIVEIRA, Rosane Machado de. Revolução Industrial na Inglaterra: Um Novo Cenário na Idade Moderna. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Edição 07. Ano 02, Vol. 01. pp. 89-116, Outubro de 2017. ISSN:2448-0959.

PORTUGAL, *Tribunal Constitucional – TC*. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>.

PORTUGAL. *Acórdão n.º 39/1984*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheiro Vital Moreira. Data de julgamento 11.04.1984. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html%3e.%20Acesso%20em%2010.05.20>.

LUZ, André Carvalho. *A Efetividade do Direito Fundamental de Prestação à Saúde, No Contexto do Princípio da Reserva do Possível, Pelo Poder Judiciário*. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, 2012. p.103.

PORTUGAL. *Acórdão n.º 67/2007*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma. Data de julgamento 30.01.2007. [consult. 19 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070067.html>.

PORTUGAL. *Acórdão n.º 67/2007*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma. Data de julgamento 30.01.2007. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070067.html>.

PORTUGAL. *Decisão Sumária n.º 49/2004*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheira Maria Helena Brito. Data de julgamento 03.02.2004. [consult. 19 mai. 2021] Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20040049.html >.

PORTUGAL. *Decisão Sumária n.º 557/2007*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Data de julgamento 30.10.2007. [consult. 19 jan. 2021] Disponível na Internet: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20070557.html>.

PORTUGAL. *Decisão Sumária n.º 274/2008*. Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheiro Benjamim Rodrigues. Data de julgamento 13.05.2008. [consult. 19 jan. 2021] Disponível na Internet: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20080274.html>.

PORTUGAL. *Acórdão n.º 221/2009.* Tribunal Constitucional – TC, Rel. Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Data de julgamento 05.05.2009. [consult. 19 jan. 2021] Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090221.html>).

PORTUGAL. *Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional*. Tribunal Constitucional – TC.Manágua, Nicarágua - Julho de 2010. Questionário prévio - Respostas Portugal. [consult. 19 jan. 2021] Disponível na Internet: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. *Conceito histórico da Separação dos Poderes*. 2014. [consult. 07 já. 2021] Disponível na Internet: <https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>.

P. PÚBLICO. *Ministra da saúde condenada a pagar cinco por cento do salário mínimo por dia*. [consult. 16 jan. 2021] Disponível na Internet: <https://www.publico.pt/2011/05/05/sociedade/noticia/ministra-da-saude-condenada-a-pagar-cinco-por-cento-do-salario-minimo-por-dia-1492789>.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, Brasil. 1977.

RIBEIRO, Danielle Sachetto. *O direito à saúde em tempos neoliberais: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos*. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Serviço Social. Universidade Federal de Juiz de Fora: Juiz de Fora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 237-253.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis,* Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007 . [consult. 19 já. 2021] Disponível na Internet: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312007000100003&lng=pt&nrm=iso>.

SCHONE, Adolph. *Direito Processual Civil*. 1.ª ed. Campinas: Romana, Brasil, 2003.

SERAPIONI, Mauro *et al*. A participação dos cidadãos nos sistemas de saúde dos países da Europa do Sul: Portugal, Itália e Espanha: resultados preliminares de um estudo comparativo. *Revista da Associação Portuguesa de Sociologia*. [*s. l*], v. 2, n.º, pp. 599-629, abr. 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ª ed., revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional nº 39 de 19/12/2002). São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José César Ballerini. *Direito à Saúde na Justiça teoria e Prática*. São Paulo: Ímpetos, 2020.

SOUSA, Isa Filipa Antonio de. *Direito à saúde: dilemas atuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

SOUSA, Paulino Artur Ferreira de. O sistema de saúde em Portugal: realizações e desafios. *Acta Paul Enferm.* [*s. l*], pp. 884-894, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STURZA, Janaína Machado *et al*. O direito à saúde enquanto elemento fundamental da dignidade humana: pressupostos de efetividade e exigibilidade. *Revista do Curso de Direito da Fsg*, Caxias do Sul, v. 7, pp. 71-83, jun. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministra determina o restabelecimento imediato de leitos de UTI destinados ao tratamento de Covid-19 no MA, SP e BA. [consult. 03 mar. 20201] Disponível na Internet: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461341&ori1>.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

VIANNA, Lucila Amaral Carneiro. *Processo saúde-doença*. Elaborado por Universidade aberta do SUS. [consult. 13 out. 2020] Disponível na Internet: <https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade01/unidade01.pdf>.

VIEIRA, Artur Alves Pinho. *Direitos sociais, orçamento participativo e democracia deliberativa em jurgen HABERMAS*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.

UniversidadePortucalenseInfanteD.Henrique1RuaDr.AntónioBernardinodeAlmeida,5414200-072Porto1Telefone:+3512255720001email:upt@upt.pt