

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE:

Estudo de caso da Câmara de Mediação em
Direito da Saúde de Imperatriz - MA.

ANDRESSA SILVA BONFIM DA COSTA

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas

Orientadora: Prof. Dra. EVA DIAS COSTA

Janeiro de 2021



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Departamento de Direito

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À
SAÚDE:

Estudo de caso da Câmara de Mediação em Direito da Saúde de Imperatriz - MA.

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Departamento de Direito da Universidade Portucalense - UPT, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Eva Dias Costa.

ANDRESSA SILVA BONFIM DA COSTA

Porto, 05 de janeiro de 2021

Para Ana Beatriz, que mesmo sendo tão pequena, apresentou-me novas perspectivas para enxergar a vida.

Para Rafael, meu companheiro de longa data, presente nas conquistas e batalhas mais importantes da minha vida.

A minha avó Maria Lia (*in memoriam*), por sempre incentivar e vibrar com todas as minhas vitórias.

AGRADECIMENTOS

Nenhuma vitória relevante conquista-se só, embora haja momentos de solidão. Para percorrer-se o caminho é preciso de encorajamento, direcionamento, abdições e apoio.

Por ter chegado a esse sonhado momento, devo agradecimentos à orientadora deste trabalho, professora Doutora Eva Costa, por seus apontamentos certos, por prontamente responder meus chamados e questionamentos, com gentileza e objetividade.

Agradeço à minha pequena filha, Ana Beatriz, por aceitar minhas ausências, embora não sem questionamentos.

Ao meu marido Rafael, sempre presente, prestativo, apoiando-me em todos os desafios aos quais me lanço. Agradeço sua adorável companhia e encorajamento. Além de revisar pacientemente esses escritos, apresentando críticas construtivas.

Agradeço aos meus pais e meus tios Tânia e Pedro, por me apoiarem e acreditarem que eu poderia ir além.

Não poderia deixar de registrar meus agradecimentos aos meus companheiros de trabalho, Dra. Amanda Fontes e Dr. Daniel Fontes, por compreenderem e suprirem minhas ausências no escritório.

Agradeço o apoio dos demais familiares, amigos queridos e todos os funcionários do Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública, em especial Dr. Sérgio Tamer e Silvânia Tamer, por me incentivarem e acreditarem que esse sonho seria possível, tornando a caminhada mais leve.

Por fim, agradeço à atenção, gentileza e presteza que recebi de todos que compõem a CAMEDS, em especial Dr. Jorge Araújo, Valdemar Gomes e Lillian Maria. Agradeço também aos defensores públicos, que se disponibilizaram a atender-me e doaram seu tempo para que eu pudesse compreender aspectos relevantes deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o problema da judicialização da saúde no Brasil e apontar a mediação como forma alternativa de solução de conflitos que envolvem o direito à saúde. Buscou-se responder o seguinte questionamento: a mediação é um meio adequado e célere para resolução desse tipo de conflito?

Adotou-se como metodologia de investigação a revisão bibliográfica e análise documental. O estudo de caso foi adotado como estratégia de pesquisa. Utilizou-se um levantamento quantitativo e qualitativo como técnica de coleta de dados. Entrevistas e questionários foram usados como instrumentos de coleta de dados.

No aspecto doutrinário, abordou-se o desenvolvimento e consolidação dos Direitos Humanos Fundamentais. A análise foi realizada no plano normativo internacional e interno dos países. Em seguida, apontaram-se aspectos relevantes do direito à saúde na Constituição brasileira e do Sistema Único de Saúde.

Discorreu-se, ainda, sobre o fenômeno da judicialização crescente como meio para concretização do Direito Humano Fundamental à saúde. Também foi apresentado o problema decorrente do aumento do número de demandas judiciais, com as altas taxas de congestionamento de processos judiciais. Isso dificulta a prolação de uma tutela jurisdicional célere. Aponta-se a mediação como um meio alternativo de resolução de conflitos a partir do estudo de caso da Câmara de Mediação em Direito da Saúde de Imperatriz – MA.

DIREITO; SAÚDE; JUDICIALIZAÇÃO; MEDIAÇÃO; CAMEDS

ABSTRACT

This study aims to analyze the problem of the judicialization of health in Brazil and to point out the mediation as an alternative way to solve disputes that involve the right to health. An attempt was made to answer the following question: is the mediation an adequate and quick way to resolve this kind of dispute? The bibliographic review and document analysis were adopted as the research methodology. The case study was adopted as a research strategy. A quantitative and qualitative survey was used as a data collection technique. Interviews and questionnaires were used as data collection instruments. In the doctrinal aspect, the development and consolidation of Fundamental Human Rights was addressed. The analysis was carried out at the countries' international and domestic normative level. Then, relevant aspects of the right to health were pointed out in the Brazilian Constitution and the Unified Health System. It was also discussed the phenomenon of increasing judicialization as a means of realizing the fundamental human right to health. The problem arising from the increase in the number of lawsuits was also presented, with the high congestion rates of lawsuits. This makes it difficult to provide speedy judicial protection. Mediation is pointed out as an alternative means of conflict resolution based on the case study of the Mediation Chamber in Health Law of Imperatriz - MA.

RIGHT; HEALTH; JUDICIALIZATION; MEDIATION; CAMEDS

LISTA DE SIGLAS

ADI – AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE
ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA
CAMEDS – CÂMARA DE MEDIAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE
CEBS – CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE
CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CIDH – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CNS – CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE
CONASS – CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE
CONASS – CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE
CONITEC – COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS DO SUS
CPMF – CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA
IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA
INAF – ÍNDICE DE ANALFABETISMO
INSS – INSTITUTO DE SEGURIDADE E PREVIDENCIA SOCIAL
OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS
RESP – RECURSO ESPECIAL
SNS – SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE
STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

ÍNDICE

1 INTRODUÇÃO	1
2 A ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL.....	4
2.1 O delineamento dos Direitos Humanos Fundamentais	4
2.2 Os direitos sociais como categoria de Direitos Humanos Fundamentais	9
2.3 A proteção dos direitos sociais no plano internacional	14
2.3.1 Sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais	19
2.3.2 Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais	23
3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988	31
3.1 A evolução do direito à saúde como direito social no Brasil	34
3.2 O Sistema Único de Saúde no Brasil	39
3.2.1 Princípios informadores do SUS: Universalidade, integralidade, descentralização, hierarquização, regionalização e participação popular.	40
3.2.1.1 Do princípio da universalidade.....	41
3.2.1.2 Do princípio da participação popular.....	44
3.2.1.3 Dos princípios da hierarquização, regionalização e descentralização	47
3.2.1.4 Do princípio da integralidade.....	48
3.3 Da Saúde Complementar	49
3.4 A assistência à saúde prestada pela iniciativa privada: saúde suplementar	51
3.5 O financiamento da saúde pública no Brasil e repartição de competência entre os entes federados	55
4 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO	60
4.1 A Judicialização e o ativismo judicial.....	63
4.2 A Judicialização da Saúde	65
4.3 A judicialização da saúde em tempo de pandemia.....	74
5 A MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE SAÚDE.....	83
5.1 O contexto da mediação no ordenamento jurídico brasileiro.....	83
5.2 Mediação: conceito e técnica	88
5.3 Câmara de Mediação em Direito da Saúde – CAMEDS.....	92

5.3.1 Contexto de criação	92
5.3.2 Funcionamento da CAMEDS	94
5.3.3 As atribuições da CAMEDS limitam-se à competência da Justiça Federal?	96
5.3.4 Demandas Individuais na CAMEDS	101
5.3.5 Demandas presenciais na CAMEDS.....	108
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
Referências.....	113
Legislação e Jurisprudência.....	118

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo discorrer sobre a problemática da judicialização da saúde no Brasil e discutir a mediação como uma forma alternativa de composição de litígios que envolvem o direito à saúde, nos quais figure o Poder Público. A pergunta que se busca responder é se a mediação é um meio célere e adequado para a resolução dessa espécie de conflitos.

A investigação apresentada é de cunho descritivo e exploratório. Adota-se como meio de investigação a revisão bibliográfica, análise documental e estudo de caso, como estratégia de pesquisa. Como técnica de coleta de dados, utiliza-se um levantamento quantitativo e qualitativo, além de entrevistas e questionários como instrumentos de coleta de dados.

Assim, para alcançar os objetivos da pesquisa, faz-se necessário descrever, previamente, a evolução e consolidação dos Direitos Humanos Fundamentais. Apresenta-se uma breve abordagem desses direitos no plano normativo internacional e interno dos países, e como a sua estruturação permitiu a exigibilidade pelos interessados. Tal sorte de direitos, que inclui o direito à saúde, tem o Estado como seu principal destinatário, pois cabe a ele adotar as medidas necessárias, no mundo dos fatos, para a sua efetividade.

A atuação estatal pode se dar pela prestação direta dos serviços de saúde ou por meio da criação de uma estrutura organizada para permitir que atores privados o prestem, sem que isso possibilite desconsiderar o interesse público sempre existente, o que impõe controle, fiscalização e direcionamento.

O descompasso entre as políticas públicas na área da saúde e os anseios sociais, acabam por fomentar uma busca por instrumentos eficazes na implementação do acesso a esse direito essencial, que é ligado intrinsecamente à própria natureza humana.

A pressão popular sobre os agentes políticos costuma levar certo tempo para que seus efeitos sejam percebidos, notadamente em razão da complexidade normativa e estrutural que envolve a realização de políticas públicas nessa área. Assim, cresce a utilização dos órgãos judiciais como tentativa de acesso imediato e efetivo ao serviço de saúde tido por necessário para um determinado caso.

O fenômeno da judicialização da saúde, portanto, está ligado ao próprio patamar especial que é conferido aos Direitos Humanos Fundamentais pelo ordenamento jurídico, incluindo aquele estabelecido no plano internacional, como é perceptível, por

exemplo, nos sistemas europeu e interamericano de proteção aos Direitos Humanos Fundamentais.

Por sua vez, o delineamento desses direitos nas Constituições concedeu maior densidade normativa a eles, o que também favoreceu a busca pelos órgãos judiciais para que os interessados conseguissem lograr êxito na obtenção direta e imediata do bem da vida pretendido.

Os órgãos judiciais, muitas vezes atrelados tão somente aos textos normativos garantidores dos Direitos Humanos Fundamentais e com uma visão limitada ao caso concreto posto à apreciação, acabam por deferir os pedidos relacionados à prestação na área da saúde sem tentar ampliar o foco de análise. Isso contribui para a desestabilização do sistema organizado para concretizar os serviços de saúde, podendo acarretar mais descompasso entre a atuação estatal e os anseios sociais, gerando um acréscimo da judicialização das questões relativas à saúde.

Assim, para demonstrar essa ligação entre a consolidação dos Direitos Humanos Fundamentais e o fenômeno da judicialização da saúde, busca-se, inicialmente, conceituá-los e apresentar sua evolução. Analisam-se, então, os direitos sociais como categoria de Direitos Humanos Fundamentais e sua proteção multinível, ou seja, tanto na esfera internacional quanto no plano interno.

No segundo capítulo, expõe-se o panorama do direito à saúde no Brasil e a sua normatização pela Constituição Federal brasileira, que reconhece sua essencialidade, bem como sua aplicabilidade imediata.

Em seguida, para que se possa entender como o aumento de demandas judiciais impacta diretamente no serviço de saúde prestado no país, realiza-se uma apresentação do complexo Sistema Único de Saúde no Brasil, para que se possa compreender suas estruturas, peculiaridades, princípios e dificuldades, que contribuem para gerar o fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil.

O terceiro capítulo tem por escopo tratar da problemática central deste estudo. Aborda-se a incapacidade do Brasil de cumprir adequadamente seu compromisso constitucional de prestar o direito à saúde de forma universal, integral e gratuita, fomentando o fenômeno da já nominada judicialização da saúde.

Assim, o que deveria ser o socorro para solucionar questões relacionadas a políticas públicas deficitárias esbarra em outro problema, que é o direito de obter uma decisão judicial em tempo razoável. O exponencial crescimento de demandas judiciais implica em um congestionamento do Poder Judiciário, resultando em uma tutela jurisdicional deficiente.

Além disso, a judicialização da saúde traz outros problemas, como a falta de embasamento técnico em questões de saúde dos membros do Poder Judiciário e

consequências práticas da decisão judicial, muitas vezes não previsíveis pelo juízo prolator dela, como a própria limitação financeira para a implementação do direito à saúde reconhecido judicialmente.

O impacto de decisões judiciais que determinam obrigações de fazer ou pagar ao Estado passa a ser relevante quando se imiscuem na organização e funcionamento do sistema de saúde ou quando o Poder Judiciário determina, por exemplo, o pagamento de medicamento ou tratamento que não se encontra no rol de procedimentos do SUS, em nítido prejuízo à organização orçamentária.

Assim, a consequência dessa decisão é que o gestor público deverá reorganizar a destinação do orçamento, que inevitavelmente terá de ser desfalcado em outra destinação.

Diante desse cenário, o capítulo 5 propõe a mediação como uma forma de solução consensual dos conflitos na área da saúde. A mediação é uma técnica de resolução extrajudicial, mas que também pode ser aplicada quando a demanda já se encontra em curso, que se apresenta como uma alternativa possivelmente mais célere, menos onerosa (para as partes e para o Estado) de composição dos litígios.

Demonstra-se, então, como a mediação pode solucionar as controvérsias em questões relacionadas à saúde, com o emprego de técnicas adequadas, utilizando-se de comunicação não violenta, além de permitir que as próprias partes encontrem o caminho para satisfazer as necessidades postas em apreciação.

Quando as partes envolvidas aceitam iniciar um processo de negociação, principalmente se assistidas por pessoas com treinamento e experiência em mediação de conflitos, as chances de se chegar a uma solução que atenda às necessidades de todos os envolvidos é maior, ainda que se tenha que fazer concessões.

Por outro lado, quando se delega a resolução do conflito a um terceiro imparcial, no caso, um órgão judiciário, as partes perdem o controle sobre o teor da decisão, que pode ser favorável ou não, além de perder o domínio de quanto tempo levará para que tenha uma decisão.

Com o delineamento dos aspectos teóricos do presente trabalho, passasse, então, à análise de um caso concreto de modelo de mediação, consistente na Câmara de Mediação em Direito da Saúde – CAMEDS, criada e implantada no Município de Imperatriz, Estado do Maranhão, como forma de equacionar o grande volume e as demandas sensíveis em direito da saúde.

Nesse capítulo específico, expõe-se o seu histórico de criação, a sua estrutura e forma de atuação, as questões relacionadas à competência e execução dos acordos em caso de descumprimento.

Como estratégia de pesquisa, utiliza-se o estudo de caso da CAMEDS. Essa pesquisa se caracteriza como exploratória, tendo em vista que não há estudos semelhantes e, portanto, não há literatura sobre o caso específico. Como meios de investigação utiliza-se pesquisa bibliográfica, análise documental e coleta de dados primárias (entrevista e questionário com pessoas envolvidas na dinâmica da mediação) e secundárias (levantamento e análise de dados que já estavam compilados no banco de dados da CAMEDS). A partir desses dados, é elaborada uma avaliação qualitativa, além da análise do discurso dos entrevistados.

Para analisar o modelo da Câmara de Mediação em Direito da Saúde, inicialmente realizou-se um levantamento quantitativo das demandas postas em apreciação, por meio de coleta secundária de dados. Analisou-se a partir desses, qual o percentual de êxito das demandas a fim de que se pudesse responder se seria um modelo adequado de resolução de conflitos.

No percurso da pesquisa, analisando aos dados quantitativos, foi detectado que as demandas que chegavam à apreciação da Câmara, no período de 2017 a 2020, começaram a diminuir, embora inicialmente houve um percentual de resolutividade alto. Assim, ainda que não fosse um objetivo da pesquisa esclarecer o motivo que estava ocasionando a diminuição do acionamento da CAMEDS, foi necessário investigar as causas, que, ao final, se mostraram diretamente ligadas ao problema proposto por essa pesquisa, qual seja, se a mediação seria um meio mais célere de resolução de demandas relativas ao direito à saúde.

Por fim, apresentam-se os resultados obtidos e sugestões propositivas para contribuir com um melhor desempenho da CAMEDS.

2 A ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL

2.1 O delineamento dos Direitos Humanos Fundamentais

Os direitos tidos como essenciais para uma convivência harmônica entre as pessoas possuem proteção no plano internacional e no plano interno dos Estados nacionais.

Costuma-se denominar de Direitos Humanos aqueles direitos que estão disciplinados em declarações e tratados internacionais, tendo em vista que possuem uma pretensão à universalidade. Como bem aponta René Cassin, esses direitos representam uma zona vasta em que se confrontam de forma vivaz com a autoridade do universalismo dessa categoria de direitos e os particularismos legítimos de

grupamentos sociais. São as regras de Direito que são impostas a todas as pessoas que possibilitam resolver esses conflitos¹.

O conceito de Direitos Humanos é amplo, pois envolve todas as liberdades e direitos próprios do ser humano. Nessa perspectiva, para Mazzuoli², esses direitos lastreiam-se no que ele denomina de valor fonte, por não desconsiderar os atributos de cada indivíduo, que é relevante pela sua própria existência.

António-Enrique Perez-Luño, em estudo que analisa a exposição de Francisco Laporta, expõe que uma definição explicativa propõe ter os Direitos Humanos como posições individuais dos seres humanos, sendo moralmente considerados um bem, de forma a constituir motivo para a sua proteção normativa. Esta concepção configura a noção de Direitos Humanos como direitos morais. Esclarece que a teoria dos direitos morais refere-se aos requisitos éticos implícitos à noção de Direitos Humanos, que tradicionalmente eram entendidos na perspectiva do direito natural³.

Ingo Wolfgang Sarlet anui com essa posição, ao externar que apesar de existirem conceituações que propugnam a aproximação dos Direitos Humanos com uma base anterior ao direito positivado, a melhor exegese liga-os ao plano dos direitos morais universalizáveis.⁴

Os denominados Direitos Humanos foram construídos ou reconhecidos ao longo dos anos e permanecem em constante evolução, tendo em vista que as mudanças e as novas necessidades das pessoas precisam ser amparadas por estes direitos⁵.

Por sua vez, parte relevante da doutrina, distinguindo-os dos Direitos Humanos, denomina de Direitos Fundamentais aqueles direitos reconhecidos como essenciais à existência digna do ser humano e que se encontram dispostos em um determinado sistema normativo de um Estado soberano, ou seja, em uma Constituição. Para José Joaquim Gomes Canotilho⁶, “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.

A distinção, para essa corrente, não seria apenas terminológica. Defende, em verdade, que a força cogente do ordenamento jurídico teria o condão de conferir maior

¹ René CASSIN, 'Droits de l'homme et Méthode Comparative', *Revue Internationale de Droit Comparé*, 20.3 (1968), 449–92 <<https://doi.org/https://doi.org/10.3406/ridc.1968.17170>>. p. 452.

² Valério de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, 4. ed. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010) p. 752.

³ António-Enrique PÉREZ-LUÑO, 'CONCEPTO Y CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (Acotaciones a La Ponencia de Francisco Laporta)', *Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 4, 1987, 47–66 <<https://doi.org/https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.02>>. p. 51.

⁴ Ingo Wolfgang SARLET, 'CONCEITO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS', in *ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP, Tomo II (Recurso Eletrônico): Direito Administrativo e Constitucional* (São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017) <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. p. 9

⁵ Norberto BOBBIO citado por Flávia PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 2. ed rev. (São Paulo: Saraiva, 2011) p. 36.

⁶ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria Da Constituição* (Coimbra: Almedina, 2007).

eficácia aos direitos fundamentais, em detrimento dos Direitos Humanos. Estes últimos estão inseridos em normas de direito internacional, que possuiriam menor força cogente, em razão do princípio da soberania dos países e da falta de consolidação de uma jurisdição internacional com o mesmo nível de coercibilidade da jurisdição interna⁷.

A esses direitos essenciais do ser humano costuma-se conceder a estatura mais elevada no ordenamento jurídico. São normalmente positivados em uma Constituição, inserida no ápice do escalonamento normativo de um determinado país.

Os países estruturam-se de forma a contar com órgãos públicos com a atribuição específica de fazer prevalecer, no caso concreto, as normas jurídicas estabelecidas. Esses direitos passam a contar de rol expresso das constituições, sendo formalmente reconhecidos por elas como basilares e intrinsecamente relacionados ao próprio Estado Democrático de Direito.

Jorge Miranda⁸, ao reconhecer os Direitos Fundamentais como “posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição [...]”, destaca a possibilidade de reconhecer direitos fundamentais no sentido formal e direitos fundamentais no sentido material.

Os Direitos Fundamentais em sentido formal são aqueles delineados de forma expressa pelo texto constitucional, normalmente em parte específica da Constituição, com a precisa identificação de sua natureza. Impõe-se consignar que esses estão espalhados em todo o texto constitucional, desde que as normas tratem sobre aspectos que estejam relacionados intrinsecamente com a dignidade da pessoa humana e direitos basilares, como a vida, liberdade e igualdade.

Ainda na linha da distinção terminológica, calha consignar que a Constituição Federal brasileira, em seu Título I, art. 4º, ao tratar dos princípios que regem a República Federativa do Brasil no plano internacional, é utilizada a nomenclatura prevalência dos “Direitos Humanos”.

Por sua vez, no Título II, é utilizada a expressão “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS” para tratar do rol de direitos tidos por mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que se reconheça que não são apenas que estão previstos nos incisos do art. 5º da Constituição Federal.

O fato de estarem formalmente introduzidos em um ordenamento jurídico não afasta o reconhecimento de outros direitos materialmente fundamentais, que são

⁷ Ingo Wolfgang SARLET, *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*, 3. ed. (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003). P. 37.

⁸ Jorge MIRANDA, ‘Os Direitos Fundamentais Na Ordem Constitucional Portuguesa’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6.18 (1986), 107–40.

aqueles que apesar de não estarem expressamente dispostos em um rol de direitos tidos por essenciais em determinada Constituição, estão em completa sintonia com os valores mais relevantes extraídos daquele determinado ordenamento jurídico.⁹

Nesse passo, a Constituição Federal brasileira estabelece, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que os direitos fundamentais previstos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, os direitos reconhecidos em tratados internacionais que disponham sobre os bens jurídicos mais caros ao ser humano tem o mesmo tratamento dos direitos formalmente elencados na carta política brasileira como fundamentais. A Constituição Portuguesa também apresenta semelhante disposição no seu art. 16º, nº 1 e 2¹⁰.

Há ainda formalmente estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil procedimento para a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos, para que tais tratados passem a ter status de normas constitucionais reguladoras de Direitos Humanos Fundamentais.

O procedimento previsto no art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal assemelha-se ao necessário para a realização de emendas ao texto da Constituição, sendo, portanto, mais solene. Nessa hipótese passam a ser material e formalmente constitucionais.

Percebe-se, assim, que essa categoria de direitos pode ter dupla proteção, quando for garantida no plano internacional e também quando tiver sido incorporada a determinado ordenamento jurídico.

Trata-se de um sistema multinível de proteção¹¹, pois alcança a proteção interna estabelecida pelos Estados soberanos e também a proteção no âmbito internacional, pelas Cortes supranacionais, o que ainda será analisado de forma mais detida.

Reconhece António-Enrique Perez-Luño, ao tratar sobre a proteção dos direitos fundamentais no sistema constitucional espanhol, que esses direitos constituem um sistema de valores que possuem uma unidade de sentido. Representam a expressão

⁹ Gilmar Ferreira MENDES and Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, 19. ed. (São Paulo: Malheiros, 2013).

¹⁰ Artigo 16.º - Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹¹ Régis Willyan da Silva ANDRADE, 'O Diálogo Entre Os Direitos Fundamentais e Os Direitos Humanos Para Criação de Um Sistema Jurídico Multinível', *Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria Do Direito*, 9.1 (2017), 75–89 <<https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.08>>.

suprema da ordem de valores da sociedade onde incidem as normas da Constituição¹².

Isso não afasta que essa ordem de valores seja também reconhecida pela comunidade internacional. Como bem aponta António-Enrique Perez Lunõ, essa unidade de sentido está amparada na dignidade da pessoa humana e na previsão da Constituição espanhola de que esses direitos basilares sejam interpretados de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 e os tratados e convenções internacionais sobre esse tema¹³.

Esse reconhecimento de uma proteção em vários níveis autoriza a utilização de uma nomenclatura que alcance tanto a visão interna dos Direitos Fundamentais, quanto a visão internacional dos Direitos Humanos. Acredita-se ser correto, portanto, denominar esses direitos mais importantes para a sociedade como Direitos Humanos Fundamentais, por possibilitar a referência tanto ao caráter fundamental desses direitos, como ao aspecto de serem inerentes a todos os seres humanos.

Além disso, defende-se tal terminologia porque permite extrair a essencialidade desses direitos, sem os quais o ser humano não pode ser considerado por si e posto em igualdade com os demais membros de sua espécie. Prefere-se, ainda, a expressão Direitos Humanos Fundamentais por ser mais universalista, evitando-se qualquer restrição de gênero, ainda que se saiba que a referência a homem, na expressão direitos fundamentais do homem¹⁴ se relacione a ser humano. Essa é, inclusive, a tendência adotada no âmbito internacional, como ocorre no Regulamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁵.

¹² António-Enrique PÉREZ-LUÑO, 'Dogmática de Los Derechos Fundamentales y Transformación Del Sistema Constitucional', *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, 495–511. p. 500

¹³ *Ibidem* p.500

¹⁴ "Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. José Afonso DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19. ed. (São Paulo: Malheiros, 2001). p. 182

¹⁵ "Termos: - Direitos humanos

Em cumprimento do determinado na Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2019, de 29 de janeiro, e na Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013, de 3 de abril, é adotada a expressão universalista «direitos humanos». Nestes termos, referir-nos-emos à «Convenção Europeia dos Direitos do Homem» como «Convenção Europeia dos Direitos Humanos» e, bem assim, ao «Tribunal Europeu dos Direitos do Homem» como «Tribunal Europeu dos Direitos Humanos», consideração que se aplicará a todos os outros instrumentos ou órgãos referidos que se incluam no escopo das resoluções mencionadas" European Court of Human Rights, *Regulamento Do Tribunal Europeu Dos Direitos Humanos*, 2020, pp. 1–91. p.2.

Deixa-se de adentrar de forma mais profunda na discussão terminológica e diferenciação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais por não ser o objetivo específico de estudo do presente trabalho.

2.2 Os direitos sociais como categoria de Direitos Humanos Fundamentais

Sabe-se que a primeira geração dos Direitos Humanos Fundamentais está ligada a direitos públicos subjetivos, que criam limitações ao poder do Estado, dentro de uma doutrina liberal, necessária para o crescimento do indivíduo.¹⁶ Tem base iluminista, oriunda das revoluções burguesas do século XVIII e fulcra-se na defesa da liberdade, igualdade formal e propriedade.

A autonomia da vontade era imprescindível para que a criatividade pudesse livremente trazer os benefícios para o ser humano individualmente considerado e em benefício indireto à própria sociedade, sem que houvesse uma condução e atuação prejudicial pelo Estado¹⁷.

Um dos traços mais característicos dessa fase de evolução dos Direitos Humanos Fundamentais é a subjetividade, eis que apregoa o direito de resistência em face do Estado¹⁸. Isso implica em reconhecer uma vinculação direta entre o Estado e o respeito aos Direitos Humanos Fundamentais, ante uma relação de subordinação dos cidadãos e o agente público que possui autoridade para fazer impor a vontade estatal, agora com os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Para as relações entre particulares, prevalecia a regulamentação feita pelo Código Civil. Tudo isso tinha por escopo privilegiar a segurança das relações jurídicas estabelecidas contratualmente, valorizando a autonomia da vontade. À época, o Direito civil já possuía um maior grau de maturidade e desenvolvimento científico, tendo em vista a sua antiguidade. Serviu assim, como base pra transportar para o direito público a categoria do direito subjetivo¹⁹.

A consequência indesejada para essa ampliação da liberdade individual e prevalência da autonomia da vontade foi a subjugação do indivíduo mais fraco pelo mais forte, principalmente em razão da pujança econômica. Essa circunstância evidenciou a necessidade de desenvolvimento de outras categorias de Direitos

¹⁶ Konrad HESSE, *A Força Normativa Da Constituição*, trans. by Gilmar Ferreira MENDES (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991).

¹⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976* (Coimbra: Almedina, 1998). p. 43.

¹⁸ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 17. ed. (São Paulo: Malheiros, 2005). p. 517.

¹⁹ Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004).

Humanos Fundamentais, que permitissem a diminuição da desigualdade no plano material, que seriam os direitos sociais.

Difundidos inicialmente pelas Constituições mexicana de 1917, alemã de Weimar de 1919 e mesmo pela brasileira de 1934, os Direitos Humanos Fundamentais de caráter prestacional decorrem do reconhecimento de que a ideia liberal de preservação da autonomia da vontade, que justificava a criação de limitações à atuação estatal, passou a ser insuficiente para a garantia da igualdade, em sua acepção material e mesmo à preservação da dignidade da pessoa humana, vetor primordial para o desenvolvimento satisfatório da sociedade com valorização da vida humana em si.

Os direitos implementados em decorrência da doutrina liberal de limitação à atuação estatal não eram mais suficientes para garantir o desenvolvimento pleno da capacidade humana, notadamente em razão do aumento da complexidade das relações sociais oriundo da revolução industrial, que tornaram o mundo cada vez mais desigual.

O princípio democrático passa, então, a ser baseado em uma busca pela igualdade material, para que haja uma verdadeira liberdade de atuação do ser humano. Sem a aproximação entre as condições materiais de vida, torna-se muito difícil a garantia de uma liberdade efetiva.

Em seu contexto inicial, por imporem uma atuação positiva do Estado, esses direitos eram vistos como recomendações de atuação ou como objetivos a serem alcançados, na medida das possibilidades financeiras e interesses políticos.

José Joaquim Gomes Canotilho apresenta estudo no qual debate a linha ideológica que reconhece o fato de que o caráter dirigente da constituição social não possibilita a otimização imediata dos direitos sociais, mas postularia uma gradual realização dos direitos, tendo por base a capacidade econômica. Destaca, porém, que essa gradualidade não pode representar o que chama de reversibilidade social²⁰.

A crítica ideológica à denominada “carta de direitos sociais” baseia-se na argumentação de que esta não seria mais do que preceitos sem uma aplicação determinada, mas que visam impor políticas públicas que misturariam um modelo Keynesiano na órbita econômica, com um humanitarismo que socializa a atuação estatal²¹.

²⁰ José Joaquim Gomes CANOTILHO, 'O Direito Constitucional Como Ciência de Direcção - o Núcleo Essencial de Prestações Sociais Ou a Localização Incerta Da Socialidade (Contributo Para a Reabilitação Da Força Normativa Da Constituição)', in *Direitos Fundamentais Sociais*, 2. ed (São Paulo: Saraiva, 2015), p. E-Book.

²¹Ibidem.

Essa socialidade estava baseada em uma concepção antropológica, que tinha o indivíduo posicionado no centro de referência, visto como pessoa, cidadão e trabalhador. A base para essa concepção era o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como pedra angular da sociedade e o fundamento para as prestações sociais pelo Estado. Por outro lado, a dignidade da pessoa humana acarretaria na falta de identidade, essência, da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais. Haveria, ainda, uma “substituição da cidadania social pela cidadania do consumidor” e a própria retirada da solidariedade na classe empresarial dos encargos sociais²².

Interessante a citação feita por Canotilho sobre um caso julgado pelo Tribunal Português²³, que tratou sobre o rendimento social de inserção²⁴. Em resumo, o tribunal reconheceu que a dignidade da pessoa humana só estaria violada se o ordenamento jurídico português não adotasse meios para garantia do mínimo de dignidade. Isso, no entender de Canotilho, acabava por diminuir a essência da socialidade, de sorte que os direitos econômicos, sociais e culturais nem sempre seriam garantidos, uma vez que não haveria “direitos sociais autonomamente recortados”²⁵. A dignidade da pessoa humana serviria de base para a atuação estatal, desde que fosse aferida pelos padrões do mínimo existencial. Reforça-se com essa posição o surgimento de um cidadão consumidor, um tanto quanto afastado do cidadão social.

Os direitos sociais, ainda que não sejam concretizados diretamente pelo Estado, não perdem sua essencialidade. Há uma tendência de transferência para a iniciativa privada de diversos serviços que antes eram essencialmente prestados por entes públicos, como os serviços de saúde e educação. Mesmo nesse contexto, as normas que definem direitos sociais devem ter o condão de dirigir, seja a atuação direta do Estado ou formas de o Estado fiscalizar e acompanhar o desempenho, pela iniciativa privada, de serviços essenciais à sociedade.

A Constituição Federal do Brasil²⁶, em seu art. 196, estabelece o direito à saúde como direito de toda a população e dever do Estado. Fixa, ainda, no art. 197, a relevância pública das ações e serviços de saúde. Determina ao Poder Público dispor, na forma estabelecida na lei, sobre a regulamentação dos serviços de saúde, bem como a necessidade de adoção de medidas de fiscalização e controle. Autoriza que a

²² Ibidem

²³ Acórdão n. 509/2002

²⁴ Segurança Social, 'Rendimento Social de Inserção - Seg-Social.Pt' <<http://www.seg-social.pt/rendimento-social-de-insercao>> [accessed 1 November 2020]. Consiste em prestação pecuniária e programa de inserção integrante de um contrato, que tem por escopo garantir a satisfação de necessidades básicas a quem se encontra em situação de extrema pobreza.

²⁵ CANOTILHO, Op cit.

²⁶ Brasil, *Constituição Da República Federativa Do Brasil* (Brasília, 1988) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> [accessed 26 October 2020].

execução seja feita, além de diretamente pelo Estado, também por pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

A Constituição portuguesa também já reconhece, de forma universal, o direito à saúde. Estabelece, ainda, em seu artigo 64º, 3., d), a necessidade de o Estado “disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde”. O objetivo dessa determinação é garantir um padrão de eficiência e qualidade nos serviços que seja aceitável, como concretização do direito social à saúde²⁷.

Deve-se buscar, portanto, formas de implementação dos direitos sociais, sem que se esqueça das limitações de recursos públicos, o que impõe um aperfeiçoamento da gestão pública, para que a previsão desses direitos não permaneça apenas no plano normativo formal.

A necessidade de inclusão social para a busca de uma igualdade material é cada vez mais difícil ante o aumento dos custos econômicos da implementação de tais medidas. No âmbito da saúde, por exemplo, os avanços da tecnologia e de pesquisas científicas nos tratamentos resultam em uma maior chance de controle de enfermidades. Ocorre que essa tecnologia gera um custo cada vez mais relevante²⁸, o que muitas vezes não é acompanhado pelos recursos públicos existentes para cobrir tais tipos de demandas da população. Isso gera descontentamento e uma sensação de omissão pública na concretização de um direito social previsto na Constituição Federal.

A própria repartição da responsabilidade em concretizar esses direitos com o setor privado pode ser interessante para garantir a efetivação deles, desde que não represente uma transferência pura e simples da titularidade, sem qualquer controle estatal.

Matriz ideológica que apregoa um Estado mínimo favorece esse descompasso entre os anseios da população por prestações sociais e os recursos públicos destacados para sua concretização. Esse modelo de visão de Estado garantidor apenas do núcleo essencial de direitos é ligado de forma mais direta aos Direitos Humanos Fundamentais de caráter negativo²⁹, que impunham limitações ao Estado para garantir a liberdade das pessoas. O que era uma visão da primeira geração dos

²⁷ Portugal, ‘Constituição Da República Portuguesa’ <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> [accessed 2 November 2020].
²⁸ Roger I. SCHRECK, ‘Causas Dos Altos Custos Da Saúde - Fundamentos - Manual MSD Versão Saúde Para a Família’, 2018 <<https://www.msmanuals.com/pt/casa/fundamentos/questões-financeiras-nos-cuidados-de-saúde/causas-dos-altos-custos-da-saúde>> [accessed 3 November 2020].
²⁹ José Carlos Vieira de ANDRADE. Op cit.

direitos fundamentais do homem, volta à tona com o desenvolvimento de ideias neoliberais.

Os direitos sociais, nos quais está incluído o direito à saúde, possuem também a conotação de direitos públicos subjetivos³⁰ que tem por escopo a imposição de limitações à atuação estatal, uma vez que não podem ser criados óbices pelo Estado à concretização deles. Aliado ao caráter negativo, esses direitos possuem um caráter prestacional, pois passam a determinar condutas a serem praticadas pelos agentes públicos.

Como conquistas históricas e formalmente reconhecidas em tratados internacionais e constituições nacionais, não se deve admitir um retrocesso nessa categoria de direitos. Devem, também, ser conformados com a realidade econômica vivenciada pelos Estados para que não representem objetivos inatingíveis.

Não se pode olvidar, porém, que a Constituição, instrumento onde costumam estar dispostos os direitos sociais, possui força normativa suficiente para sua concretização. Com efeito, uma visão de sistema constitucional permite reconhecer a Constituição em diálogo constante com as modificações da sociedade e peculiaridades dos casos concretos nos quais são aplicados seus ditames. Isso não retira, porém, seu caráter vinculante, mesmo que sofra pressões sociais e históricas³¹.

Notadamente no que tange às normas definidoras do direito a uma prestação positiva deve-se reconhecer a força normativa da Constituição, não podendo esta representar mero reflexo do contexto social em que está inserida³². A Constituição é criada por uma determinada realidade política e social, mas, a partir daí, passa a condicionar essa mesma realidade, não sendo sua mera reprodução, mas também ditando regras do que deve ser realizado para um desenvolvimento social.

É importante destacar, assim, que os sistemas de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais devem ser construídos de modo a permitir uma defesa ampla desses direitos em todas suas vertentes, seja no plano interno ou internacional, para que seja realmente efetiva.

Também é imprescindível consignar que os direitos sociais merecem proteção em sua dimensão individual, mas também coletiva e entre gerações³³. Isso impõe participação do Estado, dos particulares e até mesmo de sujeitos internacionais, sejam públicos ou privados.

30 MENDES and BRANCO. Op. cit., p. 36

31 Paulo Ricardo SCHIER, *Filtragem Constitucional* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999). p.91

32 Ferdinand LASSALLE, *A Essência Da Constituição*, 9. ed. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

33 Marco Aurélio Antas TORRONTEGUY, 'O DIREITO HUMANO À SAÚDE NO DIREITO INTERNACIONAL: Efetivação Por Meio Da Cooperação Sanitária' (Universidade São Paulo, 2010). p. 11

2.3 A proteção dos direitos sociais no plano internacional

Qualquer sociedade minimamente organizada necessita de uma estrutura jurídica que garanta os Direitos Humanos Fundamentais, como forma de conferir segurança às relações humanas e minimizar a prevalência da força econômica, política e até mesmo física.

Essa proteção não se limita ao ordenamento jurídico interno, mas encontra também guarida no plano internacional. Declarações e Tratados internacionais que visam proteger os direitos dos seres humanos foram editados e ganharam relevância principalmente após a Segunda Guerra mundial.

Após esse conflito armado de abrangência mundial, chegou-se a argumentar, em defesa dos responsáveis por tais violações, que estes não teriam cometido crimes, visto que estavam cumprindo a legislação interna. Mas esse argumento não prosperou, tendo em vista que, ainda que tais condutas decorressem diretamente de mandamentos existentes no ordenamento jurídico da época, não são admissíveis, pois foram consideradas crimes contra a humanidade.

Essa ideia nos remete à filosofia kantiana e o seu imperativo categórico. Para Kant, só há um imperativo, não vários, pois do contrário, esvaziaria seu conteúdo. O imperativo categórico não deriva da experiência humana e sim da sua racionalidade. Agir eticamente é um fim em si mesmo. O certo deve ser feito simplesmente pelo valor que carrega, independe de motivações ou finalidades. Portanto, Kant³⁴ ensina: “age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”.

Assim, ao final da Segunda Guerra Mundial, conhecemos os horrores desta e percebemos a importância do posicionamento internacional a respeito da conduta dos Estados. A universalização dos Direitos Humanos fomenta o surgimento de um sistema de proteção no plano internacional³⁵. Criaram-se balizas que estabeleceram um padrão ético mínimo, baseado no consenso internacional de tais parâmetros.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*³⁶, oriunda da Resolução 217 A, de 10 de dezembro de 1948, da III Assembleia Geral das Nações Unidas, teve por escopo precípua reconhecer a dignidade inerente a cada ser humano, bem como sua interrelação com a comunidade da qual faz parte e com todas as demais,

³⁴ Immanuel KANT citado por Eduardo BITTAR and Guilherme ALMEIDA, *Curso de Filosofia Do Direito*. p. 307, 7. ed (São Paulo: Atlas, 2009). p.307.

³⁵ PIOVESAN. Op. cit. p.41

³⁶ Organização das Nações Unidas - ONU, 'Declaração Universal Dos Direitos Humanos', *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner*, 1948 <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf> [accessed 28 October 2020].

universalizando esses direitos. Reconhece a necessidade de proteção dos direitos basilares, sem os quais a própria essência humana deixa de ser percebida e considerada.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* possui previsão sobre direitos que alcançam a primeira e a segunda geração de Direitos Humanos Fundamentais, de sorte que os direitos sociais estão tratados no referido instrumento. O seu preâmbulo já estabelece a atuação nacional e a cooperação internacional, como formas de garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, que são necessários ao respeito da dignidade da pessoa humana e ao seu livre desenvolvimento.

Resta reconhecido de forma ainda mais específica, em seu artigo 25, §1º, que todas as pessoas possuem direito a um padrão de vida que garanta o direito à saúde, vestuário, alimentação, habitação, cuidados médicos e serviços sociais que as protejam de riscos sociais.

Ocorre que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* não passou pelo procedimento formal de celebração de tratados, seja no plano internacional ou interno dos Estados. É oriunda de uma Resolução da *Assembleia Geral das Nações Unidas*. Assim, apesar de estabelecer uma ética universal, decorrente do reconhecimento do caráter universal dos Direitos Humanos Fundamentais, não possui a mesma força impositiva e vinculante dos tratados e convenções internacionais³⁷.

Não se deixa, porém, de reconhecer que a referida declaração tem forte influência no âmbito do Direito Internacional Público, uma vez que passa a reconhecer os indivíduos como sujeitos desse ramo do Direito, o que antes era limitado aos Estados soberanos³⁸. Merece também referência a decisão do Tribunal Internacional de Justiça, sediado em Haia, que no *Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã*³⁹, conferiu à Declaração Universal dos Direitos Humanos a natureza jurídica de costume, igualando-a à Carta das Nações Unidas⁴⁰.

Para consolidar esses direitos no plano internacional, superando qualquer discussão sobre a força obrigatória da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*,

³⁷ MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*. Op.cit. p.806.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Consta da decisão de 24 de maio de 1984, que o Tribunal Internacional de Justiça reconheceu que a República do Iran descumpriu diversas obrigações internacionais ao ocupar a embaixada norte-americana em Teerã por alguns meses, privando de liberdade seu pessoal diplomático e consular, submetendo-o a condições penosas e a uma constrição física e manifestamente incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os direitos fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Cour Internationale de Justice, Affaire Relative au Personnel Diplomatique et Consulaire des États-Unis à Téhéran, WALDOCK, *Sir Humphrey* (La Haye, Pays-Bas, 1980) <https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/43519/CASE_CONCERNING_US_DIPLOMATIC_AND_CONSULAR_STAFF_IN_TEHRAN.pdf?sequence=1> [accessed 13 November 2020]. p.42.

⁴⁰ MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*. Op.cit. p.806.

foram aprovados pela *Assembleia Geral da ONU*, em 1966, o *Pacto de Direitos Civis e Políticos*, bem como o *Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

No *Pacto de Direitos Civis e Políticos*, ainda que seja voltado a direitos ligados à liberdade, existe referência, ao menos de forma indireta, a direitos sociais, o que inclui o direito à saúde⁴¹. Tem-se que esse direito é protegido quando o pacto veda a tortura⁴² ou a utilização de qualquer pessoa em experimentos médicos científicos, sem que haja o consentimento com a completa informação sobre o que será realizado.

O referido pacto estabelece formas mais concretas para que seus ditames sejam seguidos pelos signatários. Em seu texto há referência expressa à auto-aplicabilidade dos direitos, influenciando no direito de petição⁴³.

Foi estabelecido, ainda, mecanismo de controle do cumprimento das normas pactuadas, com a constituição do *Comitê de Direitos Humanos*⁴⁴. Na forma do art. 40 e 41, os Estados-partes que tenham aceitado a competência do Comitê, comprometem-se a submeter relatórios, sempre que instados por ele. Os relatórios devem delinear as medidas que foram internamente implementadas para que os direitos reconhecidos no Pacto fossem paulatinamente concretizados.

A atuação do *Comitê de Direitos Humanos* constrange o cumprimento das obrigações pelos Estados-partes no plano político, mas não possui caráter vinculante. O órgão limita-se a comunicar suas conclusões aos Estados e a eventuais pessoas físicas interessadas, cuja legitimidade passou a ser aceita por meio do Protocolo Facultativo de 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor em 23 de março de 1976⁴⁵.

Quanto ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC⁴⁶, há nele expressa disposição que permite o reconhecimento de diversos direitos sociais, o que inclui o direito à saúde. Por outro lado, ele estabelece dinâmica paulatina de concretização desses direitos, dentro das possibilidades econômicas e até mesmo interesses políticos dos países⁴⁷.

⁴¹ TORRONTEGUY. Op.cit

⁴² "Artigo 7º - Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas."

⁴³ TORRONTEGUY. Op cit. p. 26.

⁴⁴ "Artigo 28, §1. Constituir-se-á um Comitê de Direitos Humanos (doravante denominado "Comitê" no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante.

§2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados-partes no presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica.

§3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal."

⁴⁵ TORRONTEGUY. Op. cit. p. 86

⁴⁶ Organização das Nações Unidas - ONU, *Pacto Internacional Dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, 1966.

⁴⁷ Ibidem

Os Estados signatários são concitados a adotarem todas as medidas necessárias à concretização progressiva dos direitos sociais⁴⁸, o que permitiria extrair uma não auto-executoriedade de suas disposições. Em razão disso, poder-se-ia concluir que o pacto é constituído de normas programáticas, que são aquelas que estabelecem fins a serem alcançados na medida das possibilidades.

No Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saúde possui proteção de maneira destacada. Isso pode ser visualizado nos seus artigos 11 e 12, nos quais há o reconhecimento pelos Estados signatários da necessidade de que todos os indivíduos tenham acesso a um nível de vida satisfatório, com pretensão a uma melhoria nas suas condições de existência⁴⁹.

Os Estados obrigam-se a, amparados em cooperação internacional, impedir a proliferação da fome, com a propagação de conhecimentos técnicos e científicos relacionados à educação nutricional, o que é muito importante para a manutenção de uma saúde hígida.

Não apenas o reconhecimento da saúde física consta do PIDESC, mas também o direito à saúde mental. Também é feita referência à necessidade de adoção de medidas pelos Estados para a redução da mortalidade infantil, com controle de doenças, melhoria das condições sanitárias, bem como o acesso de todos a serviços médicos⁵⁰.

⁴⁸ Artigo 2.º

1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular.

⁴⁹ "Artigo 11.º

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adotarão individualmente e por meio da cooperação internacional as medidas necessárias, incluindo programas concretos:

a) Para melhorar os métodos de produção, de conservação e de distribuição dos produtos alimentares pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo desenvolvimento ou a reforma dos regimes agrários, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais;

b) Para assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem tanto aos países importadores como aos países exportadores de produtos alimentares. Organização das Nações Unidas - ONU, 'PIDESC - Pacto Internacional Sobre Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais', *PIDESC - Pacto Internacional Sobre Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, Xxi, 1966, 1-8 <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>.

⁵⁰ Artigo 12.º

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento da criança; b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença. Organização das Nações Unidas - ONU, 'PIDESC - Pacto Int. Sobre Os Direitos Econômicos, Sociais e Cult.'

Mesmo que se leve em consideração as dificuldades na implementação imediata de diversos aspectos dos direitos delineados em seu corpo normativo, claramente o PIDESC impõe obrigações positivas aos Estados signatários, que não devem ser consideradas meras recomendações ou normas programáticas⁵¹.

Como direitos de caráter prestacional, estes devem ser sempre correlacionados com as situações fáticas limitantes existentes nos Estados. Isso, porém, não pode servir como subterfúgio para o descumprimento das obrigações livremente pactuadas, notadamente quando se tratam de direitos de fundamental importância para a digna existência humana,

Assim, não basta reconhecer a existência dessa categoria de direitos, mas também é necessário criar mecanismos que permitam a sua concretização, o que não existia de forma eficiente no PIDESC.

Em razão disso, tornou-se imprescindível a aprovação do Protocolo Adicional ao PIDESC, ocorrida em dezembro de 2008, pela Assembleia Geral da ONU. Esse aditivo possibilitou a apresentação de demandas individuais perante o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o objetivo de denunciar Estados signatários do Protocolo.⁵²

O referido Comitê, sediado em Genebra, na Suíça, já havia sido criado em 1985, por meio de Resolução ESC 1985/17 do Conselho Econômico e Social da ONU. Tem por escopo acompanhar a implementação dos direitos sociais previsto no PIDESC e, notadamente, avaliar relatórios periódicos que são encaminhados pelos Estados signatários.

A função de receber denúncias diretamente por indivíduos que tiveram seus direitos sociais violados somente se tornou realidade após o mencionado protocolo adicional. Foi uma forma de abrir acesso à justiça internacional porquanto o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passou a ter atribuição para analisar casos concretos de violação de direitos. Essa análise pode ser instaurada por meio de comunicações individuais, através de medidas provisionais, de denúncias formuladas por Estado signatário em face de outro Estado signatário do protocolo ou, por fim, por meio de investigação realizada pelo próprio Comitê⁵³.

Ainda que seja uma maneira de tentar criar meios para proteger os Direitos Humanos Fundamentais de segunda geração, a atuação do Comitê sobre Direitos

⁵¹ TORRONTÉGUY. Op. Cit p. 90.

⁵² Soledad VILLAGRA, *PROTOCOLO FACULTATIVO AO PIDESC: Uma Ferramenta Para Exigir Os DESC*, trans. by Gabriel Jamur GOMES (Curitiba: Editora INESC, 2008). p. 11.

⁵³ *Ibidem*. p. 13.

Econômicos, Sociais e Culturais não possui a força cogente necessária para fazer impor obrigações aos Estados signatários relativamente aos fatos que apura.

Ao finalizar suas investigações ou apurações, o Comitê apresenta conclusões e recomendações para que o Estado tido por violador do Direito Humano Fundamental corrija as falhas. Pode ainda o Comitê publicar em seu informe anual as conclusões a que chegou⁵⁴.

Percebe-se, assim, que apesar de haver no PIDESC uma coerção na esfera política, inexistente uma substituição pelo Comitê ou outro órgão supranacional que tenha capacidade de determinar, no plano concreto, a realização de atos para que eventuais direitos sociais violados sejam restaurados, o que, muitas vezes, obriga a busca de órgãos de jurisdição internacional, como se passa a analisar.

2.3.1 Sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais

O sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais foi criado pela *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, assinado em Roma, no ano de 1950⁵⁵.

A entrada em vigor dessa convenção no plano internacional ocorreu em 1953, com a ratificação dos 10 primeiros estados nacionais europeus⁵⁶. A adesão à *Convenção Europeia de Direitos Humanos* impõe ao Estado nacional a obrigação de não inserir em seu ordenamento jurídico interno normas que contrariem as disposições contidas na referida convenção.

De igual modo, garante a incidência da jurisdição do *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*⁵⁷. Este, sediado em Estrasburgo, França, é competente para analisar requerimentos individuais⁵⁸ ou estatais relacionados a violações de direitos civis e políticos enunciados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos ou qualquer de seus protocolos. Possui, ainda, função consultiva⁵⁹. São 47 os países membros do Conselho da Europa que ratificaram a Convenção⁶⁰.

⁵⁴ Ibidem. p.16.

⁵⁵ Valério de Oliveira MAZZUOLI, 'O Sistema Regional Europeu de Proteção Dos Direitos Humanos', *Cadernos Da Escola de Direito e Relações Internacionais*, 1 (2010), 32–58.

⁵⁶ European Court of Human Rights, 'Convention Européenne Des Droits de l'homme', 1950 <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fre>> [accessed 28 October 2020].

⁵⁷ "ARTIGO 46° Força vinculativa e execução das sentenças 1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes" Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Convenção Europeia Dos Direitos Do Homem* (Roma, 1950) <www.conventions.coe.int>.

⁵⁸ O Protocolo nº 11, de 1º de novembro de 1998, inseriu a possibilidade de organizações não governamentais e indivíduos formularem pedidos diretamente à Corte Europeia de Direitos Humanos.

⁵⁹ "ARTIGO 47° Pareceres 1. A pedido do Comité de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos. 2. Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comité de Ministros. 3. A decisão do Comité de Ministros

Os Direitos Humanos Fundamentais são protegidos no continente europeu pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. Portanto, eventuais violações a eles podem ser submetidas diretamente à apreciação do sobredito Tribunal supranacional⁶¹, por quem tenha se sentido lesado, notadamente no que tange a garantias processuais e de proteção material de determinados direitos.

O *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* tem por objetivo proteger direitos de forma concreta e efetiva e não de maneira teórica. Um dos aspectos importantes que merecem destaque é o reconhecimento de que, no âmbito dos direitos sociais, a margem de apreciação dos casos submetidos à jurisdição do Tribunal europeu não pode ser demasiadamente grande e vaga.

Reconhece-se que compete às autoridades nacionais a apreciação dessas matérias relacionadas a certas situações ligadas a particularidades econômicas e sociais. São aceitas medidas de restrição de direitos e garantias, como forma de avaliar o bem estar econômico do país, mas desde que sejam respeitados os princípios da legalidade, proporcionalidade e legitimidade do objetivo perseguido. É levada em conta, assim, o contexto econômico e social do Estado nacional que existia à época da alegada violação a direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁶²

Principalmente quando se tratam de normas que visam disciplinar direitos sociais, que impõem uma repercussão no orçamento do Estado aos quais se destinam, não se pode ignorar o papel relevante do Poder Legislativo como o legítimo detentor da competência para concretizar esses direitos no plano normativo interno. O papel judicial, mormente de um Tribunal de Justiça supranacional, deve ser reduzido, sem que isso signifique, necessariamente, em omissão à tutela de direitos relevantes dos seres humanos⁶³.

Os Estados europeus que aderiram à *Convenção Europeia de Direitos Humanos* e já reconhecem a necessidade de aceitação no plano interno das decisões proferidas pelo *Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Essa judicialização no plano internacional demonstra a necessidade de desenvolvimento e sedimentação de sistemas de proteção em níveis variados, uma vez que é comum que a violação a Direitos Humanos Fundamentais partam dos próprios Estados que possuiriam a obrigação de protegê-los. Muitas vezes a falta de proteção a essa categoria de direitos decorre de

de solicitar um parecer ao Tribunal será tomada por voto maioritário dos seus membros titulares." Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Op.cit.

⁶⁰ European Court of Human Rights, *LA COUR EN BREF* <www.echr.coe.int> [accessed 28 October 2020].

⁶¹ Felipe Cerqueira ALVES, 'Compreender a Carta Social Europeia Revista: Convenções Internacionais e Os Seus Efeitos Nas Ordens Jurídicas Nacionais', *Revista Jurídica de Los Derechos Sociales*, 2017. p.29

⁶² Conseil de l'Europe, *La Sécurité Sociale Comme Droit de l'Homme* (Éditions du Conseil de l'Europe, 2007).

⁶³ ALVES. Op. Cit. p.30

deficiências estruturais nos órgãos internos de proteção ou mesmo falha nas políticas públicas de acolhimento.

Por essa razão, um dos aspectos que costuma ser analisado pelo *Tribunal Europeu de Direitos Humanos* é a lesão a direitos relativos a uma razoável duração na apreciação de demandas relacionadas a direitos prestacionais, com base no previsto no art. 6º, 1, da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*⁶⁴.

O primeiro aspecto que merece destaque diz respeito à discussão sobre a possibilidade de enquadrar direitos a uma prestação de seguridade social como direitos de caráter civil, que é o tipo de direitos albergados pelo art. 6º, 1, da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos sedimentou jurisprudência no sentido de que a noção de “direitos e obrigações de caráter civil” não pode ser alcançada por simples referência ao direito interno do Estado requerido, mas, sim, deve ser buscada uma noção autônoma de direito civil, fulcrada nos termos da *Convenção*⁶⁵.

Após discussões iniciais, posicionou-se o Tribunal no sentido de que, no âmbito das prestações de seguridade social, a intervenção estatal não era suficiente, por si só, para afastar a aplicação do art. 6º, 1, da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, sob o argumento de que se tratariam de regras de direito público. Em verdade, a aplicação da referida norma está justificada pelo fato de que os requerentes estão sofrendo uma violação aos meios de subsistência e invocam um direito subjetivo de caráter patrimonial, cujas regras são delimitadas pela Constituição do Estado requerido, como no caso *Salesi vs. Itália*⁶⁶ ou por uma lei federal, como no caso *Schuler-Zraggen*⁶⁷

Impõe-se ainda consignar que a aplicação das garantias procedimentais depende de que as alegações de violação estejam amparadas em um direito já reconhecido no plano interno dos países, como forma de demonstrar que está efetivamente ocorrendo uma omissão sindicável pelo *Tribunal Europeu de Direitos Humanos*.

⁶⁴ ARTIGO 6º Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁶⁵ Conseil de l'Europe. p.10.

⁶⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire Salesi c. Italie (Requête no13023/87), *BERNHARDT, R.* (Strasbourg, France, 1993), pp. 1–24.

⁶⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Affaire Schuler-Zraggen c. Suisse (Requête no14518/89), *BERNHARDT, R.* (Strasbourg, France, 1993), pp. 1–24.

Quanto a essas garantias processuais relativas à prestação de seguridade social, importante mencionar alguns julgados do *Tribunal Europeu de Direitos Humanos* que trataram sobre esse tema, para exemplificar a forma de proteção desses direitos no plano internacional.

No caso *Kovachev vs. Bulgária*, julgado em 28 de outubro de 1997, houve o reconhecimento de violação ao art. 6º, 1. da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Tratava-se de pessoa com deficiência física, beneficiária de pensão e subsídios mensais, que teve prestações suplementares negadas pelo órgão administrativo competente.

O *Tribunal Europeu de Direitos Humanos* reconheceu que sua reclamação não foi apreciada perante um tribunal independente e imparcial, uma vez que um regulamento da assistência social de 1992 não autorizava essa apreciação judicial de litígios relacionados a prestações sociais, mas limitava a análise a um órgão administrativo.

Outro litígio interessante que merece menção, é o caso *Mennitto vs. Itália*⁶⁸, julgado em 05 de outubro de 2000, no qual também foi reconhecida violação a Direitos Humanos Fundamentais do requerente pelos serviços públicos de saúde da Itália.

O *Tribunal Europeu de Direitos Humanos* acatou os argumentos apresentados no sentido de que não foi apreciada em tempo razoável a demanda baseada na legislação italiana, que garantiria a obtenção de ajuda aos familiares que cuidavam em domicílio de pessoas com deficiência membros de sua família.

Como afirmado anteriormente, os direitos materiais também são protegidos expressamente pela *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, como o direito à vida, na forma do artigo 2º e a proibição da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes.

O caso *D. vs Reino Unido*⁶⁹, tratou de um condenado por tráfico de drogas estrangeiro, que cumpriu pena no Reino-Unido e que, portador de AIDS/SIDA em estágio final, havia contra si uma determinação de expulsão do país.

O *Tribunal Europeu de Direitos Humanos* acolheu os argumentos do interessado no sentido de que a expulsão do Reino-Unido representaria obstáculo a qualquer tipo de tratamento de saúde no período terminal de sua vida, condenando-o à solidão e ao desamparo.

⁶⁸ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, AFFAIRE MENNITTO c. ITALIE Requête no/Application no. 33804/96), *WILDHABER, L* (Strasbourg, 2007), pp. 1–24.

⁶⁹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *D. c. Royaume-Uni* (N° 30240/96).

Tendo por base a proibição a tratamento degradante e a proteção à saúde e à vida, na forma dos artigos 2º e 3º da Convenção, foi reconhecido o direito do interessado a permanecer no Reino-Unido. Destacou-se que a expulsão, por si só, não representaria violação ao art. 3º da Convenção, mas as condições pessoais do requerente impunham essa posição.

O Reino-Unido assumiu a responsabilidade do tratamento de saúde do requerente, que era dependente de cuidados médicos e paliativos durante a fase terminal de sua doença fatal, de sorte que uma expulsão nessas condições submeteria o requerente a um risco real de morrer em condições particularmente dolorosas e, portanto, desumanas. Foi reconhecido que ele não seria submetido a um tratamento de saúde no país de destino e que no referido local também não possuiria onde residir ou família para acolhê-lo.

2.3.2 Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais

Também merece destaque o sistema de proteção interamericano de Direitos Humanos, cujos fundamentos remontam a 30 de abril de 1948, com a criação da Organização dos Estados Americanos e a assunção do compromisso de proteger os Direitos Humanos.

Em razão das divergências entre os países, notadamente os Estados Unidos da América, não foi possível delinear por meio de uma convenção, naquela oportunidade, os direitos fundamentais do homem que seriam protegidos.⁷⁰ Foi formulada, à época, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que não possui a mesma força vinculante de uma convenção.

Na mesma linha da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, elenca uma vasta gama de direitos de natureza civil, política, econômica, social e cultural. No mesmo ano de 1948, foi editada a Carta Interamericana de garantias sociais. Essas normas serviram de base para a criação da Convenção Americana sobre os Direitos do Homem.

Os objetivos da Organização dos Estados Americanos, segundo os artigos 1º e 2º da Carta da OEA, são o desenvolvimento da paz e da justiça, promoção da solidariedade, defesa da soberania e integridade territorial dos países membros,

⁷⁰ Carol HILLING, 'Le Système Interaméricain de Protection Des Droits de l'Homme : Le Modèle Européen Adapté Aux Réalités Latino-Américaines', *Revue Québécoise de Droit International*, 7.2 (1991), 210–17 <https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_1991_num_7_2_1708?q=le+système+européen+de+protection+des+droits+de+l%27hommes> [accessed 28 October 2020]. p. 210.

respeitando o princípio da não intervenção, promover o desenvolvimento econômico, social, cultural, resolução pacífica dos conflitos e erradicar a pobreza crítica.

O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos tem sua estrutura aprimorada com a criação, em 1959, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, que represente um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos⁷¹.

O principal objetivo da CIDH é promover a proteção e o respeito aos direitos fundamentais do homem. Com esse intuito, a comissão pode propor medidas que visem a proteção desses direitos, inclusive alterações legislativas internas.

É de competência da Comissão examinar comunicações enviadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidade não governamental que contenham denúncias de violação dos direitos consagrados pela Convenção. Como condição de admissibilidade do recebimento destas, deve-se observar o esgotamento das vias internas do país membro e a não existência de litispendência internacional.

Superada essa fase preliminar, preenchendo-se os requisitos de admissibilidade, abre-se o contraditório, para que o Estado-membro possa expor suas razões. Após o contraditório, passa-se à análise se há motivos para continuar ou não o procedimento e nesse caso, pode ser arquivado ou tomada novas providências, inclusive instaurar uma investigação.

Concluído o procedimento investigatório, a Comissão buscará uma solução mediante conciliação das partes. Logrando êxito, será enviado um relatório para o autor da petição e aos Estados-membros, sendo também comunicado à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para registro e publicação do informe.

Contudo, se amigavelmente não se encontrar uma solução, a CIDH elaborará relatório com suas conclusões e, se for o caso, com recomendações ao Estado-membro, que terá o prazo de três meses para cumprir as recomendações feitas.

Não sendo acatadas as recomendações no prazo de três meses, a Comissão poderá encaminhar o caso para julgamento no Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

Nesse esteio, é interessante destacar que diferentemente do Tribunal Europeu, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos só julga casos encaminhados pela CIDH⁷². No sistema Europeu, como já afirmado, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental pode ter acesso direto ao Tribunal europeu⁷³.

⁷¹ Organização dos Estados Americanos - OEA, 'O Que é a CIDH?' <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>> [accessed 29 October 2020].

⁷² MAZZUOLI, 'O Sistema Regional Europeu de Proteção Dos Direitos Humanos'. Op cit. p.40

⁷³ Art. 34 da Convenção Europeia de Direitos Humanos

Essa é uma das críticas relevantes que pode ser feita ao sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos Fundamentais. Considerando que o sistema foi criado para permitir uma atuação concreta de um órgão supranacional, que possui competência para assegurar o reconhecimento da violação a esses direitos basilares dos seres humanos, é um contrassenso não conceder legitimidade ao ser humano individualmente considerado para levar à apreciação do Tribunal Interamericano alegada violação.

Como já exposto, no âmbito europeu, qualquer indivíduo tem acesso direto ao *Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Mesmo que a decisão proferida por este Tribunal tenha caráter eminentemente declaratório, não deixa de ser uma forma de proteção efetiva à violação dos direitos humanos, ante a existência de mecanismos para forçar os Estados signatários a cumprirem o comando.

Além disso, a integração dos países à comunidade europeia, que é organizada como bloco de desenvolvimento não apenas econômico, mas também de troca de experiências culturais e sociais, potencializa o respeito às decisões proferidas pelo referido Tribunal.

Especificamente no âmbito americano é possível reconhecer, então, certa deficiência na proteção aos direitos basilares dos seres humanos, haja vista que o sistema interamericano de proteção não permite o acesso direto de indivíduos que tenham sofrido alguma lesão.

A *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* examinou até o fim dos anos 70 mais de três mil comunicações individuais de violações a Direitos Humanos. No começo dos anos 90, o total de reclamações já passava de dez mil. A comissão elaborou relatórios de conteúdo variado⁷⁴.

Sobre os casos individuais, a comissão debruçou-se sobre matérias relativas ao direito a condições mínimas de existência em detenção, o respeito ao devido processo legal, características da detenção arbitrária, restrições à pena de morte, condições necessárias à aplicação do estado de urgência e o controle ou suspensão de garantias decorrentes desse estado de urgência, a presunção de inocência, a condenação absoluta da tortura. Posteriormente, divulgou que também analisaria matérias relativas a direitos econômicos, culturais e sociais.⁷⁵

Da totalidade de demandas apresentadas perante a comissão, não são muitas que recebem um juízo de admissibilidade favorável, que é quando a petição está em

⁷⁴ Antonio Augusto Cançado TRINDADE, 'Le Système Inter-Américain de Protection Des Droits de l'homme : État Actuel et Perspectives d'évolution à l'aube Du XXIe Siècle', *Annuaire Français de Droit International*, 46.1 (2000), 548–77 <<https://doi.org/10.3406/afdi.2000.3632>>. p. 551

⁷⁵ *Ibidem*. p. 551

consonância com os requisitos estabelecidos nos artigos 46 e 47 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

De 1995 a 2020, os relatórios de admissibilidade de petições apresentadas perante a comissão resultaram na abertura de 1.409 casos⁷⁶. Em face do Brasil, foram instaurados 96 casos de 1995 a 2020. A título de comparação, apenas em 2016 foram apresentadas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos 131 petições com alegação de cidadãos brasileiros sobre violação a Direitos Humanos que não teriam recebido resposta satisfatória das autoridades do Brasil⁷⁷.

Isso evidencia que o número de demandas que logram o devido processamento perante o órgão de controle supranacional é muito baixo, notadamente se compararmos com a quantidade de demandas apresentadas perante os órgãos nacionais de proteção.

Com relação a julgamentos pelo *Tribunal Interamericano de Direitos Humanos*, merece destaque, a título exemplificativo, do que trata sobre a proteção a direitos sociais, notadamente do direito à saúde e o dever do Estado de concretizá-la, respondendo por sua omissão.

No caso *Sebastián Furlan e Familiares vs. Argentina*⁷⁸, o Tribunal analisou procedimento submetido pela *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* à sua jurisdição. A alegação era de responsabilidade internacional da Argentina por falta de resposta das autoridades judiciárias daquele país, em tempo razoável, acerca de um ação civil contra o Estado que tinha por escopo possibilitar tratamento médico ao menor Sebastián Furlan, ante sua condição de pessoa com deficiência, decorrente de acidente em imóvel do Exército Argentino, quando tinha 14 anos de idade.

Para a Comissão, a conduta do Estado argentino violaria os artigos 8.1 (garantias Judiciais) e 25.1 (Proteção Judicial) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Em termos de direito material, houve alegação de violação ao art. 5.1 da Convenção (Direito à integridade Pessoal) e art. 19 (Direitos da Criança)⁷⁹,

O Tribunal interamericano de Direitos Humanos concluiu que a demora do Estado Argentino em apreciar a demanda de natureza civil formulada não se apresentava razoável, ante a ausência de grande complexidade do caso, de sorte que não havia justificativa para o transcurso de quase 12 anos, quando deveria durar no

⁷⁶ Organização dos Estados Americanos - OEA, 'Informes de Admisibilidades', 2020 <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>> [accessed 29 October 2020].

⁷⁷ Agência Brasil, 'Crescem Queixas Contra o Brasil Na Comissão de Direitos Humanos Da OEA | Agência Brasil', 2017 <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-11/aumentam-queixas-contra-o-brasil-na-comissao-interamericana-de>> [accessed 29 October 2020].

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Jurisprudência Da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, trans. by Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos*. (Brasília: Ministério da Justiça, 2014), p. 555.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Jurisprudência Da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Op. Cit.

máximo 02 anos, de acordo com a legislação interna da Argentina. Isso teria impactado de forma relevante na condição de saúde física e psíquica do requerente, que teve sua reabilitação obstada.

Quanto ao valor pecuniário que teria direito a perceber em razão da sua condição de saúde, o Tribunal também reconheceu que a demora do Estado argentino trouxe lesão ao patrimônio jurídico do requerente.

É interessante destacar que o julgado do *Tribunal Interamericano de Direitos Humanos* reconheceu que o Estado Argentino era obrigado a adotar as medidas necessárias a garantir a concretização do direito à igualdade material, que está ligado aos Direitos Humanos Fundamentais de segunda geração. Estes direitos impõe uma prestação positiva do Estado, com dispêndio de recursos econômicos, inclusive⁸⁰.

O Tribunal, assim, declarou que a Argentina violou direitos processuais de acesso à Justiça de Sebastián Furlan, o que prejudicou o seu direito de receber um tratamento de saúde tempestivo. Em sendo assim, declarou que houve violação também ao seu direito de integridade pessoal. Reconheceu a violação aos artigos 5.1, 8.1, 21, 25.1 e 25.2, em relação aos artigos 1.1 e 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A primeira condenação brasileira pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos foi relativa à má prestação dos serviços de saúde de forma direta ou indireta pelo Estado. Trata-se do Caso Ximenes Lopes vs. Brasil⁸¹. No referido caso, o Brasil foi acusado de violar direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, como o direito à vida, direito à integridade física, garantias judiciais e proteção judicial.

Damião Ximenes Lopes era pessoa com deficiência mental que necessitou de internação em hospital psiquiátrico da rede privada, mas que possuía convênio com o Sistema Único de Saúde, fazendo parte, assim, da rede complementar, que será descrito com maiores detalhes em capítulo pertinente.

⁸⁰ “G) Conclusão geral sobre o acesso à justiça, o princípio de não discriminação e o direito à integridade pessoal de Sebastián Furlan 266. O Estado argumentou que, apesar de “os reclamantes se referirem às normas internacionais em matéria de não discriminação e de proteção das crianças e das pessoas portadoras de deficiência e alega[rem] que o Estado argentino teria violado os deveres de especial proteção que correspondiam” a Sebastián Furlan, não proporcionaram explicação alguma sobre de “que modo teria sido cometida a violação dos mencionados deveres”. O Estado argumentou que as alegações das supostas vítimas careciam de generalidade e que estes mesmos argumentos haviam sido “utiliza[dos] para fundamentar os outros direitos que, segundo suas alegações, o Estado argentino teria violado”. 267. A este respeito, a Corte considera que o direito à igualdade e à não discriminação inclui duas concepções: uma concepção negativa relacionada com a proibição de diferenças de tratamento arbitrárias,⁴²⁵ e uma concepção positiva relacionada com a obrigação dos Estados de criar condições de igualdade real em relação a grupos que foram historicamente excluídos ou que se encontram em maior risco de serem discriminados.⁴²⁶ Além disso, a Corte indicou que o direito à integridade física, psíquica e moral, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, “não apenas implica que o Estado deve respeitá-lo (obrigação negativa), mas que, além disso, requer que o Estado adote todas as medidas apropriadas para garanti-lo (obrigação positiva), em cumprimento de seu dever geral estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana” Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Jurisprudência Da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. p. 611-612

⁸¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos Caso Ximenes Lopes, *Sergio García Ramirez*, 2006, pp. 1–6.

Em sua primeira internação, no ano de 1995, passou cerca de dois meses sob os cuidados da Casa de Repouso Guararapes, localizada na cidade de Sobral, Estado do Ceará. Ao retornar para sua residência, apresentou escoriações nos joelhos e tornozelos, momento que se constatou os primeiros maus-tratos.

No ano de 1999, necessitou de uma nova internação e dessa vez apresentou sinais de agressividade, motivo pelo qual teve que ser contido, o que ocasionou lesões no rosto. Apresentou um novo quadro agressivo, mas novamente foi contido e medicado. Um dia após essa crise, sua mãe o visitou e o encontrou com vários ferimentos, sujo de sangue e de excrementos, além de estar com as mãos amarradas. Ele gritava por socorro policial e apresentava dificuldades respiratórias.

Imediatamente, sua mãe pediu por ajuda, sendo atendida por empregados do hospital que o limpavam e o medicaram. Contudo, duas horas depois dessa ocorrência Damião Lopes veio a óbito. Após o seu falecimento, o médico da clínica atestou morte por “parada cardiorespiratória” e declarou ausência de lesões corporais.

A família não aceitou essa declaração, pois visivelmente ele apresentava lesões corporais. Em sendo assim, o corpo foi levado à cidade de Fortaleza, capital do Estado, para que fosse realizada uma necropsia no Instituto Médico Legal, local em que o mesmo médico que atestou o óbito também trabalhava. A conclusão do relatório da necropsia foi que a causa da morte seria indeterminada e que as lesões eram compatíveis com as medidas de contenção da crise de agressividade.

Contudo, quando o Ministério Público Estadual solicitou informações ao Instituto Médico Legal, foi informado que as lesões foram provocadas por instrumento contundente (por espancamento ou tombo), sem que se pudesse precisar exatamente a forma que ocorreu. Já no ano de 2002, foi determinada pela Justiça que fosse realizada a exumação do corpo, mas não foi possível definir a causa da morte, tendo em vista o decurso do tempo.

No mesmo ano da sua morte, qual seja 1999, sua família realizou denúncia à Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social.

A investigação policial concluiu que a morte de Damião Ximenes Lopes foi causada por maus-tratos, tortura e homicídio, condutas essas imputadas aos agentes que trabalhavam no hospital psiquiátrico e que eram responsáveis pela guarda e cuidado da vítima.

Em março de 2000, o Ministério Público apresentou denúncia e em dezembro de 2003, decidiu aditar a denúncia para que o médico e a enfermeira responsáveis fossem condenados pelo delito de maus-tratos. Contudo, até o julgamento do caso na CIDH ainda não havia prolação de sentença em primeiro grau de jurisdição.

Em julho de 2006, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos condenou o Brasil por descumprir, no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Na sentença, entre os pontos mais importantes, foi reconhecida a violação das garantias e proteções judiciais (art.8 e 25), por ausência de conclusão dos processos e procedimentos para responsabilização civil e penal dos responsáveis pela morte da vítima, mesmo após seis anos do ocorrido. Ademais, responsabilizou-se o Estado Brasileiro pela deficiência do serviço de saúde prestado, pela responsabilidade do Estado de supervisionar e garantir o direito das pessoas com deficiência e pela ausência de tratamento que possa incluir, bem como estimular a autonomia do paciente, melhorando sua qualidade de vida.

Como bem explica Paulo Máximo Cabacinha⁸², os pontos citados podem ser ordenados em dois grupos. O primeiro diz respeito à responsabilização do Estado (não inibição de atos de particulares que atentem contra direitos humanos, pela responsabilidade pelos atos de seus agentes e pela má qualidade do serviço de saúde prestado). O segundo grupo, por sua vez, é relativo à falta de uma política que respeitasse a condição da pessoa com deficiência, promovendo sua inclusão, estimulando sua autonomia, respeito à intimidade e condições dignas de cuidados e internação.

Por sua vez, a última condenação do Brasil pelo *Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos* ocorreu em 15 de julho de 2020, com publicação do acórdão em 26 de outubro. Trata-se de demanda decorrente de acidente em uma fábrica de fogos de artifício, ocorrido na cidade de Santo Antônio de Jesus, no interior do Estado da Bahia. Este incidente, ocorrido em 11 de dezembro de 1998, resultou na morte de 64 mulheres, das quais 20 eram crianças e ainda lesionou 6 trabalhadoras. Apesar da gravidade do fato, o *Tribunal Interamericano de Direitos Humanos* somente proferiu julgamento 20 anos após o ocorrido.

Foi reconhecido que o Estado brasileiro deixou de adotar a “fiscalização das condições de higiene, saúde e segurança do trabalho na fabricação de fogos de artifício para, especialmente evitar acidentes de trabalho”⁸³. Com isso, o Brasil não garantiu condições equitativas de trabalho, bem como contribuiu para uma discriminação estrutural, sem a adoção de qualquer medida que viesse a compensar essa situação de desigualdade.

⁸² Paulo Máximo de Castro CABACINHA, *O Poder Judiciário Nacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Diálogo Ou Indiferença?* (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020).

⁸³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Empleados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares VS. Brasil*, *BENITO, Elizabeth*, 2020. p. 33.

Mais uma vez foi reconhecida a necessidade de respeito ao art. 24 da *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, que determina a busca pela igualdade material, para evitar a discriminação estrutural e a exclusão social.

A atuação do *Tribunal Interamericano de Direitos Humanos* se deu exatamente pela inoperância dos órgãos brasileiros internos de proteção. Mas a própria decisão do referido Tribunal supranacional limita-se a instar o Estado brasileiro a processar e punir os responsáveis pela prática do mencionado crime, retirando todos os óbices legais e materiais para que esse objetivo seja alcançado.

A proteção a Direitos Humanos Fundamentais é, assim, imprescindível em diversos níveis, mas deve se destacar a efetiva concretização deles no mundo dos fatos, principalmente quando se trata de direitos sociais, que exigem uma atuação efetiva e eficiente daqueles que detém o poder para transformar esse estado de desigualdade e carência.

A fiscalização das obrigações, concomitante ao surgimento das necessidades, é mais importante para a efetiva implementação dos direitos sociais do que fomentar a judicialização da vida, garantindo-se apenas a responsabilização e eventual punição, a posteriori, de violação a Direitos Humanos Fundamentais.

Em sendo assim, ressalta-se que embora a proteção multinível traga a ideia de maior segurança para a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais, constatasse, em verdade, que ao acionar a jurisdição internacional, os indivíduos já tiverem seus direitos violados. Como se verifica dos exemplos apresentados, além de terem tido seus direitos basilares violados, também não tiveram o devido amparo pelos órgãos internos de proteção desses direitos, os quais não repararam as violações em tempo razoável, impondo uma busca em um plano mais elevado. Isso evidencia as deficiências na proteção interna.

Em que pese a judicialização em plano internacional seja uma alternativa a mais na busca pela proteção desses direitos, quando reconhecidos pelos Tribunais Internacionais, a tutela jurisdicional, quando favorável, costuma ser entregue muito tempo depois da ocorrência da lesão. Justiça tardia, principalmente em questões relativas aos Direitos Humanos Fundamentais, como a saúde, configura-se uma não justiça.

Em razão da demora em concretizar esses direitos é que devem ser buscados meios alternativos de composição dos litígios, capazes de satisfazer o direito em tempo hábil, com um modelo que possa ser replicado para demandas semelhantes, garantindo, assim, a igualdade de tratamento no plano fático.

Em países em desenvolvimento, como o Brasil, percebe-se uma dificuldade ainda maior em concretização dos Direitos Humanos Fundamentais, principalmente os

de caráter prestacional, uma vez que implicam, em regra, em aporte de recursos financeiros. E nessas circunstâncias, a judicialização, por si só, costuma não resolver o problema, uma vez que acaba perdendo sua efetividade quando encontra uma realidade fática que impede o próprio cumprimento da tutela jurisdicional. A falta de efetividade decorre da ausência de uma construção do comando com a participação de todos os atores envolvidos na solução do problema.

Assim, antes de se apresentar um modelo alternativo de resolução dos conflitos, entende-se necessário caracterizar o complexo sistema normativo e administrativo que trata do direito à saúde no plano interno brasileiro. Apresentam-se, então, suas características, a fim de demonstrar como estas favorecem a problemática central deste trabalho, qual seja, a judicialização da saúde no Brasil, para, então, apresentar uma via que busque abreviar a satisfação desses direitos basilares, inerentes à dignidade humana.

3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

O direito à saúde é um direito social previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) em seu artigo 196. O mencionado artigo dispõe que a saúde é um direito de todas as pessoas e um dever do Estado, que deverá promover políticas sociais e econômicas, a fim de proporcioná-la a todos os indivíduos que estejam em território nacional, englobando assim brasileiros natos, naturalizados, residentes ou não no país.

A Constituição Federal, ao dispor que o direito à saúde é direito de todos, criou uma esfera coletiva de proteção e uma esfera individual. A dimensão coletiva diz respeito às políticas públicas voltadas para a saúde pública, como a manutenção de estrutura de atendimento, medicamentos, controle de endemias, vacinas.

A dimensão individual é verificada, como aduziu o Ministro Celso de Melo⁸⁴, como um direito público subjetivo, sendo este assegurado à generalidade das pessoas, além de conduzir uma relação jurídica obrigacional entre Estado e indivíduo. Essa disposição legal impõe prestações positivas que protejam e recuperem a saúde de cada um.

O mencionado artigo preleciona ainda que a saúde é de acesso universal e igualitário. Por acesso universal entende-se que é sem restrições de qualquer ordem, tampouco é possível a fixação de renda como critério de acesso. Desse modo, tanto o

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal Brasil, AgR-Re nº 271.286-8 RS, *Ministro Celso de Mello*, 2000 <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>> [accessed 26 October 2020].

hipossuficiente pode utilizar os serviços públicos de saúde, quanto os que possuem melhores condições socioeconômicas.

Assim, a Constituição Federal, em seu artigo 196, preleciona que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, sendo, portanto, uma proposição formalmente declarativa, mas com a função de impor certos comportamentos. Essa ideia é reforçada pela oração seguinte, a qual explicita, de forma genérica, como o objetivo será alcançado “mediante política sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Por fim, declara que o acesso será universal e igualitário.

Deve-se esclarecer que a Constituição Federal Brasileira de 1988 é considerada uma norma que apresenta as seguintes características, dentre outras: dogmática, promulgada, rígida e analítica.

Por Constituição dogmática⁸⁵ entende-se aquela que é elaborada por um órgão constituinte que sistematiza ideias fundamentais, baseadas na teoria política adequada para o momento de sua elaboração.

O conceito de Constituição promulgada⁸⁶ perpassa pela noção de representação democrática, tendo em vista que é elaborada por um órgão constituinte composto por representantes do povo.

Uma das características marcantes da Constituição Brasileira de 1988 é sua rigidez, que indica a forma de alteração das normas Constitucionais de modo mais dificultoso, o que representa na forma do art. 60, §2º, que “a proposta deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

Ademais, há ainda limitações de alterações das normas Constitucionais, que formam o núcleo intangível denominado de Cláusulas Pétreas. Em sendo assim, propostas que tenham intenção de abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e direitos e garantias individuais sequer podem tramitar, conforme a disposição do art. 60, §4º da Constituição Federal.

Por fim, a CF/88 é considerada analítica por abranger diversos assuntos, nem sempre com conteúdo constitucional propriamente dito. A verdade é que grande parte das matérias⁸⁷ poderiam ser tratadas em leis complementares ou em sede de leis ordinárias. Em sendo assim, é considerada prolixa ou extensa, pois possui 250

⁸⁵ DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. Cit. p 41

⁸⁶ *Ibidem* p. 41

⁸⁷ BONAVIDES. Op. Cit. p. 91

(duzentos e cinquenta) artigos, nos quais descrevem os mais diversos direitos e obrigações, dentre eles, o direito à saúde.

Retomando o disposto na CF/88, em seu art.196, o acesso à saúde é considerado universal no seu ponto de vista formal, contudo, a realidade prática indica que nem todos possuem acesso ao serviço de saúde de qualidade, o que também coloca em xeque o caráter igualitário, principalmente quando se verifica as regiões mais pobres do país, a exemplo Estado do Maranhão, local em que se fará o recorte deste estudo.

Pode-se chegar a essa conclusão ao analisar os dados coletados pela pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE em parceria com a Fundação Fio Cruz⁸⁸. Na referida pesquisa consta que o Maranhão possui uma população de 7.000.229 habitantes e 6.096 médicos registrados, ou seja, uma proporção de 0,87, levando em consideração a razão médico por 1.000 habitantes. Isso é considerado um número baixo em relação aos países desenvolvidos.

A pesquisa, contudo, reconhece que essa proporção, por si só, não é determinante para avaliar a razão adequada de médicos por habitante, pois devem ser levadas em consideração as condições socioeconômicas, as diferenças regionais, as questões epidemiológicas, dentre outros.

Por oportuno, ainda que não seja uma equação exata, esse número serve como indicativo do baixo percentual de profissionais habilitados, mormente se levarmos em consideração que grande parte dos médicos residem e trabalham na capital⁸⁹, além de grande parte dedicar-se a atendimentos privados, segundo a pesquisa do IBGE em parceria com a Fiocruz⁹⁰.

Há inúmeras questões relacionadas à não interiorização dos serviços médicos e preferência pelo serviço privado em detrimento do público, dentre elas podemos citar a falta de estrutura e condições de trabalho⁹¹.

A não verificação prática dos ditames constitucionais com relação à saúde, está diretamente relacionada com a má gestão dos recursos públicos. Mesmo que estes recursos não sejam abundantes também não se pode considerá-los excessivamente

⁸⁸ Mário SCHEFFER and others, 'Demografia Médica No Brasil 2018' (São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Conselho Federal de Medicina, 2018) <www.portalmedico.org.br>. p. 160

⁸⁹ "O relatório anterior da Demografia Médica mostrava que as características dos subsistemas público e privado de saúde no Brasil e a dupla prática profissional (pública e privada) adicionam ingredientes à compreensão da desigualdade na oferta de médicos. Com variações locais e regionais, uma parcela importante da força de trabalho médico está concentrada preferencialmente no atendimento de clientelas restritas da população, o que contribui para perpetuar iniquidades no acesso e na utilização de serviços de saúde". p. 139

⁹⁰ Ibidem

⁹¹ Ibidem

escassos, tendo em vista que a CF/88 traz percentuais financeiros de repasse obrigatório para as questões relacionadas à saúde, conforme dispõe o art. 198, §2º.

Os recursos destinados aos serviços de saúde são oriundos da arrecadação pública do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), Imposto sobre Transmissão Inter-vivos, a qualquer título seja oneroso ou gratuito (ITBI) e Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

Assim, de acordo com o art.198, §2º, a União deve necessariamente aplicar na saúde o valor empenhado no ano anterior mais a variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Os Estados e o Distrito Federal precisam investir 12% de sua receita, enquanto os Municípios devem aplicar o mínimo de 15%. O financiamento da saúde será tratado em tópico específico, por ser um assunto que demanda maiores explicações.

Seguindo a linha argumentativa, somando-se a má gestão dos recursos, destaca-se que a legislação pertinente a repartição de competências entre União, Estados e Municípios não é percebida de forma clara pela população em geral, de modo que pulveriza sua participação na fiscalização do efetivo dispêndio do orçamento público.

A participação reduzida da população dá-se, em grande parte, pela falta de educação em Direitos Humanos, falta de convicção e confiança no Poder Público, além de falta de conhecimento das normas relativas à repartição de competências e questões orçamentárias. Todas essas características favorecem à judicialização da saúde, conforme se verá em capítulo próprio.

3.1 A evolução do direito à saúde como direito social no Brasil

Uma constituição deve trazer os valores fundamentais que regem uma determinada sociedade. O direito à saúde é um direito que baseia todos os outros, pois intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, deve-se destacar que o conteúdo do direito à saúde não diz respeito apenas a medidas terapêuticas ou de controle epidemiológico. Conforme dispõe o art. 3º, parágrafo único da Lei 8.080/90⁹², as ações de saúde devem ir além, porquanto devem garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mas também mental e social. Para atingir essa finalidade, é necessário que se

⁹² Brasil, *Lei Nº 8.080/1990* (Brasília: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências., 1990) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> [accessed 26 October 2020].

organizem ações relativas à moradia, acesso à água potável, condições dignas de trabalho, alimentação, atividade física, renda, lazer e saneamento básico.

Apesar de o direito à saúde ser atualmente reconhecido como um Direito Humano Fundamental de ordem social pela Constituição de 1988, nem sempre foi assim. Antes da CF/88 não havia políticas públicas coordenadas na área de saúde. Todas as escassas ações nesta seara eram coordenadas pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores.

Como os direitos sociais representam uma das dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais, os quais são conquistados de forma gradual, também no Brasil, o direito à saúde passou por diversas fases.

Em 1897⁹³ foi instituída, pelo decreto n. 2.449, de 1º de fevereiro, a Diretoria Geral de Saúde Pública (DGSP), que reuniu os serviços anteriormente pertencentes ao Instituto Sanitário Federal e à Inspetoria Geral de Saúde dos Portos. As políticas públicas eram voltadas para a saúde coletiva, tendo como principais medidas: a vacinação e ações sanitárias em portos.

Nesse período, a única alternativa para aqueles que não possuíam renda e precisassem de atendimento médico, era recorrer a uma das Santas Casas, que eram hospitais filantrópicos. Por óbvio, essas instituições filantrópicas não eram capazes de conter adequadamente as demandas, o que explica, em grande medida, o porquê de o Brasil ter baixa expectativa de vida à época e alta taxa de mortalidade infantil.

Depois, passou-se a fase de controle por meio de vacinação e ações sanitárias coletivas. Mas essas ações, por si sós, já não eram suficientes para manter uma saúde que permitisse qualidade de vida à população. Isso porque, como já argumentamos, para o desenvolvimento da saúde coletiva é necessário um nível de organização não só em tratamentos restaurativos ou de imunização, mas políticas coordenadas nas diversas áreas.

Em sendo assim, percebendo as carências de políticas públicas, os trabalhadores sentiram necessidade de criar um tipo de seguro coletivo, baseados na contribuição e na solidariedade, para amparar os riscos sociais.

Essa caixa de assistência foi criada pelas próprias empresas, limitando-se inicialmente ao setor ferroviário, semelhante ao que se tem atualmente com os fundos de pensão ou previdência complementar.

No ano de 1923, com o intuito de regulamentar essa assistência aos trabalhadores empregados no setor ferroviário, foi criada a Lei Eloy Chaves. A referida

⁹³ Angélica Ricci CAMARGO, 'Ministério Da Justiça e Negócios Interiores: Um Percurso Republicano (1891-1934)', *Cadernos MAPA Memória Da Administração Pública Brasileira*, 11, 2015.

lei trouxe a previsão de uma espécie de caixa de assistência social, que era formada mediante contribuições dos trabalhadores, visando acobertar a pensão por morte aos dependentes, assistência médica e diminuição nos custos com medicamentos.

Destaca-se que no âmbito público, havia previsão semelhante à da Lei Eloy Chaves, estabelecida pelo Decreto 9.284, que criava uma caixa de assistência voltada à concessão de pensões aos dependentes dos funcionários públicos da Casa da Moeda. Posteriormente, várias outras entidades de classe se organizaram para compor suas caixas de assistência, que envolviam previdência e saúde.

Em 1930 já existiam diversas caixas de assistência organizadas por ramo de atividade, mas inúmeras denúncias de corrupção foram colecionadas, o que fez a sistemática entrar em colapso e ser questionada a sua segurança.

A Constituição brasileira de 1934, inovando no ordenamento jurídico, trouxe uma forma tripartite de custeio da previdência social: contribuição dos trabalhadores, dos empregadores e do Poder Público. Em 1939 foi criado o regulamento da aposentadoria dos funcionários públicos.

No ano de 1949, por meio do Decreto lei de nº 26.778, estabeleceu-se a uniformização das regras e políticas de previdência, uma vez que cada caixa de assistência possuía regramento próprio.

Só no ano de 1960 o Decreto 34.586 unificou todas as Caixas de Assistência, transformando-as em Instituto Nacional. Contudo, somente sete anos mais tarde, criou-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). A criação de um instituto nacional não visava apenas a unificação de regras, mas também centralização da gestão dos recursos, que foram destinados ao Tesouro Nacional, o que provocou confusão orçamentária da previdência com o orçamento público.

Dentro da estrutura do INPS, criou-se uma autarquia chamada INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), que teria atribuição para fornecer assistência médica aos seus segurados.

Contudo, a existência dessa autarquia não assegurava o acesso à saúde nos moldes atuais no Brasil. O acesso não era universal e tampouco igualitário. O critério utilizado era ter um emprego formal, ou seja, possuir carteira de trabalho assinada e por consequência, contribuir para o chamado Instituto de Previdência.

Nos anos 40 houve um forte movimento no Brasil que foi denominado de Reforma Sanitária. Esse movimento é considerado por Paim⁹⁴ como um movimento não só de melhorias de políticas públicas na área de saúde, mas como um movimento

⁹⁴ PAIM, JS, citado por José Patrício BISPO JÚNIOR, 'RESENHAS REFORMA SANITÁRIA BRASILEIRA: CONTRIBUIÇÃO PARA A COMPREENSÃO E CRÍTICA'. Paim JS. Salvador: Edufba / Rio de Janeiro: Edi- Por Que a Reforma Sanitária Não Cumpriu o Que Prometeu?', *Caderno de Saúde Pública*, 25.8 (2009), 1866–67.

que buscava progressos sociais. Ou seja, o objetivo não era somente estabelecer um sistema de saúde gratuito, universal e de qualidade. Almejava ir além, era um movimento que pretendia lutar por direitos sociais e de reconhecimento de que o indivíduo possui direitos pela sua própria natureza humana.

Nesse ponto, esclarece-se que não se está defendendo o *jusnaturalismo*, ou seja, o homem que já nasce com direitos inerentes, mas sim, uma perspectiva de direitos humanos, o homem como um ser social que nasce apto a ser titular de direitos. Direitos esses que são construídos ao longo de sua trajetória e que não se sobrepõe como gerações, mas são dimensionados e (re) dimensionados à medida que há um fortalecimento de vínculos sociais e o surgimento de necessidades que darão suporte para o pleno desenvolvimento das capacidades humanas.

O direito à saúde é um dos direitos sociais basilares. A saúde nos permite ter melhor qualidade de vida, considerando não só o bem-estar geral físico, quanto psicológico. A base para o desenvolvimento das potencialidades humanas é ter uma saúde equilibrada. A definição de saúde utilizada pela Organização Mundial de Saúde define saúde não só como a ausência de doença, mas também como um estado de perfeito bem-estar físico, mental e social⁹⁵.

Nesse cenário de mobilizações sociais por uma saúde de qualidade, as pressões sociais cresceram e foram apoiadas por grupos de pesquisadores, como por exemplo, a CEBS e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Essas organizações trouxeram embasamentos teóricos que reforçaram a necessidade do desenvolvimento de políticas de saúde coordenadas.

Não se deve olvidar que em um país com dimensões continentais como Brasil, com uma extensa população (aproximadamente 210 milhões de pessoas, segundo a projeção realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁹⁶ em 2019), tendo perfil econômico em desenvolvimento, além de outras problemáticas relacionadas à falta de gestão de recursos, desvio de verbas e corrupção, não seria uma tarefa fácil.

O atual Sistema de Saúde Brasileiro, denominado de SUS (Sistema Único de Saúde), apesar de receber tal denominação, possui uma estrutura hierarquizada e descentralizada, pois, conforme dados esposados acima, seria impraticável manter um sistema gerido somente pela União, sem auxílio dos Estados e dos Municípios.

⁹⁵ Organização Panamericana da Saúde - OPAS, 'OPAS/OMS Apoiá Governos No Objetivo de Fortalecer e Promover a Saúde Mental Da População', *Organização Pan-Americana Da Saúde*, 2016 <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5263:opas-oms-apoia-governos-no-objetivo-de-fortalecer-e-promover-a-saude-mental-da-populacao&Itemid=839> [accessed 26 October 2020].

⁹⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, *Estimativa Da População*, 2020 <https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2020/estimativa_dou_2020.pdf> [accessed 26 October 2020].

O conteúdo do direito à saúde que deve ser prestado pelo SUS diz respeito a redução de doenças através de medidas preventivas, prestação de atendimento visando tratamentos gratuitos para restabelecimento da saúde de qualquer indivíduo, prestação de insumos e medicamentos, bem como recursos humanos na área de saúde.

Destaca-se que O SUS é destinado também à gestão de políticas públicas na área de saúde em âmbito nacional, devendo fomentar a produção científica, exercer vigilância sanitária e epidemiológica, auxiliar com políticas de meio ambiente que propiciem o desenvolvimento saudável dos indivíduos.

Para realizar função tão relevante é necessária a destinação de recursos, sem os quais não há como desempenhá-las. Assim, surgiu o Fundo Nacional de Saúde, que recebe os recursos financeiros para manter e prestar os serviços relativos à área de saúde. No ano de 1996 foi criada uma Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, denominada usualmente de CPMF, que incrementava a fonte de custeio. Mas como o próprio do tributo sugere, era provisório, sendo extinta no ano de 2008.

A Lei 8.080 de 1990⁹⁷ que estabeleceu o SUS trouxe as condições para proteção e promoção da saúde. Essa legislação veio disciplinar as formas de implementação dos ditames constitucionais.

Destaca-se ainda que na própria legislação do SUS, há um capítulo destinado a disciplinar os serviços privados de assistência à saúde. Em sendo assim, no Brasil a saúde é um direito de todos, prestado pelo Estado, contudo, não se exclui os serviços privados de saúde, que podem ser explorados pela iniciativa privada. Criou-se, portanto, um sistema de saúde complementar.

Para disciplinar e gerir esse microsistema dentro do sistema macro de saúde criou-se uma agência reguladora denominada Agência Nacional de Saúde Complementar- ANS.

A ANS foi criada pela Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000⁹⁸. É uma pessoa jurídica de direito público, denominada de autarquia em regime especial, em sendo assim, tem por característica a autonomia financeira, administrativa, técnica, gestão de recursos e mandato fixo de seus dirigentes. É órgão responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades relacionadas à assistência suplementar da saúde.

De acordo com a mencionada lei, em seu art.3º, a ANS terá como missão institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à

⁹⁷ Brasil, *Lei Nº 8.080/1990*. Op.cit.

⁹⁸ Brasil, *Lei Nº 9.961* (Brasília: Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências., 2000) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm> [accessed 26 October 2020].

saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Dessa forma, a ANS possui diversos regulamentos com o intuito de traçar diretrizes, estabelecer o funcionamento dos serviços oferecidos pelos prestadores de plano de saúde, inclusive impondo procedimentos e tratamentos mínimos que devem ser ofertados aos beneficiários. Além disso, tem o poder de impor sanções por descumprimento das diretrizes estabelecidas.

3.2 O Sistema Único de Saúde no Brasil

O Sistema Único de Saúde brasileiro - SUS foi criado pela Constituição Federal de 1988, podendo ser entendido como uma política de Estado. Em sendo assim, adotou-se uma abordagem para destacar as características do SUS, seus princípios, características, repartição de competências administrativas e financiamento que são fatores que contribuem para a judicialização das questões relativas ao direito à saúde.

Em sendo assim, a primeira característica que se deve destacar é que a Constituição Federal brasileira reconheceu o direito à saúde como um direito basilar e ao fazê-lo criou também uma dimensão objetiva a tal direito, pois os dispositivos constitucionais que versam sobre Direitos Humanos Fundamentais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme dispõe em seu art. 5º, §1º.

Ressalta-se, como bem observa José Afonso da Silva⁹⁹, que a mera previsão textual não é capaz de resolver o problema da aplicabilidade das normas constitucionais, principalmente quando diz respeito a direitos sociais que a própria Constituição condiciona a sua aplicabilidade a regulamentação posterior por meio de legislação própria.

Para disciplinar as questões relativas à aplicabilidade e funcionalidade do Sistema Único de Saúde, foi editada a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990¹⁰⁰, já citada anteriormente e que busca regulamentar o sistema de saúde em todo território nacional.

Em seus primeiros artigos, a mencionada lei instituidora do SUS reconhece o direito à saúde como direito fundamental e o dever do Estado de desenvolver políticas sociais e econômicas que possibilitem a redução dos agravos e doenças. Além disso, busca proporcionar assistência universal e igualitária às ações que visem precaver e

⁹⁹ José Afonso DA SILVA, 'Aplicabilidade Das Normas Constitucionais', *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, 02.1 (1993), 07-22 <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.1993.v02.n1.p07>>.

¹⁰⁰ Brasil, *Lei Nº 8.080/1990*. Op cit.

adotar medidas para restabelecer a saúde daqueles que necessitem de cuidados médico-hospitalares.

3.2.1 Princípios informadores do SUS: Universalidade, integralidade, descentralização, hierarquização, regionalização e participação popular.

Para atingir essas finalidades, a Lei 8.080/90 trouxe, em seu art.7º, quatorze princípios e diretrizes que norteiam o funcionamento do SUS. Dentre eles destaco o princípio da universalidade, regionalização, descentralização e participação popular. Esses princípios são o pano de fundo para a grande ocorrência dos litígios que envolvem direito à saúde.

O Brasil pretende um sistema de saúde que atenda toda a população, com grande abrangência de doenças. Ocorre que a inexistência de um sistema unificado de atuação e a ausência de uma participação ativa da sociedade na elaboração das políticas públicas em saúde, formam um contexto favorável à grande judicialização das questões envolvendo o direito à saúde no Brasil.

O Sistema Único de Saúde foi criado, assim, com o intuito de organizar e implantar políticas públicas nessa área, preconizando que as ações e serviços públicos devem formar uma rede regionalizada e hierarquizada. Para tanto, sua estrutura é descentralizada, com participação da comunidade, na busca de um atendimento integral.

As formas de gestão e compartilhamento de competências do Sistema Único de Saúde são dispostas na lei nº 8.080/90¹⁰¹. A referida lei, em seu art. 4º, conceitua o Sistema Único de Saúde como um conjunto de ações e serviços de saúde que deve ser implantado por órgãos e instituições públicas de todas as esferas de governo: federal, estaduais e municipais, incluídas as da Administração direta e indireta e fundações públicas. A iniciativa privada poderá compor o SUS em caráter complementar.

A unidade do Sistema Único de Saúde baseia-se na necessidade de que as políticas na área de saúde devem ser balizadas pelos mesmos ideais, de maneira uniforme, mantendo um planejamento único, ainda que implementado pelas diversas esferas públicas da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

¹⁰¹ Ibidem

3.2.1.1 Do princípio da universalidade

O princípio da universalidade dispõe que os serviços de saúde serão de acesso a todos. É um princípio finalístico como dispõe Carmen Teixeira¹⁰², ou seja, “um ideal a ser alcançado”, um dever ser. É evidente que esse caráter universal ainda se encontra em fase de desenvolvimento, pelas percepções práticas e pelos números de demandas judiciais visando o acesso à saúde e responsabilização do Estado por conduta omissiva nessa área.

Assim como no Brasil, o direito à saúde em Portugal é um direito social assegurado na Constituição de 1976, em seu art. 64º. No ano de 1979 foi criado o Sistema Nacional de Saúde - SNS.

Esse sistema foi criado como forma de concretizar o direito social à saúde, garantido constitucionalmente. Tem como princípio a universalidade, a gestão descentralizada e participada. Visa a atender à toda população, adotando políticas voltadas para a prevenção de doenças, restabelecimento da saúde e reabilitação.

As características listadas acima são também verificadas no Sistema Único de Saúde no Brasil (SUS). Contudo, um dos traços distintivos é que o serviço de saúde em Portugal é tendencialmente gratuito, respeitando as condições sociais dos assistidos. No Brasil, para utilizar o serviço de saúde não é cobrada contraprestação pelo utente do SUS, podendo ser utilizado, inclusive, por estrangeiros.

Em Portugal, o direito à saúde é de titularidade de todos, que podem exercê-lo com isenção ou não de taxas moderadoras. Cumpre consignar que foram criados diversos critérios¹⁰³ para a concessão da gratuidade da prestação do serviço de saúde em Portugal.

Desse modo, é forçoso reconhecer que em Portugal a não isenção do pagamento de taxas moderadoras é uma exceção, tendo em vista os vários grupos e critérios estabelecidos para a sua não implementação. Em sendo assim, consequência

¹⁰² Carmen TEIXEIRA, 'Os Princípios Do Sistema Único De Saúde', in *Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, Bahia, Junho* (Salvador, 2011), pp. 1–10. p.3

¹⁰³ Além dos usuários que estão enquadrados na insuficiência econômica, também são isentos do pagamento de taxas moderadoras, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 113/2011, de 29 de novembro, alterado pela Lei nº 7-A/2016, de 30 de março, os seguintes pacientes: a) as grávidas e parturientes; b) os menores; c) os pacientes com grau de incapacidade igual ou superior a 60%; d) os pacientes em situação de insuficiência econômica, bem como os dependentes do respetivo agregado familiar; e) os doadores benévolos de sangue; f) os doadores vivos de células, tecidos e órgãos; g) os bombeiros; h) os doentes transplantados; i) os militares e ex-militares das Forças Armadas que, em virtude da prestação do serviço militar, se encontrem incapacitados de forma permanente; j) os desempregados com inscrição válida no Centro de Emprego, auferindo subsídio de desemprego igual ou inferior a 1,5 vezes o indexante de apoios sociais (IAS) que, em virtude de situação transitória ou de duração inferior a um ano, não podem comprovar a sua condição de insuficiência econômica em tempo, por via dos critérios estabelecidos na Portaria nº 311-D/2011, de 27 de dezembro, bem como o respetivo cônjuge e dependentes; k) os jovens em processo de promoção e proteção a correr termos em co- missão de proteção de crianças e jovens ou no tribunal, com medida aplicada no âmbito do art. 35º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens. em Perigo, aprovada pela Lei nº 147/99, de 1 de setembro, alterada pela Lei nº 31/2003, de 22 de agosto, que não possam, por qualquer forma, comprovar a sua condição de insuficiência econômica.

lógica é que o financiamento do serviço de saúde, em grande parte, é realizado pelo Estado, através da arrecadação tributária.

Como a pretensão de se ter um serviço universal de saúde é ambiciosa, principalmente no contexto brasileiro, com grande população e desigualdades sociais, Carmen Teixeira¹⁰⁴ cita como uma das grandes barreiras para o pleno exercício do direito à saúde condições de ordem econômica, social e cultural. Na ordem econômica, a autora cita o grande volume de recursos que o Estado precisa aportar na saúde. Acrescento, ainda, que grande parte da população depende de políticas de transferência de renda, como, por exemplo, o Bolsa Família. Essa constatação é ainda mais relevante em Estados pobres do norte e nordeste do Brasil, como ocorre com o Estado do Maranhão.

O Ministério da Cidadania divulgou dados relativos ao pagamento, no mês de janeiro de 2020, do montante de R\$ 201 milhões de reais¹⁰⁵ a 926.925 famílias residentes no Estado do Maranhão, com valor médio de R\$ 216,86 reais, por beneficiário.

Esses dados demonstram que grande parte dos habitantes do referido Estado é considerada extremamente pobre, principalmente se levarmos em consideração que a população maranhense é estimada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2020, em 7.114.598 pessoas.

Boa parte das famílias conta somente com a renda proporcionada pelo Estado. Muitas dessas também desenvolvem agricultura de subsistência. Em vários municípios do Maranhão, a pobreza é tão marcante, que muitas vezes a pessoa sequer consegue arcar com custos de transporte para chegar até uma unidade de tratamento de saúde.

Também merece destaque a falta de estrutura de muitos municípios, que não dispõe de saneamento básico e até mesmo água encanada. Esse fator desencadeia uma série de doenças que embora sejam evitáveis, acabam por trazer agravos severos à saúde.

Uma dificuldade sócio-cultural citada por Carmen Teixeira¹⁰⁶ é a barreira linguística. A pobreza extrema também revela dados importantes na educação básica. Segundo o IBGE¹⁰⁷, em pesquisa realizada no ano de 2018, no Brasil, “em números

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Op. Cit.

¹⁰⁵ Ministério da Cidadania, ‘No Mês de Janeiro, Bolsa Família Irá Beneficiar Mais de 920 Mil Famílias No Maranhão’, *Governo Federal*, 2020 <<https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/no-mes-de-janeiro-bolsa-familia-ira-beneficiar-mais-de-920-mil-familias-no-maranhao>> [accessed 26 October 2020].

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Op. Cit..

¹⁰⁷ Agência IBGE, ‘Analfabetismo Cai Em 2017, Mas Segue Acima Da Meta Para 2015’, 2018 <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21255-analfabetismo-cai-em-2017-mas-segue-acima-da-meta-para-2015>> [accessed 26 October 2020].

absolutos, a taxa de pessoas que ainda não sabem ler e escrever representa 11,5 milhões”¹⁰⁸.

Os dados citados são relevantes à medida que a alta taxa de analfabetismo implica até mesmo em uma dificuldade de comunicação entre os médicos e agentes da saúde com os pacientes. Não saber ler e escrever impede o correto entendimento das instruções médicas. Muitos profissionais de saúde, com formação humanizada, buscam explicar de maneira mais simples. Contudo, sem que a pessoa consiga ler e compreender uma receita médica, torna-se mais difícil a memorização dos cuidados que precisa tomar para o restabelecimento da saúde.

Não se deve olvidar, que embora com dificuldades, como assinala Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo¹⁰⁹, o caráter único do SUS veio corrigir as deficiências dos modelos anteriores à Constituição de 1988. Aqueles se baseavam em qualificação pessoal, qual seja, ser trabalhador com carteira assinada para ter direito à prestação do serviço de saúde. As pessoas que não possuíam essa qualificação estavam fadadas a recorrer aos serviços de saúde da iniciativa privada ou às instituições sem fins lucrativos que ofertavam serviços de saúde.

O fato é que grande parte da população ficava desamparada, denominados de indigentes, pois quem não possuía emprego formal seria uma espécie de “não cidadão”. Além de não estar inserido no mercado de trabalho, ainda amargava o dissabor de não ter qualquer amparo social por parte do Estado.

Nesse passo, considerando o histórico de desenvolvimento do Brasil e suas taxas de desemprego, é forçoso reconhecer que boa parte da população ficava marginalizada das políticas terapêuticas e profiláticas.

Em sendo assim, não é de causar estranheza que a expectativa de vida no Brasil no ano de 1970, segundo dados do IBGE¹¹⁰, era de 54,6 anos para homens e 60,8 anos para mulheres. Com relação à taxa de mortalidade infantil, nesse mesmo ano, era de 126,2 (taxa de mortalidade infantil na infância por mil).

Confrontando esses dados com os coletados no ano de 1991, um ano após a criação do Sistema Único de Saúde, segundo dados também coletados no sítio eletrônico do IBGE¹¹¹, a expectativa de vida dos homens aumentou para 63,2 anos e

¹⁰⁸ “A incidência chega a ser quase três vezes maior na faixa da população de 60 anos ou mais de idade, 19,3%, e mais que o dobro entre pretos e pardos (9,3%) em relação aos brancos (4,0%)”.

¹⁰⁹ Ingo Wolfgang SARLET and Mariana Filchtiner FIGUEIREDO, ‘Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção Da Saúde Aos 20 Anos Da Constituição Federal de 1988’, *Revista de Direito Do Consumidor*, 67, 2008, 125–172. p. 137

¹¹⁰ Agência IBGE, ‘Em 2018, Expectativa de Vida Era de 76,3 Anos’, *Governo Federal*, 2019 <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos>> [accessed 26 October 2020].

¹¹¹ *Ibidem*

das mulheres para 70,9 anos. Já a taxa de mortalidade infantil por mil reduziu expressivamente para 57,6.

Não se pode adotar uma visão simplista e atribuir essa progressão somente a criação do SUS, pois como é defendido neste trabalho, a conceituação de saúde perpassa não só pela ausência de doença, mas por um bem-estar físico, social e psicológico.

Os dados apontados demonstram um nível de evolução na organização e de desenvolvimento do país. Pode-se afirmar, ainda, como relação de causa-efeito, que o fato de o Brasil ter implementado um sistema de saúde amplo, único e universal, muito contribuiu para melhorar os marcadores expostos. A criação de um Sistema de Saúde Único com políticas coordenadas, diretrizes traçadas e com acesso mais democrático influenciou no avanço dos índices constatados.

3.2.1.2 Do princípio da participação popular

A Constituição Federal trouxe como um dos princípios do SUS, em seu art. 198, III, a participação popular. Por esse princípio, a população deve participar do planejamento, execução e fiscalização dos recursos públicos empregados na área da saúde. Essa participação deve se dar por meio de representantes da sociedade civil, que podem apresentar suas análises e propostas para melhor balizar as escolhas das políticas públicas.

Essa participação traz um claro viés democrático, além de ser, como afirmado por Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo¹¹², uma “densificação de uma especial dimensão dos direitos fundamentais”, o que implica que o próprio indivíduo possa participar de forma direta das escolhas e planejamentos das políticas públicas em saúde.

Com o intuito de disciplinar a forma de participação da população na formulação das políticas públicas do SUS, editou-se a lei 8.142/90¹¹³. A referida lei traz como instrumento de participação popular a Conferência Nacional de Saúde e o Conselho Nacional de Saúde. A Conferência Nacional de Saúde é realizada a cada quatro anos, com o intuito de reunir vários segmentos sociais para avaliar e propor diretrizes, que sirvam para guiar o planejamento de políticas públicas na área da saúde.

¹¹² SARLET and FIGUEIREDO. “Trata-se da densificação de uma especial dimensão dos direitos fundamentais, que, no contexto dos direitos a prestações em sentido amplo, atuam como direitos de participação na organização e no procedimento, evidenciando a faceta democrático-participativa, in casu, do direito à saúde, a retomar a idéia de um status activus processualis, tal qual defendida, desde há muito, por Peter Häberle. Por meio da participação direta (ainda que admitidas eventuais limitações de ordem concreta), a Constituição assegura que os próprios indivíduos interajam no processo de definição das políticas públicas de saúde, intervindo sobre o que será a efetivação desse direito fundamental, além de posteriormente exercerem o controle social sobre essas mesmas ações”

¹¹³ Brasil, *Lei Nº 8.142* (Brasília: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências., 1990) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Op.cit. p. 14

A Conferência Nacional de Saúde é um importante espaço democrático para que os profissionais de saúde, usuários e poder público, possam interagir e alinhar expectativas e formas de implementação das questões postas em apreciação.

A 14ª Conferência Nacional de Saúde, realizada no de 2007, trouxe em seu relatório final¹¹⁴ uma importante diretriz. No seu item 4 dispõe que se deve fomentar maior participação e adesão da comunidade nas Conferências Nacionais de Saúde.

Para atingir tal finalidade, propõe políticas de educação em saúde e disseminação das diretrizes do SUS e do seu regramento. Trouxe ainda como diretriz, em seu item 20¹¹⁵, uma maior divulgação da importância da participação da população como um espaço democrático que deve ser ocupado pelos usuários.

Contudo, apesar dos esforços, a participação da comunidade na Conferência de Saúde ainda representa um pequeno percentual. Os dados relativos ao analfabetismo e baixa escolaridade, expostos acima, também explicam, em parte, a baixa taxa de adesão da participação da comunidade.

Percebe-se que o SUS é permeado de regramentos e normas específicas que não são de fácil compreensão por grande parte da população, sobremaneira se levarmos em conta a taxa de analfabetismo, sem considerar a taxa de analfabetismo funcional que é caracterizado pela dificuldade em compreender mensagens e refletir sobre elas, além da dificuldade de realizar operações matemáticas simples do cotidiano.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Paulo Montenegro, juntamente com a ONG Ação Educativa¹¹⁶, intitulada de INAF (Índice de Analfabetismo Funcional), constatou que 29 % dos entrevistados eram considerados analfabetos funcionais. Os pesquisadores entrevistaram 2.002 pessoas, com faixa etária entre 15 e 64 anos de idade, residentes em zonas urbanas e rurais de todas as regiões do país.

Esses dados relevam dificuldades reais em compreender o caráter normativo do SUS, o que contribui para a reduzida participação popular.

Com relação ao Conselho Nacional de Saúde (CNS), outro instrumento de participação popular também previsto na referida lei 8.142/90. A mencionada instituição foi criada originalmente pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937¹¹⁷,

¹¹⁴ Ministério da Saúde, *14ª Conferência Nacional de Saúde. Todos Usam o SUS. SUS Na Seguridade Social: Política Pública, Patrimônio Do Povo Brasileiro. Relatório Final*. (Brasília: Ministério da Saúde, 2012) <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/img/14_cns_relatorio_final.pdf> [accessed 26 October 2020].

¹¹⁵ Ibidem

¹¹⁶ Instituto Paulo Montenegro, *Inaf Brasil 2018*, 2018 <http://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relatório-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf>.

¹¹⁷ CNS, 'Histórico Do Conselho Nacional de Saúde', *Conselho Nacional de Saúde*, 2018 <<http://conselho.saude.gov.br/historico-cns>> [accessed 26 October 2020].

contudo até o ano de 1990 possuía apenas caráter consultivo e os membros eram indicados pelo Ministro da Saúde.

No ano de 1970 o Conselho Nacional de Saúde¹¹⁸ ganhou mais espaço para realizar análises técnicas, mas ainda subordinados ao poder público. Em 1990 com a edição da lei 8.142 o CNS e as Conferências ganharam status de controle social das políticas públicas na área da saúde.

Em 2012, foi aprovada a resolução nº 453, que trouxe uma reformulação na estrutura e funcionamento dos Conselhos de Saúde. Respeitou-se o princípio democrático, bem como a diversidade da população do Brasil. Na referida resolução também ficou estabelecido que as demandas aprovadas pela população durante a realização das Conferências de Saúde devem ser acolhidas e implantadas pelos Conselhos de Saúde de acordo com sua esfera de governo.

Atualmente o Conselho possui 48 conselheiros titulares e seus respectivos suplentes¹¹⁹. Os membros são oriundos em percentual de 50% de instituições e representantes dos usuários e outros 50% são de representantes de entidades de profissionais de saúde. Neste último percentual está integrada a comunidade científica da área de saúde, bem como entidades que prestam serviços de saúde, sociedades empresariais com atividade nessa área de saúde. Todas são eleitas em processo eleitoral direto. Por sua vez, os representantes do governo, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) são indicados pelos seus respectivos dirigentes.

O Conselho Nacional de Saúde possui, atualmente, conforme o art. 10 da Resolução 407 de 2008¹²⁰, importantes funções, dentre elas destacam-se: uma participação e controle social no SUS de maneira fortalecida; a participação na formulação de estratégias e no controle da própria execução da Política Nacional de Saúde, não âmbito do Governo Federal, o que inclui as esferas econômica e financeira; a elaboração de um cronograma para a transferência de recursos financeiros aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, consignados ao SUS; e o acompanhamento do processo de desenvolvimento e incorporação científica e tecnológica na área de saúde. Conforme consta na Resolução, este acompanhamento tem por escopo a observância de padrões éticos compatíveis com o desenvolvimento sócio-cultural do país.

¹¹⁸ Ibidem

¹¹⁹ CNS, *Regimento Interno Do Conselho Nacional de Saúde* (Brasil: DOU nº 47, de 11 de março de 2009, 2009) <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2008/res0407_12_09_2008.html>.

¹²⁰ Ibidem

3.2.1.3 Dos princípios da hierarquização, regionalização e descentralização

Os princípios da hierarquização, da regionalização e descentralização dizem respeito à forma de organização do Sistema único de Saúde - SUS.

A descentralização, diretriz prevista na Constituição Federal, em seu art. 198 e disciplinada pela Lei 8.080/90, art.7º, IX, traz a necessidade político administrativa de desconcentrar o fornecimento do serviço de saúde, com direção única em cada esfera de governo.

Como havia necessidade de criar uma forma de harmonizar as competências, tendo em vista o caráter solidário e concorrente entre os entes federativos, além da grande extensão territorial brasileira, criou-se um sistema de gestão por grau de complexidade.

A hierarquização¹²¹, diz respeito à divisão de níveis de atenção à saúde, de acordo com o patamar crescente de complexidade.

Em municípios que sejam mais estruturados há condições de gestão dos vários níveis de complexidade, desde a atenção básica, voltada para cuidados de profilaxia, exames laboratoriais e consultas mais simples, até a mais complexa, como, por exemplo, nos tratamentos oncológicos e renais.

Deve-se destacar o caráter solidário e subsidiário entre os entes federativos. Muitos municípios só possuem capacidade estrutural para suprir os atendimentos que compõem a rede básica. Assim, o Estado ficará responsável pela rede de média complexidade e, se tiver capacidade, também pela alta complexidade.

Caso não seja possível fornecer os atendimentos de alta complexidade, a União terá que arcar com a responsabilidade de prestá-la. A Norma Operacional da Assistência à Saúde – **NOAS-SUS 01/2001**¹²² preconiza que a responsabilidade pela alta complexidade será conjunta entre os Estados e Ministério da Saúde (União).

A regionalização leva em consideração uma determinada área geográfica, suas características epidemiológicas e os aspectos da população que será destinatária das políticas públicas e atendimentos em saúde.

¹²¹ Ministério da Saúde, 'Sistema Único de Saúde (SUS): Estrutura, Princípios e Como Funciona', *Governo Federal* <<https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>> [accessed 26 October 2020].

¹²² Ministério da Saúde, *Normas Operacionais Básicas Do SUS* (Portaria nº 95, de 26 de janeiro de 2001, 2001) <https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2001/prt0095_26_01_2001.html> [accessed 26 October 2020].

3.2.1.4 Do princípio da integralidade

O princípio da integralidade também possui previsão na Constituição Federal, em seu art. 198. Densificando o conteúdo do referido princípio, a Lei. 8.080/90¹²³, em seu art. 7º, II, estabelece que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) devem ser desenvolvidos de acordo com a integralidade de assistência. Esta integralidade é compreendida como um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Percebe-se, assim, que a diretriz do princípio da integralidade é de abarcar o maior número de procedimento em saúde, resultando em uma ampla cobertura. A atuação também deve ser em duas frentes: na prevenção de doenças e nas ações que visassem a restauração da saúde.

Logicamente que na realidade prática existem limitações a essa cobertura. Uma das limitações é de ordem técnica, como por exemplo, o procedimento para a incorporação de novas tecnologias ao SUS, que deve passar pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC). Caso o Plenário do órgão as recomendações técnicas, estas são submetidas a consultas públicas, exceto em casos considerados urgentes.

Essa comissão foi criada pela Lei 12.401/2011¹²⁴ e tem por escopo orientar o Ministério da Saúde. Esta orientação está relacionada a aspectos técnicos da oferta de procedimentos terapêuticos, sejam em regime domiciliar, ou mesmo ambulatorial e hospitalar. De igual modo, auxilia na análise da lista de medicamentos e produtos de interesse à saúde que devem ser disponibilizados pelo SUS.

A CONITEC também tem papel relevante nos estudos para a incorporação de novas tecnologias terapêuticas e exclusão de procedimentos e terapêuticas consideradas superadas.

O princípio da integralidade, apesar de buscar acobertar o maior número possível de tratamentos e medicamentos, não significa que irá assegurar todo e qualquer tipo de tratamento. Um exemplo de situação, abalizado no princípio da integralidade que vem sendo discutido no Poder Judiciário brasileiro, é a obrigatoriedade ou não do SUS fornecer tratamento médico que não conste no seu rol de procedimentos incorporados.

¹²³ Brasil, *Lei Nº 8.080/1990*. Op. cit.

¹²⁴ Brasil, *Lei Nº 12.401* (Brasília: Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS., 2011) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm> [accessed 23 October 2020].

No mesmo sentido, há a discussão sobre a exigibilidade do fornecimento de medicamento que não faz parte do rol do SUS e/ou não possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹²⁵.

São questões que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta com frequência e sobre as quais ainda não há um posicionamento dominante. Esse tema será mais bem discutido no capítulo pertinente à judicialização da saúde.

3.3 Da Saúde Complementar

A Constituição Federal brasileira dispõe em seu art. 197 que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, podendo ser prestados de forma direta ou através de terceiros. É permitido, assim, que os prestadores dos serviços sejam pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, na forma da lei e sob regulamentação, fiscalização e controle estatal.

Ainda nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art.199 disciplina que a assistência à saúde será livre à iniciativa privada. Os dispositivos constitucionais citados permitem, assim, a coexistência da assistência à saúde de forma pública e privada, sendo a modalidade privada dividida em complementar e suplementar.

O SUS, como já esposado, é o sistema que presta o serviço público de saúde por meio de seus órgãos, instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. Contudo, a Constituição Federal em seu art.199, §1º dispõe que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde”. Essa participação é estabelecida através de convênio ou contrato e terá preferência por instituições filantrópicas e sem fins lucrativos.

Destaca-se que não se trata do instituto de Direito Administrativo denominado concessão de serviço público, pois este é um contrato administrativo pelo qual a Administração pública transfere à pessoa jurídica a execução de determinado serviço público. Na concessão, o serviço é remunerado pelo usuário através do pagamento de tarifas¹²⁶. Os serviços do SUS são todos gratuitos ao usuário, ainda que prestado por pessoa jurídica de direito privado.

¹²⁵ A ANVISA foi criada pela lei 9.782 de 26 de janeiro de 1999. Trata-se de uma autarquia em regime especial, com atuação em todo território nacional. Sua finalidade, conforme, art. 6º, da Lei 9.792/99 é promover a proteção da saúde da população, por meio do controle sanitário da produção e consumo 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, fronteiras e recintos alfandegados.

¹²⁶ José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 30 ed. (São Paulo: Atlas, 2016). p. 394.

A saúde complementar é uma forma de o Estado suprir necessidades que este não consegue atender, seja por carência de estrutura física, maquinário e aparelhos ou por envolver complexidade que o Estado não dispõe de aparato para realizá-lo.

Assim, o Estado por meio de relação obrigacional com a iniciativa privada, obedecendo critérios estabelecidos em lei, transfere a execução de certos serviços públicos de saúde. É relevante salientar que a assistência à saúde é serviço prestado diretamente pelo Estado, mas não exclusivamente. Embora em algumas situações possam ser prestadas por instituições privadas, se forem conveniadas ao SUS, o serviço continua tendo caráter público. A contraprestação pela execução do serviço é mediante transferências de recursos estatais que são remunerados de acordo com uma tabela pré-estabelecida pelo SUS.

Deve-se destacar que apesar do procedimento ou tratamento ser realizado por uma entidade privada, esta instituição presta um serviço integrante do SUS, enquanto vigorar a relação obrigacional firmada por contrato ou convênio. E, por assim serem consideradas, essas instituições, apesar de privadas, devem seguir os princípios norteadores do SUS que lhes sejam pertinentes, como, por exemplo, a universalidade, gratuidade e integralidade.

Ressalta-se que antes da Constituição Federal de 1988, a grande maioria dos serviços de saúde disponíveis eram de caráter privado, já que não existia um serviço de saúde público com caráter universal. Em sendo assim, com a promulgação da Constituição Federal e com a conseqüente criação do SUS, não tinha o Estado como suprir as necessidades de saúde sem socorrer-se da iniciativa privada, que já possuía uma estrutura em funcionamento.

No final dos anos 90, os gestores públicos começaram a perceber as dificuldades de implementar políticas públicas que garantam o Estado do bem-estar social sem dispor de orçamento adequado. Assim, com o intuito de equacionar a questão, o Brasil instituiu agenda neoliberal, liderada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Essa agenda neoliberal trouxe mudanças estruturais na máquina governamental, reduzindo estruturas Estatais por meio de privatizações, desestatização e concessões. O Plano Nacional de Desestatização¹²⁷ trouxe dentre seus objetivos fundamentais, conforme seu art. 1º, a reorganização da posição estratégica do Estado na economia. Isso acarretou na transferência à iniciativa privada de atividades que eram exploradas

¹²⁷ Brasil, *Lei Nº 9.491* (Brasília: Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências., 1997) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm>. [accessed 02 November 2020].

de forma indevida pelo setor público. Além disso, foi buscada a reestruturação econômica do setor público, como forma reduzir a dívida pública líquida.

Assim, houve um crescimento na terceirização da saúde, como forma de complementar, suprir necessidades e deficiências do SUS. Para se ter ideia da expressividade do setor privado na prestação da assistência à saúde, é importante apresentar dados do Município de Imperatriz, Estado do Maranhão, região que faz parte do recorte deste trabalho, com população estimada no ano de 2020, de 259.337 pessoas¹²⁸. Para atender as necessidades de saúde, a população do referido município dispõe, segundo registros no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde¹²⁹, de 120 estabelecimentos de saúde que prestam serviço público de saúde de forma direta pelo município de Imperatriz e cinco estabelecimentos que prestam serviço de saúde pelo Estado do Maranhão, de acordo com os níveis de complexidade.

Por outro lado, há registro de 356 instituições de saúde privadas. Dentre elas,, 47 instituições privadas prestam o serviço público de saúde por meio de relação obrigacional com o município. Já 2 instituições sem fins lucrativos e 7 instituições privadas prestam o serviço público de saúde por meio de relação obrigacional com o Estado do Maranhão.

Em sendo assim, é forçoso concluir que o número de estabelecimentos privados é quase o triplo das instituições que prestam serviço de saúde de forma direta pela Administração Pública. Essa constatação abre espaço para outra discussão que é o papel da saúde suplementar.

3.4 A assistência à saúde prestada pela iniciativa privada: saúde suplementar

A saúde suplementar no Brasil é aquela exercida pela iniciativa privada por meio da disponibilização de planos e seguros de saúde ou prestada diretamente por profissionais liberais.

A saúde suplementar não compõe o SUS, mas possui fiscalização e regulamentação do Estado por meio de agência reguladora, denominada Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que estabelece regramentos próprios e exerce

¹²⁸ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 'Estatísticas Cidades e Estados', 2020 <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ma/imperatriz.html>> [accessed 3 November 2020].

¹²⁹ Cadastro de Estabelecimentos de Saúde Nacional, 'Consulta Estabelecimentos de Saúde', 2020 <<http://cnes.datasus.gov.br/pages/estabelecimentos/consulta.jsp>> [accessed 3 November 2020].

fiscalização. Além disso, os contratos de seguros e planos de saúde estão sujeitos as normas estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor¹³⁰.

No ano de 1998, dez anos após a criação do SUS, foi editada a Lei nº 9.656¹³¹ com o intuito de regulamentar os planos e seguros privados de assistência à saúde. O art. 1º, I da referida lei¹³², traz a conceituação de plano privado de assistência à saúde, como uma prestação continuada firmada por meio de relação contratual, com a finalidade de cobrir custos com assistência à saúde, sem imposição de limites financeiros.

O contrato de plano de saúde possui validade por prazo indeterminado e prevê obrigações sinalagmáticas. De um lado, o plano obriga-se a fornecer a cobertura de custos de assistência à saúde, por meio da disponibilização de atendimento por profissionais selecionados e integrantes de sua rede própria ou credenciada, que deve ser remunerado pelo beneficiário a preços pré ou pós estabelecidos, conforme previsão contratual.

Seguindo essa linha de definição legal, o inciso II, do art. 1º da Lei 9.656¹³³, disciplina ainda que será considerada operadora de plano de assistência à saúde a pessoa jurídica que prestar os serviços dispostos no inciso I, podendo ser constituída sob a modalidade de sociedade civil, comercial, cooperativa ou entidade de autogestão.

Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar¹³⁴, foi registrado no mercado brasileiro no mês de agosto de 2020, 715 operadoras de assistência médico-hospitalares e 265 operadoras exclusivamente odontológicas.

Ainda de acordo com os dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em junho do ano de 2020, o número de beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem assistência odontologia era de 46.723.985 pessoas. O número de beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos foi de 25.272.774 pessoas.

¹³⁰ Brasil, *Código de Defesa Do Consumidor* (Brasília: (Vide Decreto nº 2.181, de 1997) (Vide pela Lei nº 13.425, de 2017) (Vigência) Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências., 1990) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. [accessed 02 November 2020].

¹³¹ Brasil, *Lei 9656* (Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, 1998) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. [accessed 02 November 2020].

¹³² Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

¹³³ Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.

¹³⁴ Agência Nacional de Saúde Suplementar, 'Dados Gerais', 2020 <<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> [accessed 3 November 2020].

Em contraponto, segundo a Pesquisa Nacional de Saúde¹³⁵, realizada no ano de 2019, o percentual da população brasileira que não possui cobertura de saúde privada e, portanto, dependem exclusivamente do SUS é 74,0%. Essa constatação revela a necessidade de se ter um Sistema de Saúde de caráter público.

Importa salientar que a Pesquisa Nacional de Saúde ¹³⁶, com base em dados colhidos em 2019, apurou que 64,7% dos usuários dos serviços de atenção primária à saúde possuíam rendimento per capita inferior a 1 salário mínimo e 32,4% inseriam-se na faixa de 1 a 3 salários mínimos.

A pesquisa também constatou uma relação entre a condição de ocupação, ou seja, se a pessoa está inserida ou não no mercado de trabalho e a utilização dos serviços de atenção básica, pois 53,8% dos usuários eram formados por pessoas que não possuíam qualquer ocupação.

Em outra vertente, a Pesquisa Nacional de Saúde¹³⁷ demonstrou que há desproporcionalidade no acesso aos serviços de saúde suplementar, pois somente 2,2% das pessoas sem rendimento ou com rendimento de até ¼ do salário-mínimo possuíam acesso a algum plano de saúde médico. Em contraposição, 86,8% das pessoas que possuíam renda superior a 5 salários-mínimos mensais possuíam cobertura de algum serviço de saúde, disponibilizado pela iniciativa privada, de forma suplementar.

Outra importante constatação da referida Pesquisa Nacional de Saúde é sobre a fonte de remuneração dos planos de saúde. No ano de 2019, 46,2% dos beneficiários de plano de saúde médico-hospitalar realizavam pagamento diretamente ao plano de saúde. Por sua vez, percentual relevante dos beneficiários de plano de saúde, 30,9%, arcavam parcialmente com as despesas do plano de saúde e outra parcela era custeada por seus empregadores, tendo natureza de benefício trabalhista.

Em relação ao nível de escolaridade, a pesquisa concluiu que quanto mais elevado o nível de instrução formal, maior a cobertura de plano de saúde. Entre os beneficiários, 67,6% possuíam nível superior completo e 16,1% não possuíam instrução ou apenas o ensino fundamental incompleto). Os indicadores incluíram as crianças com 5 anos ou mais de idade.

¹³⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, *Pesquisa Nacional de Saúde 2019: Atenção Primária à Saúde e Informações Antropométricas*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, 2020 <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91110.pdf>>. [accessed 03 November 2020].

¹³⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, *Pesquisa Nacional de Saúde* (Rio de Janeiro, 2020) <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101758.pdf>>.

¹³⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, *Pesquisa Nacional de Saúde- Informações Sobre Domicílios, Acesso Eutilização Dos Serviços de Saúde*. (Rio de Janeiro, 2020) <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf>>. [accessed 03 November 2020].

É possível concluir que o SUS, em sua maioria, fornece assistência à saúde a população com pouca ou nenhuma renda, além de apresentar um menor nível de escolaridade, o que ressalta a sua grande importância.

Em sendo assim, criou-se no imaginário coletivo de que o SUS é para atender somente a população com menor capacidade econômica e/ou com menor nível de escolaridade. Além disso, é reconhecido como um sistema deficitário e com longas filas para atendimento, e, portanto, somente quem não pode arcar com os custos da saúde suplementar busca os seus serviços.

Assim, apesar de o SUS acobertar a maior parcela da população, estas pessoas normalmente não possuem voz ativa na construção de políticas públicas, seja por desconhecimento, não ocupação dos espaços públicos de discussão ou por falta de crença que sua atitude pode modificar de algum modo na escolha de políticas públicas.

Por outro lado, a menor fração da população que ocupa os espaços públicos de discussão não pautam saúde como um assunto que merece destaque, acreditando falsamente que não serão atingidos pela baixa qualidade do serviço, uma vez que possuem assistência à saúde de forma privada e não dependem de atendimento do SUS.

Contudo, é importante lembrar que o SUS não disponibiliza somente de serviços médico-hospitalares. O sistema de saúde contempla órgãos de fiscalização e vigilância sanitária, programa de imunização, programas de incentivo e desoneração de medicamentos, serviço de atendimento móvel de urgência, dentre outros que são serviços que atendem a toda população de forma indiscriminada e que possui relação direta com a saúde de todos, seja beneficiário ou não de planos de saúde.

Importa salientar que para a parcela da população que pode dispor de seguro de saúde e/ou plano de saúde, a situação apresenta um benefício a mais que é a renúncia fiscal que o Estado concede por meio de deduções no imposto de renda da pessoa física ou jurídica. A Receita Federal ¹³⁸ estimou que no ano de 2018, a dedução de despesas no IR para pessoas físicas alcançaria a cifra de R\$ 13,1 bilhões de reais e as pessoas jurídicas somariam R\$ 5,3 bilhões de reais. O benefício tributário de pessoa física tem caráter regressivo, uma vez que beneficia os contribuintes com maior nível de renda. Ademais, não há limite de gastos com saúde para fins de dedução no imposto de renda.

¹³⁸ Secretaria do Tesouro Nacional, *Aspectos Fiscais Da Saúde No Brasil, Tesouro Nacional* (Brasília, 2018) <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/AspectosFiscaisSaude2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4>>.

Por outro lado, embora a saúde suplementar disponha de maior financiamento e atenda menor parcela da população, percebe-se que há grande insatisfação dos beneficiários de plano de saúde, com os serviços prestados pelos prestadores da saúde suplementar. Essa constatação é baseada nos dados coletados pela pesquisa Justiça em números ¹³⁹, que concluiu que os temas: “plano de saúde”, “seguro” e “saúde” são os temas mais discutidos nos processos de primeira e segunda instância. Em primeira instância corresponde a 30% das demandas em curso e 23,8% das demandas em tramite em segunda instância.

As demandas relacionadas à saúde discutem os limites das relações contratuais, sendo os assuntos mais recorrentes o acesso à medicamentos e tratamentos médico-hospitalares que devem ser custeados pelo plano ou seguro de saúde. Esses números demonstram que a litigiosidade na área de saúde não está restrita apenas ao serviço público de saúde.

Ainda de acordo com a pesquisa justiça em números¹⁴⁰ somente 20% dos acórdãos analisados fazem referência a algum mecanismo de qualificação de decisão, como a CONITEC, Natjus e seus protocolos, demonstrando assim, que as decisões não possuem, em sua maioria, embasamento técnico em questões relacionadas a saúde.

3.5 O financiamento da saúde pública no Brasil e repartição de competência entre os entes federados

Conforme já exposto, a saúde no Brasil possui gestão descentralizada, sendo de responsabilidade das três esferas de governo: Federal, Estadual e Municipal.

Apesar do direito à saúde ser um direito garantido constitucionalmente, não havia em seu texto menção a sua forma de custeio.

Logo no início da criação do SUS, 30% dos recursos destinados a sua consecução eram oriundos da Seguridade Social. Contudo, ainda não eram suficientes para suprir as necessidades.

Na tentativa de buscar melhorar o atendimento da rede pública de saúde, no ano de 1996, foi criada uma Contribuição Compulsória sobre Movimentação Financeira (CPMF), que incidia sobre toda movimentação de recursos em instituições bancárias, exceto nas negociações de ações na bolsa de valores, saques de aposentadorias, seguro-desemprego, salários e transferências entre contas de mesma titularidade.

¹³⁹ Conselho Nacional de Justiça, *Relatório Justiça Em Números - CNJ* (Brasília: CNJ, 2020) <www.cnj.jus.br>.

¹⁴⁰ Ibidem

Importa destacar que os recursos oriundos da CPMF foram destinados exclusivamente ao setor de saúde até o ano de 1998. Em prorrogação, quando foi aprovada novamente em 1999, houve uma modificação na alíquota de contribuição que passou de 0,20% para 0,38%, sendo 0,18% destinado para a previdência social e mantendo a alíquota de 0,20% para a saúde¹⁴¹. Ou seja, não houve um incremento no repasse para a saúde.

A CPMF vigorou por onze anos, porém, conforme demonstra o estudo de Piola, Ribeiro e Reis¹⁴², a criação desse tributo não trouxe grandes incrementos ao financiamento do SUS.

Com a Emenda Constitucional nº 29 de 2000¹⁴³, incluiu-se no texto do art.198, o §1º, que dispõe que o Sistema Único de Saúde deve ser financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Foram estabelecidos, ainda, percentuais mínimos que deveriam ser aplicados na saúde.

A referida Emenda Constitucional representou um importante avanço no financiamento do SUS, pois estabeleceu vinculação de receita nas três esferas de poder, além de regular a progressividade do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU).

No ano de 2012 foi editada a Lei Complementar n º 141 com o intuito de estabelecer os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo. A LC nº141/2012 não trouxe grandes inovações com relação ao financiamento do SUS, pois ratificou, em grande parte, o que já dispunha a EC nº29/2000¹⁴⁴.

Em 2015, por meio da Emenda Constitucional nº 86¹⁴⁵, incluiu-se o §2º do artigo 198, que estabeleceu que o percentual destinado pela União para o financiamento da saúde, deveria corresponder à receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento). Embora essa alteração possa parecer um incremento no recurso para financiamento do SUS, na prática

¹⁴¹ Sérgio Francisco PIOLA, José Aparecido Carlos RIBEIRO, and Carlos Octávio Ocké REIS, 'Financiamento Das Políticas Sociais: O Caso Do Ministério Da Saúde', *Revista Do Serviço Público*, 51.3 (2014), 74–98 <<https://doi.org/10.21874/rsp.v51i3.332>>.

¹⁴² Ibidem

¹⁴³ Brasil, *Emenda Constitucional Nº 29* (Brasília: Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde., 2000) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>.

¹⁴⁴ PIOLA, RIBEIRO, and REIS. Op. Cit.

¹⁴⁵ Brasil, *Emenda Constitucional Nº 86* (Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica., 2015) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm>.

representou diminuição¹⁴⁶, pois apesar desses percentuais serem reavaliados por meio de Lei Complementar pelo menos a cada cinco anos, conforme o §3º do art. 198 da Constituição Federal, não há critérios de atualização dos valores de acordo com o crescimento e envelhecimento populacional.

Deve-se destacar que o SUS traz um histórico de falta de verba adequada. Pode-se argumentar que há ineficiência na gestão, tendo em vista que o Brasil possui 5.570 municípios¹⁴⁷, além do problema de corrupção no serviço público. Contudo, somando-se a essas questões, há também subfinanciamento do sistema de saúde.

No ano de 2017 o Brasil destinou 9,2%¹⁴⁸ do seu PIB ao financiamento do Sistema Único de Saúde. No mesmo período, Portugal investiu 9%¹⁴⁹ do seu PIB. Deve-se destacar que Brasil e Portugal apresentam problemas de destinação de verbas adequadas para o financiamento da saúde pública. Portugal apresenta um déficit no índice de investimento na saúde de 30%¹⁵⁰ em relação aos demais países da União Europeia. Entretanto, considerando que a população de Portugal, no ano de 2019, era de 10 295 909¹⁵¹ e a população do Brasil, no mesmo período, é de 211,8 milhões, tem-se a dimensão do problema vivenciado pelo Sistema Único de Saúde brasileiro.

Dificultando a situação da falta de recursos financeiros, a Emenda Constitucional nº 95¹⁵² de 2016 disciplinou a proibição de aumentos de gastos em áreas sociais e essenciais, revogando a EC nº 86 de 2015.

Convém destacar que no dia 2 de dezembro de 2015, o então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, admitiu o prosseguimento do processo de impeachment da Presidente do Brasil, Dilma Roussef. As justificativas que embasaram o pedido eram fundadas na acusação de cometimento de crime de responsabilidade

¹⁴⁶ Alethele Oliveira SANTOS, Maria Celia DELDUQUE, and Sandra Mara Campos ALVES, 'Os Três Poderes Do Estado e o Financiamento Do SUS: O Ano de 2015', *Cadernos de Saúde Pública*, 32.1 (2016) <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00194815>>.

¹⁴⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 'Números Censo 2020', 2020 <<https://censo2021.ibge.gov.br/sobre/numeros-do-censo.html#:~:text=Popula%C3%A7%C3%A3o%20de%20munic%C3%ADpios,serem%20visitados%20>> [accessed 28 October 2020].

¹⁴⁸ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, 'Conta-Satélite de Saúde: Em 2017, 9,2% Do PIB Foram Gastos No Consumo de Bens e Serviços de Saúde', 2017 <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26434-conta-satelite-de-saude-em-2017-9-2-do-pib-foram-gastos-no-consumo-de-bens-e-servicos-de-saude>> [accessed 28 October 2020].

¹⁴⁹ OCDE/Observatório Europeu dos Sistemas e Políticas de Saúde, *Portugal: Perfil de Saúde Do País 2019, Portugal: Perfil de Saúde Do País 2019, Estado Da Saúde Na UE, OCDE* (Bruxelas, 2019) <<https://doi.org/10.1787/75b2eac0-pt>>. [accessed 28 October 2020].

¹⁵⁰ OCDE/Observatório Europeu dos Sistemas e Políticas de Saúde.

¹⁵¹ Instituto Nacional de Estatística de Portugal, 'Estatística Populacional' <https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_main&xpid=INE&xlang=pt> [accessed 29 October 2020].

¹⁵² Brasil, *Emenda Constitucional Nº 95* (Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências., 2016) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm> [accessed 29 October 2020].

fiscal e edição de decretos para abertura de créditos orçamentários sem autorização do Congresso Nacional.

O momento político e econômico já não era favorável, com o processo de impeachment houve uma maior desestabilização. O processo foi concluído no dia 31 de agosto de 2016, resultando na cassação do mandato, sem a perda dos direitos políticos da referida Presidente brasileira. Nesse momento, o vice-presidente da República assumiu a presidência, recebendo, assim, a responsabilidade de gerir uma economia fragilizada.

Como forma de conter despesas, o governo propôs a edição da Emenda Constitucional 95/2016. Essa emenda alterou os limites fiscais e ficou conhecida como projeto de emenda constitucional do congelamento de gastos, pois dispôs em seu art. 106 que o novo regime fiscal vigoraria pelos próximos vinte anos.

Embora se trate de uma medida para tentar conter os gastos e superar a crise econômica vivenciada, especialistas e muitos setores da sociedade criticaram essa escolha política, pois implica em uma redução de orçamento em setores essenciais como saúde e educação, além disso envolve todas as esferas de Poder.

Como não poderia deixar de ocorrer, o Poder Judiciário foi acionado para decidir sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº95 de 2016. A Ação Direta de Constitucionalidade de nº 5680/2017¹⁵³, de relatoria da Ministra Rosa Weber, ainda está pendente de julgamento de mérito.

Contudo, em 18 de março de 2020, em razão da pandemia gerada pelo coronavírus, foi protocolado um pedido de tutela antecipada incidental para que o Poder Judiciário suspendesse em parte a aplicação da EC nº 95/2016, a fim de destinar mais recursos ao SUS para conter a covid-19.

A ministra relatora ressaltou que na mesma data o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Decreto Legislativo nº88/2020, com o escopo de reconhecer “para os fins do disposto no art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020”. Em seguida, dois dias depois, o ato foi aprovado pelo Senado Federal.

Destaca-se que quando há estado de calamidade pública, os limites de gastos são flexibilizados, justamente por se tratar de situações urgentes e excepcionais. Em

¹⁵³ Supremo Tribunal Federal Brasil, ADI 5680, *Ministra Rosa Weber* (Brasília, 2017) <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5157574>> [accessed 6 November 2020].

sendo assim, a Ministra Rosa Weber solicitou maiores esclarecimentos à Advocacia Geral da União e a controvérsia segue sem definição de mérito.

Por fim, como o Brasil adotou como princípio constitucional a universalidade e a integralidade, isso significa que os custos de saúde serão sempre elevados, tendo em vista que não se selecionam grupos que serão beneficiários dos serviços e não restringem os tipos de serviços médico-hospitalares os usuários terão direito. Para prestar um serviço de qualidade e que atenda aos princípios constitucionais é preciso aumentar o financiamento público da saúde e melhorar a gestão dos recursos.

Vale ressaltar que o Brasil é o único país no mundo com população superior a 100 milhões e habitantes que possui um sistema de saúde pública universal. Em termos de comparação, o Reino Unido, que também possui um sistema único de saúde universal, apresenta população estimada no ano de 2019 de 66.796.800 pessoas¹⁵⁴.

Além disso, segundo dados do Banco Mundial¹⁵⁵, em 2015, os gastos públicos com saúde no Brasil equivaleram a 3,8% do PIB, o que colocou o país no 64º lugar de 183 países. Essa posição foi um pouco superior à média da América Latina e Caribe, que aplicaram o percentual de 3,6% do seus respectivos PIB na área da saúde.

Com relação aos países desenvolvidos, ainda que se leve em consideração a aplicação dos recursos em saúde de forma proporcional, a média de recursos aplicados foi de 6,5% do PIB. Deve-se levar em consideração que apesar desses países atenderem menor população, os custos são mais altos por conta do envelhecimento populacional.

Assim, em que pese as dificuldades enfrentadas pelo Brasil para fornecer um serviço público universal e integral e que ainda esteja longe de oferecer um serviço satisfatório, deve-se reconhecer sua grande importância para a população mais vulnerável. Entre as conquistas do sistema de saúde brasileiro pode-se citar o programa nacional de imunização, que recebeu o certificado da OPAS/OMS pela erradicação da varíola em 1975 e da poliomielite em 2008¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Office for National Statistics - United Kingdom, 'Population Estimate', 2020 <<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/populationestimates>> [accessed 5 November 2020].

¹⁵⁵ Secretaria do Tesouro Nacional.Op. Cit.

¹⁵⁶ Fundação Oswaldo Cruz, 'Programa Nacional de Imunizações (PNI): Reconhecimento Nacional e Internacional', 2009 <<https://agencia.fiocruz.br/programa-nacional-de-imunizacoes-pni-reconhecimento-nacional-e-internacional>> [accessed 5 November 2020].

4 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização é um processo de transferência de decisões de grande relevância política ou social que deveriam ser proferidas tradicionalmente por órgãos do Poder Legislativo e Poder Executivo e são repassadas ao Poder Judiciário. Essa transferência implica modificações na forma de apresentação da decisão, na linguagem empregada e na maneira de participação da sociedade¹⁵⁷.

Em outra perspectiva, pode-se conceituar a judicialização da política como a dependência do Poder Judiciário para solucionar questões morais fundamentais, assuntos relacionados a políticas públicas e controvérsias políticas¹⁵⁸.

No Brasil, esse fenômeno firmou-se em grande medida pela ampliação dos direitos constitucionais, aliada ao descrédito do Poder Executivo e Poder Legislativo de sanar problemas recorrentes. Essa crise de legitimidade política fez com que o Poder Judiciário se fortalecesse, o que levou um número crescente de demandas individuais sobre os mais diversos direitos, principalmente de cunho social, que são direitos que requerem prestações positivas do Estado.

Deve-se esclarecer que o fenômeno da judicialização não é, em si, necessariamente algo ruim. Pelo contrário, em algumas situações é positivo, principalmente na garantia de Direitos Humanos Fundamentais. O que se apresenta como um problema no Brasil é o grande volume de judicialização, denominada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, de judicialização quantitativa¹⁵⁹, que se manifesta em números expressivos de demandas e que versam sobre questões individuais dos mais amplos temas, desde o direito à compensação por dano moral por espera excessiva em fila de banco, à concessão de um medicamento para tratamento médico. Para se ter dimensão da problemática, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça¹⁶⁰, no ano de 2019, para cada grupo de 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com uma ação judicial.

As razões para esse expressivo número baseiam-se, como já exposto, na forma de construção da Constituição Federal de 1988, que é extensa e analítica, tratando não só de direitos e garantias fundamentais, como de vários outros direitos permeados em todo seu texto, bem como o acesso amplo ao Poder Judiciário brasileiro, com grande utilização do instituto da gratuidade da Justiça.

¹⁵⁷ Luís Roberto BARROSO, 'Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática', *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, 2009, 17–32 <<https://doi.org/10.12957/synthesis.2012.7433>>.

¹⁵⁸ Ran HIRSCHL, 'The Judicialization of Politics', *The Oxford Handbook of Political Science*, 2013 <<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199604456.013.0013>>.

¹⁵⁹ Luís Roberto BARROSO, *A Judicialização Da Vida e o Papel Do Supremo Tribunal Federal* (Belo Horizonte: Fórum, 2018).

¹⁶⁰ Conselho Nacional de Justiça, *Relatório Justiça Em Números - CNJ*.

O Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 98¹⁶¹ e seguintes, confere presunção de hipossuficiência para qualquer pessoa física que alegue não ter condições de arcar com as custas processuais. Essa isenção inclui as taxas, selos postais, despesas com publicação na imprensa, indenização para pagamento de eventual indenização pelo deslocamento de testemunhas, despesas com provas periciais, realização de cálculos e até mesmo honorários advocatícios de sucumbência.

Há dissenso quanto à possibilidade de fixação de critérios objetivos para fins de análise do direito à obtenção da gratuidade da Justiça. Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça¹⁶² ¹⁶³ já se posicionou no sentido de que os requisitos para o seu deferimento devem ser apreciados no caso concreto.

A ausência de critérios objetivos consolidados para o deferimento da gratuidade permite o aumento da tentativa do ingresso judicial de demandas muitas vezes desprovidas de qualquer viabilidade, ante a possibilidade de que a aventura não acarrete no dispêndio de qualquer recurso financeiro pelo demandante.

Não há dados consolidados sobre o impacto financeiro e o quantitativo de concessão da gratuidade da justiça. Indicadores parciais foram elaborados no âmbito da Justiça Federal¹⁶⁴, que é dividida, atualmente, em 5 Tribunais Regionais Federais.

Na 4ª Região, de um total de 1.819.922 processos tramitando no ano de 2019, foi concedida a gratuidade da justiça em 426.034 processos, o que representa 23,41%. Já na 2ª Região, de um total de 1.022.754 processos, a gratuidade foi concedida em 56.751, correspondendo a apenas 5,54%. Somente a soma desses números já representa a concessão de gratuidade em quase 500.000 processos, sendo que este número é reconhecidamente subestimado por falta de dados mais precisos das demais regiões da Justiça Federal¹⁶⁵, bem como pela ausência de separação entre pessoas físicas e pessoas jurídicas.

Ainda quanto ao acesso à Justiça, também é importante consignar que o Brasil possui, de acordo com os dados fornecidos pela Ordem dos Advogados do Brasil, um quantitativo atual de 1.281.455 advogados¹⁶⁶, para uma população estimada de 210 milhões de habitantes. Isso representa uma proporção de 1 advogado para cada 190 habitantes. Não se pode negar que a grande quantidade de advogados aliada a uma

¹⁶¹ Brasil, *Lei Nº 13.105* (Brasília: Código de Processo Civil, 2015).

¹⁶² Superior Tribunal de Justiça Brasil, AgRg no AgRg no REsp 1402867/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, *Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho* (Brasília, 2018).

¹⁶³ Superior Tribunal de Justiça Brasil, REsp 1706497/PE, *Rel. Ministro Og Fernandes* (Brasília, 2018).

¹⁶⁴ Tais Schilling Ferraz and Vânia Cardoso Moraes, *Nota Técnica Nº 22/2019 - Gratuidade Judiciária: Critérios e Impactos Da Concessão*. (Brasília: Justiça Federal, 2019). p. 19

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, 'Quadro de Advogados', 2020.

falta de cultura de solução consensual dos litígios no Brasil, acaba por favorecer a busca do Poder Judiciário como instrumento de solução das lides.

Aliado a esses argumentos, acrescenta-se que o sistema de controle difuso de constitucionalidade adotado pelo Brasil, também contribui para a judicialização¹⁶⁷.

Deve-se consignar que no Brasil coexistem dois tipos de controle de constitucionalidade: o denominado difuso, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, tendo eficácia somente para as partes envolvidas no processo posto em análise e o sistema de controle concentrado, que é feito por órgãos jurisdicionais específicos, possuindo eficácia *erga omnes*.

A permissão para que cada juiz do Brasil afaste a aplicação de uma norma, sob o fundamento da inconstitucionalidade, acaba por fomentar o ajuizamento de demandas. Mesmo quando a lei é clara em sentido contrário à pretensão, é comum que a parte interessada ainda tenta obter a tutela jurisdicional com a tese da inconstitucionalidade do ato normativo infraconstitucional. Como as normas previstas na Constituição Federal possuem maior abertura interpretativa, acabam permitindo a adoção de posicionamentos que não estão limitados à estrita aplicação da lei.

Além disso, pode-se citar também o amadurecimento do acesso ao Poder Judiciário, como uma ferramenta de implementação de políticas democráticas, principalmente calcada no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, que significa que o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar as demandas postas em juízo, independentemente do assunto tratado.

Nesse passo, o direito de ter uma demanda judicial apreciada, ainda que o direito seja negado, é um importante instrumento de exigibilidade de direitos, principalmente com relação aos interesses contramajoritários. Por serem questões controversas, muitas vezes os agentes políticos esquivam-se de tomar medidas evitando indisposição com seus apoiadores e eleitorado.

Por outra senda temos também a terminologia adotada pelo Ministro Barroso¹⁶⁸ de judicialização qualitativa que se refere à judicialização de questões nacionais importantes que envolvam política, economia, questões sociais e éticas que possuem grande impacto em toda sociedade. Importa destacar a judicialização qualitativa não é um fenômeno observado apenas no Brasil, pode-se observar em democracias consolidadas como nos E.U.A, Europa e Canadá.

¹⁶⁷ Luiz Werneck et al Vianna, *A Judicialização Da Política e Das Relações Sociais No Brasil* (Rio de Janeiro: Renavan, 1999).

¹⁶⁸ BARROSO, *A Judicialização Da Vida e o Papel Do Supremo Tribunal Federal*.

4.1 A Judicialização e o ativismo judicial

É necessário fazer uma distinção, ainda que breve, entre judicialização e ativismo judicial. Embora sejam conceitos diferentes são fenômenos correlacionados, como faces de uma mesma moeda.

O ativismo judicial é a conduta de juízes e tribunais que extrapolam o exercício de suas atribuições a pretexto de aplicar princípios constitucionais, usurpando a competência dos demais poderes que são constituídos por meio da democracia representativa¹⁶⁹. Ao agir dessa forma, o Poder Judiciário causa tensão no princípio democrático da separação dos poderes.

O ativismo judicial é apenas um ponto de um problema macro que se revela pelo enfraquecimento dos demais poderes do Estado, progresso da sociedade civil e a força que a mídia desempenha na formação das convicções e opinião pública. Para Antoine Garapon¹⁷⁰ esses três fatores criam no imaginário coletivo que o Poder Judiciário é o último refúgio democrático.

É verdade que o legislador confiou ao Poder Judiciário margem de discricionariedade para colmatar lacunas do que seria, por exemplo, o razoável, o justo, o necessário. Entretanto, a linha de interpretação desses conceitos é bem tênue, além de que não se pode olvidar que o juiz não é um ser desprovido de convicções políticas, sociais e econômicas.

O problema, no entanto, releva-se quando entre várias decisões possíveis, o juiz escolhe a que mais lhe convém, no sentido de acelerar mudanças sociais ou freá-las¹⁷¹. O voluntarismo é um caminho perigoso, podendo ser algumas vezes considerado um progresso, mas outras vezes pode revelar retrocessos ilegítimos.

Um exemplo de um julgamento que permite visualizar uma interpretação progressista das normas constitucionais foi o proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo.

Nesse julgamento, apesar de legítima a pretensão do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo e de suprir necessidades fáticas do cotidiano dessas pessoas, é perceptível a prática do chamado ativismo judicial. Não há margem interpretativa para o texto da Constituição para casais do mesmo sexo constituírem

¹⁶⁹ Janaína Soares Noleto Castelo BRANCO, *Advocacia Pública e Solução Consensual Dos Conflitos* (Salvador: Editora JusPodivm, 2018).

¹⁷⁰ Antoine GRAPON, *O Juiz e a Democracia*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. (Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999).

união estável, se levarmos em consideração o disposto no art. 226, §3^{o172} da Constituição Federal. Portanto, repita-se, embora seja totalmente legítimo e pertinente o reconhecimento de uniões homoafetivas, melhor teria sido a alteração do texto constitucional, o que evidenciaria um amadurecimento da população, mediante seus representantes sobre o tema. Da maneira como foi realizada, pode-se questionar se não houve o extrapolamento pelo Poder Judiciário de suas funções, avançando na atribuição do Poder Legislativo.

No que tange ao direito à saúde, no ano de 2016 ¹⁷³, somente no Estado de São Paulo foram ajuizadas mais de 14 mil ações pleiteando o fornecimento de um medicamento denominado fosfoetanolamina. Esse medicamento ficou conhecido como pílula do câncer, pois trazia a promessa de curar os pacientes que eram acometidos de câncer. Vários juízes e tribunais concederam medida liminar, impondo ao Estado a obrigação de fornecer tal medicamento, embora fosse experimental.

Como se tratava de um medicamento em fase de testes, não havia liberação de sua comercialização pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. No entanto, havia relatos que se espalharam pelos meios de comunicação de que o medicamento possuía ação milagrosa de cura. Em sendo assim, imbuídos de identificação emocional, alguns juízes concederam a tutela requerida, o que se pode classificar de uma atitude de ativismo judicial.

Contudo, por não possuir registro na ANVISA, outros juízes e tribunais entendiam que não poderiam obrigar o Estado a fornecer um medicamento que não tinha eficácia comprovada. Nesse esteio, o Poder Legislativo editou a Lei 13.269¹⁷⁴, autorizando o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes com diagnóstico de neoplasia maligna.

Em face da referida lei, foi ajuizada a Ação Direta de Constitucionalidade nº 5501¹⁷⁵ perante o Supremo Tribunal Federal, questionando sua validade. O Supremo Tribunal Federal, exercendo seu papel contramajoritário, acolheu o pedido liminar para suspender a eficácia da lei, até que a ANVISA pudesse concluir seu estudo para liberar a comercialização do medicamento.

Ressalta-se que ao final, nada foi comprovado sobre a eficácia da fosfoetanolamina no tratamento de neoplasia maligna, portanto, ao adotar uma postura

¹⁷² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...).§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento

¹⁷³G1, 'Com 14 Mil Ações Pedindo a "Pílula Do Câncer", USP Alega Não Poder Produzir', 2016 <G1 - Com 14 mil ações pedindo a 'pílula do câncer', USP alega não poder produzir - notícias em São Carlos e Região (globo.com)> [accessed 20 October 2020].

¹⁷⁴ Brasil, *LEI Nº 13.269* (Brasil, 2016) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13269.htm>.

¹⁷⁵ Supremo Tribunal Federal Brasil, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 (Brasília, 2016) <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>> [accessed 30 October 2020].

de ativismo judicial, tais magistrados entenderam que estavam realizando um bem para a saúde dessas pessoas, impondo ao Estado uma obrigação financeira grande e sem provisão de fundos para cobri-la.

Contudo, essas decisões se revelaram perigosas não só para a saúde das pessoas, como também o ativismo criou contradições internas no sistema, já que os juízes tomaram decisões baseados em voluntarismo. Classificam-se essas decisões de voluntaristas, já que não foram tomadas com base em critérios técnicos, de modo que outros juízes não poderiam chegar a mesma conclusão caso percorresse a análise jurídica dos mesmos fatos e direito.

Apesar de o ativismo judicial ter recebido inicialmente apoio popular no Brasil e ser, em grande parte, responsável pela concretização de Direitos Humanos Fundamentais, não podemos nos deixar seduzir pelo “canto da sereia” e esquecer as disposições constitucionais existentes. É atraente defender posturas interpretativas, ainda que em descompasso com a Constituição, quando for favorável e de acordo com nossos anseios e convicções. Contudo, é um caminho árduo quando contrário às nossas pretensões ou até mesmo perigoso como se demonstrou no caso da fosfoetanolamina sintética.

Assim, o ativismo judicial aprofunda a crise de legitimidade vivenciada pelos demais poderes, sendo, portanto, um dos aspectos que levam a crescente judicialização.

4.2 A Judicialização da Saúde

O panorama apresentado ao longo deste trabalho perpassando pelo delineamento dos Direitos Humanos Fundamentais, bem como a sua tutela no plano de proteção internacional e interno, as características destes direitos, aliados a descrição crítica de um sistema de saúde complexo e deficitário, não poderia deixar de levar a judicialização, tendo em vista que se trata da análise em um contexto de democracia constitucional, com instituições estruturadas e que possuem divisões de competências de forma clara.

Esse contexto ensejou o fenômeno denominado de judicialização da saúde. A judicialização de determinada matéria ocorre quando o Poder Judiciário se torna o ator principal na resolução de questões recorrentes, no caso estudado, do direito à saúde. Os números de demandas judiciais em desfavor do Estado relevam o quanto os entes públicos têm falhado na concretização do direito à saúde.

A judicialização em si, como já defendido, não é um fenômeno maléfico. Entretanto, há um grande volume de ações judiciais tramitando na justiça, em que um cidadão aciona o Poder Judiciário para que o direito à saúde, direito assegurado

constitucionalmente, seja efetivado. É nessa constatação é que reside a problemática da judicialização da saúde: o seu grande volume.

A quantidade de demandas em tramitação faz com que o Poder Judiciário apresente congestionamento, que significa dizer que recebe mais demandas do que é capaz de julgar por ano, o que o torna incapaz de sanar todas as questões de forma célere. Nesse passo, são muitos os argumentos contra e a favor da judicialização.

Os argumentos apresentados como favoráveis a judicialização das questões envolvendo lides de saúde baseiam-se na obrigatoriedade do Estado de arcar com os compromissos firmados, tanto no âmbito interno quanto externo. Em sendo assim, ao reconhecer o direito à saúde como um direito humano fundamental, o Estado deve prestá-lo de forma efetiva. Ainda que se tenha de acionar o Poder Judiciário para garantir a tutela desse direito.

No caso do Brasil, destaca-se como reforço de sua exigibilidade, os princípios adotados pelo Sistema Único de Saúde, mormente os princípios da universalidade, gratuidade e integralidade. Por esses princípios, o Estado não só assume o dever de prestar medidas curativas, como tratamentos médicos, medicamentos, internações, mas como também desenvolvendo políticas públicas que sejam capazes de prevenir doenças, como o programa nacional de imunização, vigilância sanitária, dentre outros.

Assim, diante do arcabouço normativo apresentando, inevitavelmente os Direitos Humanos Fundamentais geram o dever de prestação positiva, que pode ser exigido por meio do Poder Judiciário. Além disso, o cumprimento de uma decisão judicial ainda que não se apresente como o meio mais célere de resolução de conflitos, costuma ser mais rápido do que a implantação de mudanças nas políticas públicas, quando deixado a cargo dos interesses políticos.

Como argumento negativo da judicialização, tem-se que a implementação do direito à saúde, pressupõe a disponibilização de orçamento para a execução dos seus fins. Nesse viés, tem-se de um lado os mandamentos constitucionais e de outro lado limitações financeiras.

Deve-se compreender que as demandas de saúde são crescentes e que apesar de existir uma previsão orçamentária para cada ano de exercício financeiro, as demandas não são supridas pelos recursos disponibilizados. Como justificativa para a falta de implementação ou implantação deficitária, pode-se apresentar ineficiência no gerenciamento, grande densidade demográfica, peculiaridades regionais, dificuldades financeiras, corrupção ou todos esses fatores conjugados.

Uma das questões levantadas por gestores públicos da área de saúde é que o Poder Judiciário, ao determinar internações, tratamentos e medicações (algumas

vezes que não constam no rol básico da rede de atendimento), promove uma disfunção na previsão orçamentária.

No Relatório de auditoria realizado pelo Tribunal de Contas da União¹⁷⁶, os valores despendidos para o cumprimento de decisões judiciais relativas à demanda de saúde cresceram mais de quatorze vezes nos últimos oito anos. No ano de 2008 o valor registrado foi de R\$ 70 milhões de reais, por sua vez, em 2015, registrou-se mais de um bilhão de reais.

Ainda no relatório citado, foi constatado que o Ministério da Saúde não mantinha um programa de rastreamento da judicialização e das demandas em curso, tampouco controle de fraudes, não tem sistema de rastreamento posterior dos pacientes que receberam medicamentos ou tratamentos médicos, o que inviabiliza a previsibilidade orçamentária e prevenção de ajuizamento de novas demandas.

Assim, sem o mínimo de organização a respeito desses dados, não há como avaliar quais as causas da judicialização e as falhas na gestão. Esses dados são importantes, inclusive para um planejamento estratégico para fornecer um serviço público de qualidade e limitar o crescimento de demandas judiciais.

Nesse passo, pode-se argumentar que as decisões judiciais que impõem obrigações na área da saúde representam ingerência indevida no Poder Executivo, uma vez que as políticas públicas em saúde devem ser elaboradas pelo Executivo e não pelo Poder Judiciário. De outro lado, os juízes e tribunais consideram, e com razão, que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 1º, dispõe que os direitos e garantias individuais tem aplicabilidade imediata. Logo, as demandas na área de saúde podem ser objeto de apreciação judicial, notadamente quando evidenciada a má prestação do serviço público.

Essa conduta é questionável por vários juristas, tendo em vista que, nesse ponto, firma-se um conflito¹⁷⁷ entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (que em alguns casos necessitam de intervenção do Poder Judiciário) e o princípio da separação dos poderes (os representantes do Poder Legislativo são eleitos por processo democrático, juntamente com os representantes do Poder Executivo). As decisões políticas cabem aos que foram legalmente constituídos pelo povo por meio da democracia representativa e não dos magistrados, que não são investidos pelo processo eleitoral.

¹⁷⁶ Tribunal de Contas da União, *Relatório de Auditoria Operacional Consolida Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) Relativa à Judicialização Da Saúde No Brasil* (Brasília, 2017) <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>>.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Tradicionalmente, o Poder Judiciário deve ser acionado de forma subsidiária, ou seja, somente quando os atores sociais não cumprirem voluntariamente suas obrigações ou mesmo não conseguirem resolver suas demandas através de formas resolutivas de conflito extrajudiciais.

O Poder Executivo deveria ser o Poder mais requisitado para resolver as demandas que envolvem questões de saúde, tendo em vista que é deste o dever de elaborar políticas públicas e é o responsável por implantá-las, gerenciá-las e coordená-las. O Poder Legislativo, por sua vez, tem o condão de elaborar as normas gerais e abstratas que direcionam as políticas públicas em saúde.

Em sendo assim, o Poder Judiciário deveria ser a última alternativa para a resolução de lides que envolvem questões de saúde. Contudo, diante de inoperâncias e diversas dificuldades já elencadas, principalmente por questões estruturais do serviço de saúde, muitos cidadãos buscam o Poder Judiciário. É a forma de satisfazer seu direito que já se encontra lesado, tendo em vista que as demandas tratam, em sua maioria, quando ajuizadas contra o Estado, de acesso à medicamentos, conforme dados da pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça- CNJ¹⁷⁸.

O Supremo Tribunal Federal¹⁷⁹ já se posicionou no sentido de que o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional para garantir a efetividade de Direitos Humanos Fundamentais através do controle de políticas públicas, como forma de garantir o direito à saúde, que está ligado de forma indissociável à própria vida¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Conselho Nacional de Justiça, *Judicialização Da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Proposta de Soluções* (Brasília, 2019).

¹⁷⁹ Supremo Tribunal Federal Brasil, RE 436996/SP, *Ministro Celso de Mello* (Brasília, 2006).

¹⁸⁰ " O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 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, 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 conseqüência 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 art. 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 convertê-la 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, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes 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. Precedentes do STF." Supremo Tribunal Federal Brasil, RE 393175 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, *Ministro Celso de Mello* (Brasília).

Contudo, a linha de atuação do Poder Judiciário, sem avançar na competência do Poder Executivo, é tênue.

Vale ressaltar que muitos magistrados vêm adotando uma postura de simples substituição da vontade do gestor público com relação às decisões que alocam recursos em determinada necessidade da população. Além de exacerbação de seus limites constitucionais de atuação, a visão micro do problema atrapalha, por vezes, o desenvolvimento do planejamento estratégico para a área da saúde pelo Executivo.

Por conta disso, nas contendas judiciais relacionadas às demandas de saúde, o Estado costuma invocar em sua defesa, a teoria da reserva do economicamente possível, de origem germânica, como uma excludente de responsabilidade do Estado. Essa teoria dispõe em síntese, com base em parâmetros de razoabilidade, que os direitos sociais de caráter positivo só podem ser prestados dentro dos limites orçamentários disponíveis.

A realidade é que a concretização de diversos direitos fundamentais e sociais dependem de capacidade financeira. Não há como negar, que saúde é um dos direitos sociais que dispõe de maior orçamento, porém parece ser insuficiente para suprir todas as demandas.

Nesse diapasão, por se tratar de um direito constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não se pode aceitar a mera alegação de escassez de recursos, o Estado deve comprovar que tem dado máxima aplicação aos recursos disponíveis. Também não é possível se ter por aceitável que o Judiciário simplesmente imponha obrigações ao Poder Executivo sem qualquer aferição dos efeitos sistêmicos que essas decisões vão acarretar.

Sobre esse enfoque, merece referência decisão proferida também pelo Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, da relatoria da Ministra Ellen Gracie¹⁸¹, na qual foi estabelecida a necessidade de racionalização dos recursos públicos utilizados nas políticas de saúde. Na mesma decisão também foi consignado que o Poder Público somente estaria obrigado a fornecer medicamentos que estivessem contemplados na Portaria 1318, do Ministério da Saúde.

Apesar de essa decisão ter reconhecido a necessidade de se respeitarem as políticas públicas organizadas pelo Poder Executivo, como forma de possibilitar, inclusive, um acesso igualitário e organizado da população, não representou uma mudança completa de posição do Supremo Tribunal Federal¹⁸². A própria Ministra Ellen Gracie, em decisões posteriores, garantiu o fornecimento pelo Estado de

¹⁸¹ Supremo Tribunal Federal Brasil, Suspensão de Tutela Antecipada - STA 91, *Ministra Ellen Gracie* (Brasília, 2007).

¹⁸² Daniel Wei Liang Wang, 'Escassez de Recursos, Custos Dos Direitos e Reserva Do Possível Na Jurisprudência Do STF', *Revista Direito GV*, 4.2 (2008) <<https://doi.org/https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>>.

medicamentos a pessoas que deles necessitavam¹⁸³, sob o fundamento de que não seria possível uma vedação genérica. Seria imprescindível a análise de cada caso, seja levando em consideração as condições econômicas do requerente, a gravidade da doença ou mesmo a existência de posicionamento médico e políticas na área da saúde.

Assim, mesmo reconhecendo que cabe ao Poder Executivo elaborar e implementar políticas públicas na área da saúde o STF não deixou de exercer o seu poder constitucional de garantir a concretização desse direito basilar, que é o direito à saúde, indissociável da natureza humana.

Deve-se levantar também a teoria do mínimo existencial que é um contraponto a teoria da reserva do possível. Para aquela teoria, ainda que os recursos sejam escassos, o Estado deve prestar os direitos positivos de cunho essencial para uma vida digna. Deve-se garantir indivíduo disponha de condições mínimas para satisfazer suas necessidades básicas, mesmo que o Estado, em razão de dificuldades orçamentárias, a realize de forma deficitária.

Nessa perspectiva, essa teoria pode justificar a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais. Por outro lado, podemos questionar o que seria o mínimo para uma vida digna?

A resposta para essa questão é de cunho subjetivo que pode variar de acordo com critérios de tempo, espaço, legislação. Ademais, dependendo da posição que se adote, haverá interferência na efetividade de direitos fundamentais. Trazendo para a ótica do direito à saúde, o que seria o mínimo? É receber medicação básica? Imunização? E com relação as cirurgias de alto custo? Não estaria englobado no mínimo existencial, caso esse seja o único tratamento viável à saúde e manutenção da vida do paciente?

Esclarece-se que não se está defendendo que os direitos sociais só devem ser prestados quando o orçamento permitir, até mesmo porque não se compatibiliza com o disposto na CF/88, uma vez que em seu texto não traz definições de direitos

¹⁸³ “[...] Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária [...]”. Supremo Tribunal Federal Brasil, Suspensão de Segurança - SS 3205, *Ministra Ellen Gracie* (Brasília, 2007).

fundamentais mais ou menos importantes que outros, além de não trazer definições de garantias mínimas.

Outrossim, é questionável que os direitos sociais alcancem apenas esse mínimo existencial, uma vez que representam conquistas históricas que visam melhorar a qualidade de vida dos indivíduos, para que todos pudessem viver dignamente e desenvolver potencialidades. Releva, assim, o elemento psicossocial do ser humano, que necessita ter sua vida preenchida por prestações que ultrapassam aquelas imprescindíveis para sua manutenção biológica.

Por estamos inseridos em uma sociedade, é defensável a posição no sentido de que o incremento da qualidade de vida de cada um dos seus integrantes acaba por desenvolver a qualidade da sociedade como um todo, não se podendo afastar o Estado do seu papel ativo de facilitador dessa evolução da sociedade.

Este é, inclusive, um objetivo fundamental previsto na Constituição Federal brasileira, amparado na solidariedade, ao estabelecer, no seu art. 2º, que se deve garantir o desenvolvimento nacional, promovendo-se o bem de todos.

Além disso, é cediço, que o Brasil enfrenta há muitos anos questões relacionadas à corrupção e desvio de verbas¹⁸⁴, que alcançam a estrutura central da Administração Pública¹⁸⁵, sendo um dos grandes vilões contra a promoção de direitos fundamentais, notadamente os de caráter prestacional. Aliado as questões de má gestão do orçamento público e a baixa participação popular na fiscalização e alocação desses recursos.

Em sendo assim, o papel do Poder Judiciário na efetividade de direitos sociais, que deveria ser subsidiário, torna-se necessário em algumas situações, ainda que enfrente pontos de tensão com a interferência nos demais poderes.

¹⁸⁴ Supremo Tribunal Federal Brasil, 'Corte Suprema Do Brasil Inicia o Julgamento Do Mensalão', 2012 <<https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>> [accessed 6 November 2020].

¹⁸⁵ "O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), homologou nesta terça-feira (17) acordo sobre a destinação dos R\$ 2,6 bilhões recuperados da Petrobras a partir da Operação Lava-Jato. Pelo acordo, firmado no dia 5 no STF entre a Procuradora-Geral da República (PGR), o presidente da Câmara dos Deputados e a União (representada pelo advogado-geral da União), com a contribuição do presidente do Senado Federal e do procurador-geral da Fazenda Nacional, R\$ 1,6 bilhão serão destinados à educação e R\$ 1 bilhão para a proteção ao meio ambiente.

Para o ministro, o acordo respeita integralmente os preceitos constitucionais e afasta as nulidades existentes no acerto anterior realizado entre Ministério Público Federal (MPF) no Paraná e a Petrobras, para a destinação dos valores transferidos pela empresa em razão de acordo celebrado com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Esse primeiro acordo foi objeto de questionamento pela PGR na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 568. Relator da ação, o ministro Alexandre realizou diversas reuniões com autoridades dos três Poderes e com governadores dos estados da Amazônia Legal visando definir a destinação mais adequada aos recursos.

Com a homologação, o relator autoriza a imediata transferência dos R\$ 2,6 bilhões, em valores atualizados, para a conta única do Tesouro Nacional, observando os critérios objetivos a serem fixados pelos Ministérios para distribuição dos recursos financeiros destinados aos estados da Amazônia Legal." Supremo Tribunal Federal Brasil, 'Ministro Homologa Acordo Que Destina Verba Recuperada Da Petrobras Para Educação e Meio Ambiente', 2019 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423797>> [accessed 6 November 2020].

Desse modo, o ideal seria que não houvesse essa necessidade de intervenção nas políticas públicas, mas como já mencionado, em decorrência de fatores de má-gestão, de desvio de verbas e corrupção é necessário que o judiciário faça controle de políticas públicas, com o intuito de que essas sejam efetivamente prestadas e que não sejam apenas letra morta em nossa Constituição.

Deve-se destacar que o referido relatório constatou que as demandas na área de saúde também alcançam expressivo número relativo à saúde suplementar. Demonstra-se, assim, que os problemas na prestação dos serviços de saúde não se verificam exclusivamente no setor público. A judicialização também avança em relações privadas, que sofrem dirigismo contratual, tendo em vista que o serviço de saúde é de interesse público, ainda quando não prestado diretamente pelo Estado.

Assim, ainda que o Poder Judiciário apresente um papel importante para assegurar a implementação do direito à saúde, o elevado número de demandas em tramitação ocasiona uma taxa de congestionamento que dificulta que o Poder Judiciário possa apresentar uma resposta em tempo razoável.

Portanto, a judicialização da saúde torna-se parte do problema, pois o Poder Judiciário não tem como satisfazer o direito de todos os que o acionam de forma célere. Por sua vez, justiça tardia pode representar o perecimento do direito e da própria vida, notadamente quando a pretensão está relacionada à saúde.

Outro argumento contrário ao fenômeno da judicialização na área da saúde diz respeito ao voluntarismo¹⁸⁶ dos magistrados. Ou seja, as decisões são baseadas em questões sentimentais ou de cunho pessoal e não com base em critérios técnicos. O voluntarismo¹⁸⁷ não contribui com a solução do problema de forma macro, apenas em questões pontuais e não se presta à resolução da complexa implementação dos direitos sociais.

Outrossim, a despeito de o Brasil ter adotado a independência judicial como garantia constitucional aos magistrados ao proferirem suas decisões, essa liberdade não significa arbitrariedade, ou seja, decisão de acordo com sua vontade, pois é preciso seguir um rigor técnico, sob pena de macular todo o propósito do sistema.

Corroborando a constatação da falta de embasamento técnico ao decidir questões relativas ao direito à saúde, de acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça - CNJ Justiça em Números¹⁸⁸, somente 20% dos acórdãos analisados fazem referência a algum mecanismo de qualificação de decisão, como a CONITEC, Natjus e seus protocolos. Demonstra-se, assim, que as decisões proferidas em

¹⁸⁶ Daniel CARDOSO, *Judicialização Da Saúde: Solução Ou Parte Do Problema?* (Londrina: THOTH, 2020). E-book.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Conselho Nacional de Justiça, *Relatório Justiça Em Números - CNJ.Op.cit.*

demandas judiciais que tem por objeto o direito à saúde, não possuem, em sua maioria, fundamentação técnica.

Ademais, a judicialização da saúde e o julgamento sem técnica pode levar à iniquidades no sistema, que é totalmente contrário aos princípios básicos do SUS, principalmente no que tange ao princípio da universalidade que pressupõe que o sistema seja acessível a todos. O fato de não se adotar uma técnica de decisão repercute no fato de a decisão não poder ser replicada para casos análogos, o que promove distinção de tratamento entre os usuários que obtiveram decisão judicial e os que não obtiveram.

A desigualdade perpassa ainda pela discussão sobre o acesso ao Poder Judiciário. Apesar de o acesso ao Poder Judiciário no Brasil ter sido democratizado, em grande medida pela criação de Defensorias Públicas, há municípios que ainda não são abrangidos pela instituição ou não possuem estrutura para atender toda a demanda que é proposta. Em sendo assim, não se garante o acesso igualitário ao Poder Judiciário.

A cientista política e pesquisadora Maria Tereza Sadek, destacou que a concentração de processos nas mãos de um número reduzido de litigantes acarreta em prejuízo ao acesso à Justiça. De igual modo, reflete de maneira deletéria na qualidade dos serviços judiciais postos à disposição da sociedade¹⁸⁹.

Destaca-se ainda que se firmou no Brasil uma cultura da judicialização dos mais diversos aspectos da vida cotidiana e muitas vezes os que se sentem lesados em sua esfera jurídica, sequer buscam a outra parte para tentar solucionar as contendas de forma extrajudicial. Em que pese a Constituição Federal garantir a inafastabilidade da jurisdição, ajuizar ação sem nenhuma tentativa de diálogo com a parte opositora demonstra a pré-disposição à litigância.

Em decorrência dessa verificação, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 631240¹⁹⁰ chegou a fixar tese de repercussão geral, afirmando que para que se reconheça a existência de pretensão resistida perante o Instituto Nacional de Seguro Social - INSS é necessário que a parte apresente comprovante de requerimento administrativo prévio. O interesse processual não se condiciona a uma resposta de mérito ou esgotamento de instâncias administrativas, apenas uma comprovação de que a parte tentou, de alguma forma, solucionar a demanda.

¹⁸⁹Consultor Jurídico, 'O Volume de Processos Envolvendo o Estado Prejudicam Acesso Do Cidadão à Justiça', 2015 <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-10/volume-acoes-envolvendo-estado-prejudicam-acesso-justica>> [accessed 5 January 2020].

¹⁹⁰ Supremo Tribunal Federal Brasil, RE nº 632.240 /MG (Brasília, 2010), v, 1–8 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622055>> [accessed 19 November 2020].

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal criou de certa maneira, um requisito para o ajuizamento das ações previdenciárias em face do INSS, o que criou uma barreira para diminuir o número de demandas ajuizadas, sem que o órgão tenha tido a oportunidade de ser provocado previamente.

Outro ponto que deve ser levantando com relação à judicialização da saúde é a conveniência¹⁹¹ do ajuizamento da ação. É conveniente para o gestor público que a solução de um problema relacionado a um serviço de saúde seja transferido ao Poder Judiciário, uma vez que não será responsabilizado por tomada de decisões e alocação de recurso público, uma vez que só estará cumprindo uma decisão judicial. Situação essa que beneficia o mau gestor.

Pelo viés do autor da ação é conveniente porque as chances de obter uma decisão judicial favorável, em sede de tutela antecipada, são muito grandes. Ainda que nem sempre seu cumprimento seja observado de forma célere.

Por fim, conclui-se que a judicialização quantitativa observada no Brasil, principalmente no que ao tange ao direito ao saúde, apesar de ser uma forma de garantir a tutela deste direito no caso concreto, acaba por prejudicar o todo o sistema, trazendo, inclusive, desigualdade de tratamento entre os usuários, que não é o propósito constitucional.

4.3 A judicialização da saúde em tempo de pandemia

Essa perspectiva de dualidade de obrigação de fazer e de se abster com relação aos compromissos estatais com o direito social à saúde, bem como a repartição de competências administrativas na promoção da saúde, restou ainda mais evidente em decorrência da pandemia que estamos vivenciando. Mais uma vez, o Poder Judiciário é instado a resolver demandas correlatas ao direito à saúde.

Muitos questionamentos relativos ao direito à saúde foram postos à apreciação do Poder Judiciário no Supremo Tribunal Federal. Segundo dados do STF¹⁹², entre o período de 12 de abril a 01 de outubro de 2020, foram distribuídos 5.486 processos com o tema relacionado à doença covid-19.

As questões que serão demonstradas representam o quanto o Poder Judiciário brasileiro é demandado para resolver questões de inúmeras ordens, com enfoque na saúde, possuindo assim papel de destaque no cenário político e social.

¹⁹¹ CARDOSO. Op. Cit.

¹⁹² 'Painel de Ações Covid-19', *Supremo Tribunal Federal*, 2020 <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html> [accessed 6 November 2020].

Assim, diante da crise sanitária vivenciada nos últimos meses em todo o mundo, os Estados procuraram implementar medidas com o intuito de conter a disseminação do novo coronavírus.

O direito à saúde é um direito-dever, conforme expõe Paulo Cunha¹⁹³, com certas particularidades, pois tem como sujeito passivo não só o Estado, mas também a sociedade, incluindo o próprio sujeito, que além de ter o direito à saúde deve defender e promovê-la a si mesmo e aos demais.

O controle da contaminação e recuperação dos doentes depende, em parte, de uma atuação estatal, bem como de suas determinações. Essas determinações incluem diversas medidas, como a orientação e até determinação de isolamento social, a política de ampla testagem, rastreamento de infectados, bem como a estruturação do maior número de leitos possível para pronto atendimento.

Os países exerceram um importante papel na condução do enfrentamento à pandemia. Algumas nações adotaram políticas de ampla testagem e rastreamento dos infectados, como foi o caso da Coreia do Sul. Por outro lado, outros países, seja por falta de recursos ou insumos, adotaram políticas de isolamento social, ainda que colocando em risco sua economia. Esperava-se que com a diminuição da circulação de pessoas houvesse o achatamento da curva de contágio, o que significa dizer que as pessoas não se contaminariam em larga escala de uma só vez, de modo que, se precisassem de atendimento médico, seria possível supri-lo.

Como ainda não há tratamento específico para a covid-19, e as vacinas já disponíveis ainda poderão demorar certo tempo para a imunização de toda a população, o meio de conter seu avanço é com a adoção de medidas restritivas do direito de ir e vir livremente.

Na Constituição Federal brasileira, esse direito é garantido no art. 5º, inciso XV¹⁹⁴, dispondo que a locomoção é livre em todo território nacional, ressalvando-se que pode sofrer restrição em tempos de guerra e nos termos da legislação vigente.

É cediço que nenhum direito, ainda que tido por fundamental, é absoluto. Portanto, em algumas circunstâncias, previstas na própria CF, podem ser flexibilizados. Esse ponto já não se discute. A atual discussão reside nas hipóteses não previstas pelo legislador constituinte.

Viola a Constituição Federal a restrição do direito fundamental de livre circulação com a justificativa de proteção à saúde?

¹⁹³ Paulo Ferreira da CUNHA, *Direitos Fundamentais Fundamentos & Direitos Sociais, Coleção Erasmus, Ensaios e Monografias* (Lisboa: Quid Juris, 2014). p. 208

¹⁹⁴ Constituição Federal Brasileira, art. 5º, inciso XV: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Pode-se questionar também o protocolo adotado por hospitais, nos quais prevê que em caso de internação de criança, esta deverá ser entregue no hospital aos cuidados da equipe médica, sem a possibilidade de acompanhamento dos pais ou responsáveis.

Esse protocolo contraria a disposição infralegal do direito previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990)¹⁹⁵, art. 12, que garante o direito da criança e do adolescente de ser acompanhado em tempo integral por um dos genitores em caso de internação em estabelecimento de saúde, sejam elas unidades neonatais, de terapia intensiva ou cuidados intermediários. É obrigação do estabelecimento de saúde proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável enquanto durar a internação de criança ou adolescente

Disposição idêntica também é encontrada no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003¹⁹⁶), art. 16, que preleciona que em caso de internação ou observação hospitalar, o idoso terá direito a acompanhante em tempo integral, devendo o estabelecimento de saúde garantir condições adequadas para a permanência deste.

Contudo, o próprio artigo traz ressalva em seu parágrafo único, estabelecendo que caberá ao profissional de saúde autorizar a permanência do acompanhante e caso entenda não ser cabível, deve justificar a restrição por escrito. Ou seja, na tentativa de tutelar o direito à saúde pública, os Estados criaram regras, por meio de Decretos, que limitavam o direito de livre circulação.

De um lado temos o direito social à saúde e de outro a imposição negativa ao Estado de não interferir na liberdade de locomoção dos indivíduos. Aparentemente, diante do atual cenário esses dois direitos fundamentais encontravam-se em rota de colisão.

Ao apreciar o assunto, por ser uma situação excepcional, o Supremo Tribunal Federal, considerou ser legítima a determinação de restringir a livre locomoção, como forma de proteger a saúde pública, bem como a saúde individual, conforme entendimento esposado no HC 186516 / DF - DISTRITO FEDERAL, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes.

Afastar temporariamente um direito em detrimento de outro, é medida correta, considerando o caso concreto e suas implicações para toda coletividade, não só no

¹⁹⁵ Brasil, *Lei Nº 8.069* (Brasília: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências., 1990) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> [accessed 26 October 2020].

¹⁹⁶ Brasil, *Lei Nº 10.741* (Brasília: (Vide Decreto nº 6.214, de 2007) Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências., 2003) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. [accessed 26 October 2020].

âmbito interno de cada país, mas para toda população mundial, uma vez que estamos tratando de uma pandemia.

Outra importante discussão com relação à limitação dos Direitos Humanos Fundamentais, frente à crise sanitária vivenciada, foi com relação à Medida Provisória nº 954/2020¹⁹⁷, que dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE. O fundamento para o compartilhamento seria a necessidade de realizar pesquisa estatística oficial durante a situação de emergência pública ocasionada pelo coronavírus.

Nesse cenário, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou ação direta de inconstitucionalidade¹⁹⁸ em face da Medida Provisória citada.

Argumentou-se que a edição da Medida Provisória sequer atendia ao requisito formal, conforme dispõe o art. 62, caput, da Constituição Federal, uma vez que não foram demonstrados os requisitos da urgência e da relevância material, a autorizar a edição de medida provisória. Portanto, a medida não seria necessária e tampouco adequada.

Em segundo, alegou-se a inconstitucionalidade material, porque visava limitar garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos indivíduos, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa (arts.1º, III e 5º, X e XII, da Constituição da República).

Invocou-se, ainda, a Lei Geral de Proteção de Dados¹⁹⁹, que apesar de ainda não se encontrar em vigor na data do julgamento, servia de base para endossar os argumentos de que a Medida Provisória não trouxe em seu texto a previsão de como esses dados seriam tratados, quais as formas de proteção e quais os planos de contenção para prevenir vazamento de dados dos usuários de serviços de telecomunicações.

Ademais, o ato normativo sequer explicitou de que forma a pesquisa seria realizada, qual seria sua relevância e a necessidade de coleta de dados por meio das empresas de telecomunicações.

¹⁹⁷ Brasil, *Medida Provisória 954/2020* (Brasília: Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística, 2020) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm> [accessed 20 October 2020].

¹⁹⁸ Supremo Tribunal Federal Brasil, ADI 6.387 - DF, *Ministra Rosa Webber* (Brasília, 2020) <<https://doi.org/10.21874/rsp.v86i3.3658>>.

¹⁹⁹ Brasil, *Lei Nº 13.709* (Brasília: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), 2018) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> [accessed 6 November 2020].

Em sua defesa, a União, por meio de seu Advogado-Geral, argumentou que os dados eram necessários para auxiliar na formulação de políticas públicas eficazes no combate ao coronavírus. Também alegou que os dados serviriam de base para o cálculo do Fundo de Participação dos Estados. Citou ainda precedente do Supremo Tribunal, no qual este entendeu que compartilhamento de dados (embora em outro contexto), não seria uma violação do direito ao sigilo de dados. Suplicou que o Supremo Tribunal Federal levasse em conta o princípio da proporcionalidade, considerando que estamos vivenciando situações atípicas.

A Ministra Rosa Weber, relatora do processo citado, considerando os argumentos expostos, acolheu os pedidos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sede cautelar, por entender que a Medida Provisória colocava em risco a vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, trazendo prejuízos irreparáveis. Em 07 de maio de 2020, a decisão da Ministra Rosa Weber foi referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ainda nessa linha de discussão, o Supremo Tribunal Federal também foi acionado para solucionar importante lide envolvendo repartição de competência entre os entes federativos com relação às políticas públicas a serem implantadas para o enfrentamento da crise sanitária ocasionada pelo coronavírus.

O Partido Democrático Trabalhista - PDT ajuizou ação direta de inconstitucionalidade²⁰⁰ questionando a constitucionalidade parcial da Medida Provisória 926 de 20 de março de 2020, com relação às alterações promovidas no artigo 3º, cabeça, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Em resumo, os referidos artigos traziam as limitações que poderiam ser impostas para conter a pandemia, como por exemplo, medidas de isolamento, quarentena, restrição temporária e excepcional de locomoção, entrada e saída do país, locomoção intermunicipal e interestadual.

A parte autora ressaltou, de início, tratar-se de inconstitucionalidade formal, por não preencher os requisitos do art. 62, §1º, III, da Constituição Federal. Portanto, a matéria deveria ser tratada por meio de lei complementar e não medida provisória.

Com relação ao caráter material, suscitou que o §10º, da Medida Provisória nº 926/2020, prevê que as medidas emergenciais poderão ser adotadas em ato

²⁰⁰ Supremo Tribunal Federal Brasil, 'ADI 6341', *Ministro Marco Aurélio*, 2020 <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> [accessed 6 November 2020].

específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

Essa disposição, em conjunto com as demais já apontadas, esvaziariam o conteúdo constitucional previsto no art. artigo 23, inciso II, que preleciona que a saúde pública é matéria de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal.

O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, entendeu, em sede cautelar, que as medidas restritivas eram compatíveis com a Constituição Federal, mas que, de fato, deveria ser incluído expressamente que a competência para tratar do assunto é concorrente.

Apesar de a decisão não ser muito clara entre os fundamentos e o dispositivo, o que é relevante destacar é que tanto o Ministro Relator, quanto os demais ministros do Supremo Tribunal Federal, em apreciação em plenário, consideraram que a matéria envolvendo saúde pública é de competência concorrente, conforme dispõe o artigo 23, inciso II da Constituição Federal.

Essa posição permitiu a adoção de medidas para o enfrentamento da pandemia de forma descentralizada, coordenadas por cada Estado-membro e o Distrito Federal, sem que todas as decisões fossem tomadas pelo órgão central, que é a União.

Ainda sobre essa temática, foi ajuizada uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)²⁰¹ pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de atos omissivos e comissivos do Governo Federal no contexto do combate ao coronavírus.

A decisão do Ministro Alexandre de Moraes foi muito importante diante da implantação de políticas públicas na área da saúde para o enfrentamento do coronavírus. Percebia-se um claro jogo de “cabo de guerra” entre o Governo Federal e os Governos Estaduais e até Municipais.

Enquanto o Governo Federal estava com uma visão negacionista da pandemia, minimizando seus impactos e reduzindo as perdas humanas a números, muitos Estados que possuíam orientação política diversa do atual Presidente se posicionaram contra a postura adotada pelo Governo Federal.

Esse assunto desencadeou uma verdadeira crise na federação brasileira, em que não havia um entendimento consolidado sobre as melhores opções a serem seguidas pelo país, de forma coordenada.

²⁰¹ Supremo Tribunal Federal Brasil, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 672, *Ministro Alexandre de Moraes* (Brasília, 2020) <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>> [accessed 6 November 2020].

Não houve um esforço do Governo Federal para buscar decisões conciliadas com os Estados, de modo que cada Estado ficou à deriva, contando apenas com seus representantes locais.

Destaca-se que o Governo Federal não encontrou entendimento sequer entre os membros do próprio governo, pois o Ministro da Saúde adotou posicionamento aliado a diversos Estados, ressaltando as medidas de distanciamento social, quarentena, limitação temporária e provisória de circulação de pessoas e serviços.

O então Ministro da Saúde, Henrique Mandetta, ressaltou em suas entrevistas, que sem adotar medidas de distanciamento social, o Sistema Único de Saúde - SUS entraria em colapso. Definiu o colapso como a falta de capacidade de atender inúmeras pessoas doentes ao mesmo tempo. Com o avançar da pandemia, ressaltou que nem mesmo o sistema de saúde complementar (rede privada) conseguiria suportar a grande demanda.

Por adotar posicionamento divergente do Presidente da República, o Ministro da Saúde foi exonerado. O Governo Federal demonstrava maior preocupação com as questões econômicas do que com as mortes ocasionadas pelo coronavírus. O Presidente da República chegou a ressaltar, em entrevista no dia 29 de março de 2020, que deveríamos enfrentar o vírus e que “todos vamos morrer um dia”.²⁰² Essa atitude não era esperada de um chefe de Estado, além de ser desprovida de qualquer empatia com as famílias que perderam seus entes queridos.

Em sendo assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi extremamente relevante para ratificar que os Estados, Distrito Federal e municípios poderiam adotar as medidas que entendessem cabíveis para a contenção do coronavírus, ainda que se tratasse de barreiras sanitárias temporárias e excepcionais.

Recentemente, no dia 17 de dezembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal enfrentou outra questão relativa à COVID-19, envolvendo a vacinação obrigatória. A Ação Direta de Constitucionalidade nº 6.586²⁰³ foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, com base no art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, que prevê a possibilidade de vacinação compulsória, desde que haja evidências científicas.

O Partido Democrático Trabalhista argumenta que se deve dar a interpretação conforme a CF/88, para que seja declarado que a competência para vacinação deve

²⁰² ‘Todos Nós Vamos Morrer Um Dia: Veja Falas de Bolsonaro Sobre o Coronavírus - 01/05/2020 - UOL Notícias’, UOL, 2020 <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/01/todos-nos-vamos-morrer-um-dia-as-frases-de-bolsonaro-durante-a-pandemia.htm>> [accessed 6 November 2020].

²⁰³ Supremo Tribunal Federal Brasil, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.586 DISTRITO FEDERAL, 2020 (Brasília) <AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.586 DISTRITO FEDERAL> [accessed 17 December 2020].

ser partilhada entre os entes federativos e não de competência exclusiva do Ministério da Saúde.

Em sede de defesa, a União argumentou que não cabe ao Poder Judiciário a definição de medidas para o enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus, o que implicaria, necessariamente ofensa ao princípio da separação dos poderes. Argumenta ainda que o art. 16 da Lei 8.080/1990 preleciona que compete à direção nacional do Sistema Único da Saúde -SUS estabelecer e ordenar os sistemas de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que foi seguido pela maioria, reconhece que estão em jogo dois direitos fundamentais: a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio, que decorrem diretamente do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Portanto, pela análise do conteúdo desses direitos já se pode concluir pela impossibilidade de se impor a vacinação compulsória, ainda que haja evidências científicas de sua segurança e eficácia na prevenção de doenças.

Além das garantias constitucionais, aponta que o Brasil é signatário do Pacto internacional San José da Costa, que integra o ordenamento jurídico brasileiro, por força do Decreto 678/1992, cujo art. 5º, 1, dispõe que: “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Analisando o dispositivo 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, o Ministro relator aponta que não há imposição de imunização forçada, mas que há outras leis e atos infralegais que dispõe nesse sentido, a exemplo da Lei 6.259/1975, arts. 3º e 5º; Lei 8.069/1990, art. 14, § 1º; Portaria 597/2004, do Ministério da Saúde. Assim, a análise limitou-se a Lei 13.979/2020, a qual o Relator concluiu não haver nenhuma inconstitucionalidade, tendo em vista que o conceito de vacinação forçada não se confunde com o de vacinação obrigatória²⁰⁴. Em sendo assim, não pode o Estado violar a dignidade da pessoa humana e violar domicílios para imunizar os indivíduos de forma compulsória, mas pode adotar outras medidas indiretas, desde que prevista em lei, para estimular a vacinação em massa.

Com relação a competência dos entes federados, no esteio do entendimento já firmado anteriormente, esposado pelo Ministro Marco Aurélio, na ADI nº 6.341-MC-Ref/DF, o Ministro relator Ricardo Lewandowski, entendeu que embora a União tenha

²⁰⁴ (I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente”;

o papel de coordenar políticas de imunização e seja desejável que o órgão central viabilize-a, a competência para promover políticas de saúde pública é concorrente entre os entes federados, de modo que, caso haja lacuna não suprida pela União, podem os demais entes federados exercerem nos limites de sua competência.

Apesar de relevantes as discussões que foram postas a apreciação do Tribunal Constitucional, o elevado número de ações relacionadas ao coronavírus agravou a situação da taxa de congestionamento no Supremo Tribunal Federal.

Na área da saúde, vários temas que ainda não haviam sido consolidados perderam ainda mais a prioridade na apreciação, tais como a obrigação de fornecimento de medicamento que não se encontra relacionado na lista do SUS.

Portanto, com maior razão é que se devem buscar meios alternativos de composição de litígios, para que se possa solucioná-los de forma mais célere e menos onerosa, em benefício de todos.

Como forma de tentar solucionar a problemática do crescente número de demandas judiciais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou no ano de 2006, a conciliação e mediação como política permanente. Nesse esteio, O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC), tornou obrigatória a realização da audiência prévia de conciliação e mediação obrigatória.

Contudo, apesar dos esforços administrativos e legislativos, verifica-se que houve pouco avanço nessa seara. Segundo dados do CNJ²⁰⁵, em 2017 foram 12,1% de processos solucionados via conciliação. Apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) impor a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em dois anos este índice cresceu apenas 1 (um) ponto percentual.

Com relação à produtividade dos juízes brasileiros, O CNJ adotou várias práticas de controle, mantendo pesquisa e cobrança de tais metas. Segundo dados divulgados pela instituição, em pesquisa realizada no ano de 2018, referente aos dados colhidos em 2017, cada juiz brasileiro julgou, em média, 1.819 processos. Isso seria equivalente a 7,2 casos por dia útil, sem descontar períodos de férias e recessos²⁰⁶.

Esses dados demonstram que não se trata de improdutividade ou inoperância do Poder Judiciário, mas que as demandas estão acima da capacidade de resolução dos conflitos da máquina estatal. Também não se mostra uma alternativa eficaz somente a ampliação da estrutura do Poder Judiciário, pois isso tonaria ainda mais oneroso para os cofres públicos e ainda assim, não conseguiria suprir tais demandas.

²⁰⁵Conselho Nacional de Justiça, *SUMÁRIO EXECUTIVO - JUSTIÇA EM NÚMEROS* (CNJ, 2020). Op.cit

²⁰⁶Conselho Nacional de Justiça, *Justiça Em Números* (Brasília, 2018) <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>.

Diante desse cenário, devem-se buscar outras formas de gestão de conflitos, pois com base nos dados esposados e com a experiência prática, é forçoso concluir que o sistema de resolução de conflitos, majoritariamente pela via judicial, adotada pelo Brasil, até então, ficará insustentável.

Diante deste contexto, defende-se a abertura de formas alternativas de resolução dos conflitos, repensando as práticas administrativas e resolução de conflitos, buscando outros modelos que sejam adequados e que envolvam a Administração Pública, uma vez que é a litigante mais recorrente.

5 A MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE SAÚDE

5.1 O contexto da mediação no ordenamento jurídico brasileiro

Desde o surgimento da hipótese do Contrato Social, defendida por Rousseau²⁰⁷, citado por Bittar e Almeida, em que busca explicar o surgimento do Estado, tem-se a noção de que este deve solucionar os conflitos e buscar a paz social, uma vez que cada indivíduo cede parcela de sua liberdade para que haja tutela dos interesses coletivos. Para atingir tal desiderato, faz-se uso da jurisdição e com ela, seus poderes implícitos, substituição da vontade das partes e a definitividade das decisões.

A Constituição Federal de 1988, promulgada após período ditatorial, instituiu como direito fundamental a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV). Com isso, criamos no imaginário coletivo que a melhor forma (e preponderante) de resolução dos conflitos é buscar o Estado, que por meio da jurisdição e sua imparcialidade, pacificará os conflitos.

Contudo, com o crescimento populacional e complexidade das relações sociais, o número de lides no Brasil aumentou de forma exponencial, conforme já se demonstrou. Assim, o Estado tornou-se incapaz de entregar a tutela jurisdicional de forma célere.

O Estado brasileiro tem empreendido esforços para tentar equalizar tal problemática. Destaca-se, nesse desiderato, a edição da lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil, que trouxe, como norma fundamental, em seu artigo 2º, o estímulo, pelo Estado, sempre que possível, da solução dos conflitos de forma consensual. O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) trouxe diversos artigos que privilegiam a resolução alternativa dos conflitos.

²⁰⁷ BITTAR and ALMEIDA. Op. Cit.

Dentre estes meios consensuais, tem-se a mediação, conciliação e arbitragem, que são espécies do gênero autocomposição. Cabe destacar que há diferenças conceituais entre cada um destes.

A Conciliação, conforme se extrai da interpretação do artigo 165 do CPC é um mecanismo consensual de resolução de conflitos, em que não há vínculo anterior entre as partes, com a presença de um terceiro imparcial. O conciliador pode propor soluções para que as partes cheguem a um consenso. O artigo 165 do CPC, §2º prevê também que é vedada qualquer forma de constrangimento ou intimidação entre as partes que conciliam.

A Mediação, por sua vez, também conta com a presença de um terceiro imparcial, contudo, o papel do mediador é facilitar o diálogo para que as partes cheguem a uma solução. Para além dessa definição, pode-se conceituar a mediação sob três perspectivas: como processo, como técnica e como filosofia²⁰⁸.

No viés da mediação como processo, esta é compreendida como um encadeamento lógico de atos dirigidos a um determinado fim. No que tange à técnica, diz respeito aos métodos que se utiliza para atingir a finalidade desejada.

Por fim, do ponto de vista da filosofia, baseada no princípio da não violência, é uma atitude de reconhecimento do outro como ser humano sujeito a falhas e que merece perdão.

Na arbitragem, o terceiro meio alternativo de resolução de conflitos, as partes, de forma prévia e consensual, dispõem-se a submeter a questão objeto da divergência à apreciação de um terceiro imparcial. Normalmente, este terceiro é uma pessoa com domínio sobre determinada área do conhecimento humano, escolhido por uma das partes ou por ambas, para decidir a respeito de uma possível lide.

Os citados meios de resolução consensual dos conflitos são tradicionalmente aplicados na seara do Direito Privado, por invocar a autonomia da vontade das partes. Fincou-se a ideia de que tais mecanismos não poderiam ser aplicados à Administração Pública, pois de acordo com o princípio administrativo da Supremacia do Interesse Público, tais direitos são indisponíveis e, portanto, não estão sujeitos à disposição de vontade.

Apesar do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público ter como norte a prevalência do interesse público sobre o particular, esse não pode ser invocado para que o Estado se furte de cumprir compromissos também constitucionais, como por exemplo a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais.

²⁰⁸ Ricardo GORETTI, *Mediação e Acesso à Justiça* (Salvador: Editora JusPodivm, 2017). Pag.162 a 167.

Modernamente discute-se até se supremacia do interesse público trata-se de um princípio ou não. Para Humberto Ávila²⁰⁹, não se trata de princípio, pois para ser princípio este deveria possibilitar uma aplicação gradual e não uma aplicação única e exclusiva.

Princípios são mandados de otimização, na medida em que impõe que algo seja realizada na maior medida do possível. Assim, não são aplicados do mesmo modo que as regras²¹⁰. No que tange às regras, estas são aplicadas de modo que uma exclui a aplicação da outra²¹¹.

Em sendo assim, para definir qual regra deve ser aplicada ao caso concreto, deve-se levar em consideração os critérios para solução de antinomias, cunhados por Norberto Bobbio²¹², que levam em conta os aspectos cronológico, hierárquico e da especialidade.

Por outra senda, os princípios são aplicados sem anulação de outro princípio diante de um caso concreto, mas sim, com a prevalência de um ou outro em determinados casos. São normas com elevada carga normativa, mas sua aplicação é maleável, aceitando juízo de ponderação a depender da situação fática em análise²¹³.

Por outro viés, há doutrinadores que defendem que a Supremacia do Interesse Público é um princípio Constitucional por interpretação teleológica, porque em algumas passagens constitucionais, o legislador faz referência ao interesse público em detrimento do coletivo, como os bens e valores coletivos, além de restringir em certas circunstâncias, os direitos individuais. Portanto, estaria implícita a superioridade do interesse público em detrimento do particular.²¹⁴

Contudo, não se pode olvidar que a CF/88 traz um capítulo destinado à proteção de direitos individuais e coletivos demonstrando assim, a valorização do indivíduo e não só do interesse público²¹⁵. Cumpre ressaltar que ainda que se parta do pressuposto de que a Supremacia do Interesse público seja um princípio aplicável às relações jurídicas travadas pelo Poder Público, é cetro que não há direito absoluto, razão pela qual o interesse público não é algo que sempre deve prevalecer sobre o interesse particular.

²⁰⁹ÁVILA HUMBERTO, 'Repensando o "Princípio Da Supremacia Do Interesse Público Sobre o Particular"', *Revista Diálogo Jurídico*, 1.7 (2001), 30.

²¹⁰Ronald DWORKIN, *Levando Os Direitos a Sério*, 3ª edição (São Paulo: Martins Fontes, 2010).

²¹¹Ibidem.

²¹²Norberto BOBBIO, *Teoria Geral Do Direito*, 2. ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2008).

²¹³DWORKIN. Op. Cit.

²¹⁴Fabio Medina OSORIO, 'Supremacia Do Interesse Público Sobre o Privado', *Revista de Direito*, 2000, 86–87 <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222>>.

²¹⁵BRANCO. Op. Cit.

Há circunstâncias em que o interesse particular pode prevalecer sobre o interesse público. Isso ocorre quando o interesse particular é vital para a existência digna daquele indivíduo e o interesse público é secundário, uma vez que o indivíduo também deve ser considerado como um fim em si mesmo e não apenas um instrumento para a satisfação da coletividade.

Diante desse cenário, há a necessidade de se repensar as práticas administrativas de resolução de conflitos. Entretanto, o que se percebe na prática, é que muitas vezes o Estado não está disposto a conciliar, invocando o princípio da Supremacia do Interesse Público ou mesmo por desinteresse do gestor público, por conveniência administrativa, conforme já se defendeu.

Trata-se de um comportamento contraditório, pois o Estado incentiva práticas de conciliação e mediação através de medidas administrativas e legislativas, de sorte que essas práticas devem ser aplicadas também pelo Estado. Independentemente da demanda, sempre haverá a preponderância do interesse público? Ainda que tais demandas violem direitos individuais e coletivos? Esse comportamento é de interesse público?

É possível extrair respostas a esses questionamentos da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares, alcançando também a Administração Pública. Ela é clara ao tratar sobre a possibilidade de utilização desse instituto como meio de solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública. Seu art. 32, III, traz expressamente a possibilidade de mediação entre o ente público e o particular.

No que tange os contratos, na lei 13.140/2015, em seu artigo 32, §5º, dispõe que é de competência das Câmaras de Mediação e Arbitragem prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

No mencionado artigo, não se faz distinção entre contratos administrativos ou contratos da administração. Desse modo, como não há exceções, conclui-se pela possibilidade de sua aplicação em qualquer dos casos.

Cabe destacar que a lei em comento não tornou obrigatório que tais conflitos passem primeiramente pelas câmaras de mediação e arbitragem. Essa opção legislativa levou em consideração a inafastabilidade de jurisdição, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 88. Entretanto, defende-se que com o intuito de favorecer as resoluções consensuais, perpassar primeiramente pelas Câmaras de mediação e arbitragem não seria em última análise, uma negativa de acesso ao poder judiciário. Seria, portanto, uma condição da ação (interesse de agir). Essa medida poderia desestimular a cultura da contenciosidade.

Corroborando a ideia apresentada, Janaina S. Castelo Branco²¹⁶ defende que a passagem prévia por tais Câmaras seja considerada condição para a propositura da ação judicial. Destaca que o acesso a tais Câmaras já se trata de acesso a um órgão estatal de resolução de conflitos, portanto, não se trata de exclusão da apreciação do Poder Judiciário.

Portanto, entende-se que o intitulado Princípio da Supremacia do Interesse Público não é um óbice para aplicação da mediação como meio de resolução dos conflitos. É de interesse Público que as lides que envolvam a Administração Pública sejam resolvidas de forma célere e com menor custo. Defende-se que as Câmaras de Mediação e Arbitragem para solução de conflitos que envolvam a Administração pública, editem normativas para facilitar a resolução das controvérsias e sem ter que acionar o judiciário por questões que já foram reiteradamente apreciadas pelo Poder Judiciário e que só aumentam o custo da máquina do Poder público.

Além disso, o interesse público deve ser preservado, a medida que lei 13.140/2015, artigo 35, § 3º, não se afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

Em complementação, o art. 40, da referida lei, traz previsão de responsabilização dos servidores e empregados públicos envolvidos no processo de autocomposição dos conflitos extrajudicial, no âmbito civil, administrativo ou criminal quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

Obviamente que não se pode ignorar o conteúdo da Supremacia do Interesse Público sobre o particular em certos contextos, devendo assim, ser realizada uma análise do caso concreto, usando-o como uma regra de interpretação. Mas não há como invocá-lo para deixar de dar efetividade a outros direitos também importantes, como direito à saúde.

Superada essa discussão, e buscando solucionar a problemática do crescente número de demandas judiciais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), adotou no ano de 2006, a conciliação e mediação como política permanente. Nesse esteio, o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC), passou a obrigar a realização de audiência prévia de conciliação e mediação nos processos em tramitação.

Importa destacar que outro estudo realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros intitulado: “O uso da Justiça e o litígio no Brasil”,²¹⁷ analisou dados

²¹⁶BRANCO. Op. Cit.

²¹⁷ Este Estudo foi coordenado pela cientista política e professora Maria Tereza Sadek, com o auxílio do estatístico Fernão Dias de Lima.

coletados nos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013²¹⁸, os quais demonstram a importância de se buscar meios alternativos de resolução de conflitos. Esse estudo diferenciou-se do estudo do CNJ por aprofundar e dividir os dados entre litigantes passivos e ativos. Tal análise revelou que a Administração Pública é a maior litigante no polo passivo em Tribunais Estaduais.

Apesar dos esforços administrativos e legislativos, verifica-se que houve pouco avanço nessa seara. Segundo dados do CNJ²¹⁹, em 2017 foram 12,1% de processos solucionados via conciliação. Apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em dois anos este índice cresceu apenas 1 (um) ponto percentual.

Diante desse cenário, devem-se buscar outras formas de gestão de conflitos, pois com base nos dados espostos e com a experiência prática, é cediço que o sistema judicial adotado até então ficará insustentável.

Esses dados demonstram que não se trata de improdutividade ou inoperância do Poder Judiciário, mas que as demandas estão acima da capacidade de resolução dos conflitos. Não se trata também de ampliar a estrutura do Poder Judiciário, pois isso tonaria ainda mais oneroso para os cofres públicos e ainda assim, não conseguiria suprir tais demandas. O que se defende neste trabalho é a abertura de formas alternativas de resolução dos conflitos na área de saúde, como forma de tornar a sua resolução mais célere e menos onerosa.

5.2 Mediação: conceito e técnica

A mediação será aqui tratada como técnica, baseada em um conjunto de conhecimentos, dentre eles psicologia, direito, sociologia, antropologia e outros. Adotou-se esse conceito, pois, buscou-se estudar no caso concreto, se a mediação seria um meio célere e adequado para solucionar lides que envolvam o direito à saúde, no qual uma das partes seja o Poder Público.

Nessa perspectiva, pode ser definida como um meio de resolução de conflitos de forma não hierarquizada que envolva duas ou mais pessoas, sendo assistidos por um terceiro imparcial, que despenha a função de mediador²²⁰.

²¹⁸ Coord. Sérgio Luiz. JUNKES and Coord. Maria Tereza. SADEK, *O USO DA JUSTIÇA E O LITÍGIO NO BRASIL* <moz-extension://6489d6e8-1d1c-4784-bb73-fdb5186d2905/enhanced-reader.html?openApp&pdf=https%3A%2F%2Fwww.amb.com.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F05%2FPesquisa-AMB-10.pdf> [accessed 6 November 2020]. pag.1 a 10.

²¹⁹ Conselho Nacional de Justiça, *Relatório Justiça Em Números - CNJ*. Op.cit.

²²⁰ Carlos Eduardo de Vasconcelos, *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas* (São Paulo: Método, 2008). E-book.

A mediação, apesar de contar com elementos que compõe a técnica, como a investigação, escuta e comunicação²²¹, também conta com habilidades criativas dos mediadores, tendo em vista que não há como prever todas as situações concretas que podem ser enfrentadas. Contudo, acredita-se que com um adequado treinamento é possível desenvolver habilidades que permitam conduzir qualquer prática autocompositiva com sucesso.

O mediador, apesar de não impor soluções, tem o papel de aproximar as partes, identificar os interesses conjuntos para que eventualmente cheguem a um acordo.

Apenas para fins de comparação, destaca-se que definição semelhante de mediação também é tratada na DIRECTIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO²²² que trata de certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial em questões transfronteiriças. Embora tal diretiva seja direcionada a questões transfronteiriças, o considerando de número 8 destaca que não há impedimento para que os Estados-Membros da União Europeia possam aplicar tais disposições a processos de mediação internos.

A diretiva, em seu art. 3^a, a, traz uma definição de mediação²²³ muito parecido com o conceito exposto acima, o que nos faz concluir que os institutos têm os mesmos objetivos, quer no Brasil, quer nos Estados-Membros da União Europeia, o que inclui Portugal.

Impõe destacar também que a DIRECTIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO também guardam semelhança com a legislação brasileira, mais precisamente com a Lei 13.140²²⁴, que trata sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, embora haja um relevante lapso temporal entre elas, tendo em vista que as a DIRECTIVA foi editada em 2008 e a legislação brasileira em 2015.

Dentre as semelhanças destaca-se a adesão voluntária, a tentativa de se firmar um meio alternativo de solução de conflitos sem a necessidade de se valer do Poder Judiciário. Além disso, pode-se citar a busca pelo consenso através do diálogo, a existência de um terceiro imparcial que possa facilitar o entendimento entre as partes,

²²¹ GORETTI. Op. Cit.

²²² Parlamento Europeu, 'DIRECTIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO', 2008 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&qid=1607478430195&from=PT>> [accessed 9 December 2020].

²²³DIRECTIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, Art. 3^o, a, dispõe que: «Mediação», um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

²²⁴ Brasil, *Lei 13.140* (Brasil, 2015) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>.

o incentivo à formação de mediadores, além de garantir a confidencialidade dos procedimentos.

Importa destacar que a mediação é considerada em ambas as legislações citadas como uma forma de acesso à Justiça, que deve ser assegurada tanto por meios judiciais, como também por meios extrajudiciais.

Um aspecto interessante da DIRETIVA citada é que seu considerando de número 6 prevê que a mediação pode proporcionar o meio extrajudicial de solução de conflitos de forma mais rápida e menos onerosa. Além disso, reconhece que é mais provável que os acordos sejam cumpridos quando solucionados de forma amigável, mantendo, assim, uma relação estável entre as partes.

Esse considerando também traduz a hipótese inicial desta pesquisa, no sentido de que a mediação, como meio alternativo de solução de conflitos, é menos oneroso e mais célere.

Além disso, há outra convergência entre a DIRETIVA aqui estudada com o presente trabalho, que é o disposto no art. 27, o qual traz como uma de suas funções promover os direitos fundamentais, em especial os previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Esse artigo se coaduna com o defendido neste estudo, no qual, defende-se que a mediação deve servir como uma forma de solução alternativa de litígios que promovam os Direitos Humanos Fundamentais, como por exemplo, o direito à saúde.

Para atingir os fins da mediação é necessário que as partes demonstrem a adesão voluntária, sobretudo, para que possam ter a mente aberta para a construção de soluções viáveis através da comunicação não violenta. Há modelos de mediação²²⁵ focados no acordo, ou seja, as partes encontram-se para fomentar o diálogo, expõe-se os problemas, o mediador questiona as partes de forma equitativa, concentrando-se no problema e suas formas de solução.

Os modelos focados na relação, por sua vez, priorizam a transformação da relação por meio do diálogo, da aprendizagem e do reconhecimento²²⁶. São mais apropriados para demandas que envolvam relações comunitárias, familiares, de vizinhança, dentre outros.

Contudo, concentraremos os estudos no modelo de negociação baseada em princípios desenvolvido no Projeto de Negociação de Harvard (Harvard Negotiation Project²²⁷), por ser o modelo adotado pela CAMEDS.

²²⁵ VASCONCELOS. Op. Cit.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Bruce FISHER, Roger; URY, William; PATTON, *Como Chegar Ao Sim: Como Negociar Acordos Sem Fazer Concessões*. (Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2018). E-book

Esse método de negociação é baseado em princípios nos quais se deve ser firme com os problemas e gentil com as pessoas. Esse método pode ser aplicado aos mais variados tipos de conflitos, que vão desde disputas familiares de baixa complexidade, até disputas mais complexas.

O primeiro pressuposto desse método é que não se devem negociar posições, ou seja, se o indivíduo compromete-se com uma posição, tende a se fechar nelas e não conseguem enxergar as demais soluções.

Assim, na negociação de posições cada parte busca um acordo mais favorável para si, escondendo seus verdadeiros interesses e com o intuito de fazer pequenas concessões, com o objetivo apenas de chegar a um acordo²²⁸.

Esse tipo de negociação, segundo os autores ²²⁹, diminui as chances de se chegar a um acordo, leva mais tempo para o seu desfecho, além de por em risco os relacionamentos (caso se trate de uma negociação entre partes que já disponham de inter-relação pessoal). Se houver mais de duas partes envolvidas, pode ser um método ainda pior para tentar soluções, já que cada parte defenderá suas posições, sem que se chegue a um denominador comum.

Assim, o método de negociação baseada em princípios ou negociação de méritos é baseado em 4 importantes pontos. Cada um deles concentra-se em elementos importantes da negociação, levando em consideração as pessoas, os interesses, as opções e os critérios.

Dispõe em linhas gerais que se “separe as pessoas dos problemas; concentre-se nos interesses, não nas posições; antes de decidir o que fazer, crie diversas opções como possibilidades de ganhos mútuos; insista em que o resultado se baseia em critérios objetivos”²³⁰.

Ao separar as pessoas dos problemas, os autores propõem que as partes não deixem que as emoções possam interferir nos méritos do problema, principalmente se o que está em discussão for baseado em um relacionamento prévio.

O segundo elemento do método que preleciona que se deve concentrar nos interesses e não nas posições é baseado na constatação de que dificilmente chega-se a um acordo satisfatório quando duas ou mais partes entram em disputas para fazer prevalecer suas posições.

O terceiro elemento diz respeito a tomar uma decisão baseada em previsibilidade, ou seja, pensar previamente em alternativas viáveis, pois no momento das negociações a pressão de estar na presença da outra parte pode desestabilizar o

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Ibidem

²³⁰ Ibidem

cognitivo das pessoas e afetar sua criatividade, bem como sua capacidade de analisar as consequências de uma escolha.

O quarto elemento da negociação baseada em méritos é que se deve utilizar de critérios objetivos para se chegar a um acordo. Esse é um dos pontos mais importantes para a mediação que envolve lides na área da saúde nas quais de um lado figura um ente público e uma pessoa natural, pois existe todo um regramento que ampara tais direitos. Portanto, este é um ponto relevante, embora não se possa desconsiderar os outros pontos, deve-se ter em mente que já existem premissas fixadas em critérios objetivos, já definidos na legislação, que devem ser cumpridos.

Feitas as abordagens teóricas sobre a mediação, bem como expostos os problemas relacionados à judicialização do direito à saúde, o que gera uma sobrecarga no sistema judicial, passa-se, então, à análise de uma experiência concreta em que houve a sistematização de um modelo de mediação para tentar solucionar lides nessa área.

5.3 Câmara de Mediação em Direito da Saúde – CAMEDS

5.3.1 Contexto de criação

A Câmara de mediação em direito da saúde foi instituída no Município de Imperatriz – MA, no ano de 2017. Sua criação deu-se a partir das constatações vivenciadas pelo Juiz Federal idealizador e coordenador do projeto, Dr. Jorge Alberto Araújo de Araújo. Ao assumir suas funções, em 2016, no município de Imperatriz, percebeu que existiam muitos conflitos na área de saúde pública que tramitavam tanto na Justiça Estadual, quanto na Justiça Federal.

As demandas relacionadas ao direito à saúde envolviam pedidos relativos à entrega de medicamentos acobertados pelo SUS, consultas médicas, realização de cirurgias e internações em unidade intensiva de tratamento.

Por acreditarem na resolução de conflitos de forma consensual, dois Juízes Federais, Dr Jorge Alberto Araújo de Araújo, Juiz Federal titular da primeira vara da subseção de Imperatriz e Dr. Paulo Marcos Rodrigues de Almeida, Juiz Federal titular do primeiro juizado especial federal de Guarulhos-SP, conceberam o modelo de atuação da Câmara de Mediação em Direito da Saúde. A sua concepção foi baseada na crença de que as demandas podem ser encaminhadas diretamente à mediação antes mesmo da propositura de ação judicial. Também não é relevante quem é o ente público em princípio responsável pelo atendimento da demanda.

Deve-se ponderar que com relação ao direito à saúde as decisões judiciais precisam ser criteriosamente analisadas, principalmente suas consequências jurídicas, mormente no que tange a esfera jurídica de outras pessoas. Assim, encontrando-se uma solução sem intervenção do Poder Judiciário, é menos provável que se gere iniquidades no sistema de saúde.

A instalação da CAMEDS em Imperatriz foi providencial em razão de suas características. O Município de Imperatriz está situado no oeste do Estado do Maranhão e possui divisas com os Estados do Pará e do Tocantins. A população estimada é de 259.337 pessoas²³¹. Imperatriz é a segunda maior cidade do Estado do Maranhão, tanto em densidade populacional, como em importância econômica. Além disso, está localizado a uma distância de 639 km²³² da capital do Estado, São Luís.

Por ser o segundo município com maior capacidade econômica tornou-se um polo médico regional para os municípios vizinhos, que possuem maiores deficiências no fornecimento do serviço de saúde. Estima-se que o município de Imperatriz, embora possua uma população de 259.337 pessoas, atende 800 mil usuários do SUS²³³.

Cabe destacar que o modelo de federalismo do Brasil, além dos princípios albergados pelo SUS, principalmente os princípios da universalidade e integralidade, permite que o usuário do serviço público de saúde possa buscar tratamento em qualquer município. Não há qualquer limitação quanto ao local da prestação do serviço de assistência à saúde, embora haja um mecanismo de regulação para enviar pacientes para outros Estados ou Municípios, com o fim de garantir que estes sejam atendidos.

Como polo de atração de usuários do serviço de saúde e ante os problemas já narrados relativos à prestação pública desse serviço, as demandas judiciais se avolumavam na região alcançada pela área de influência de Imperatriz.

As decisões judiciais não logravam solucionar de forma não individual o problema do acesso ao serviço de saúde. Em algumas circunstâncias chegavam a agravar o problema.

Ainda no processo de criação da CAMEDS, observou-se um caso que comprovou a tese de que em algumas situações, a decisão judicial pode trazer consequências inimagináveis pelo magistrado.

²³¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 'Estatísticas Cidades e Estados'. Op.cit.

²³² Município de Imperatriz, 'Localização e Distância' <<https://www.imperatriz.ma.gov.br/portal/imperatriz/localizacao-distancias.html>> [accessed 5 November 2020].

²³³ Município de Imperatriz, 'A Cada 100 Mil Pessoas, Imperatriz Conta 8,5 Mortes; São Luís, 28,9', 2020 <<https://www.imperatriz.ma.gov.br/noticias/saude/cada-100-mil-pessoas-imperatriz-counta-85-mortes-sao-luis-289.html#:~:text=Cartão SUS é a chave,usuários são quase 800 mil&text=É desse jeito que Imperatriz,800 mil cartões SUS emitidos.>> [accessed 27 November 2020].

O caso judicializado tratava de demanda relacionada ao direito de uma a criança de realizar determinada intervenção cirúrgica, o que foi deferido pela Justiça Federal da Seção Judiciária do Maranhão.

A citada decisão foi deferida pelo juízo competente de acordo com o art. 300, §2º, do Código de Processo Civil²³⁴. Esse dispositivo permite que em casos de urgência, o magistrado possa deferir a tutela provisória, mediante a demonstração do preenchimento dos requisitos de probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, com ou sem a oitiva da parte contrária, conforme as peculiaridades do caso.

No caso narrado, o juízo do caso entendeu que se tratava de máxima urgência e deferiu a realização da cirurgia, sem que o réu, por meio de seu órgão de representação, pudesse se manifestar previamente.

Em sendo assim, a consequência prática dessa decisão foi que a criança não estava apta para a realização da cirurgia naquele momento. A manutenção de sua internação desencadeou a desmarcação da cirurgia de outras cinco crianças, que já estavam na ordem cronológica para a realização dos procedimentos médicos.

Esse caso demonstra que a judicialização em si e a prestação da tutela jurisdicional, nem sempre são o meio mais adequado para a resolução dos conflitos relativos ao direito à saúde. O que reforçou a necessidade de se buscarem meios alternativos de solução dos conflitos, além da possibilidade destas práticas diminuírem as taxas de congestionamento no Poder Judiciário. Esse é o desiderato da CAMEDS.

5.3.2 Funcionamento da CAMEDS

A CAMEDS possui estrutura física localizada no Fórum da Justiça Federal de Imperatriz, mas ela não integra a estrutura do Poder Judiciário Federal. Destaca-se que embora tenha estrutura física, grande parte de suas atividades são realizadas em ambiente digital.

Há dois tipos de mediação: a mediação de casos individuais e de demandas presenciais. As demandas de cunho individual são, em sua maioria, realizadas por meio de um aplicativo de envio de mensagens, muito utilizado no Brasil, denominado “whatsapp”. Há ainda a possibilidade de acionar a CAMEDS por meio de sítio eletrônico na internet, através de preenchimento de formulário específico. Após o preenchimento, as demandas são direcionadas aos mediadores que darão prosseguimento dentro do modelo adotado para tentar solucionar a lide apresentada.

²³⁴ Brasil, *Código de Processo Civil* (Brasília, 2015) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

No aplicativo “whatsapp”, a CAMEDS mantém grupos em que se podem adicionar várias pessoas ao mesmo tempo para iniciar uma conversa, como em um “chat”, em que todas as pessoas podem verificar as mensagens enviadas pelos demais participantes do grupo. Há três grupos importantes: o grupo dos mediadores, o grupo demanda e o grupo de gestores públicos.

O grupo de mediadores é reservado para que os mediadores troquem informações a respeito do trabalho em si, estabeleçam escalas de trabalho, compartilhem experiências e esclareçam dúvidas. Os mediadores da CAMEDS são pessoas com graduação em Direito ou estudantes de Direito, embora esse não seja um requisito obrigatório.

Em verdade, o requisito obrigatório consiste em ter participado de curso de formação de mediadores e conciliadores, fornecido de forma gratuita pela própria Justiça Federal. Deve-se esclarecer que o trabalho é de cunho voluntário, porém ao final da prestação deste, o mediador recebe um certificado de atuação como mediador que comprova prática jurídica necessária para integrar alguns cargos públicos ou mesmo para integrar cargos privados que exijam comprovação de experiência.

O grupo denominado demanda, na verdade, consiste em vários grupos, já que para cada demanda é criado um grupo específico com as partes envolvidas para que possa realizar a descrição fática do direito que visa ser reparado, bem como para o envio da documentação pessoal e documentação relativa à condição de saúde da parte, caso a parte já disponha de elementos referentes a isso.

O grupo gestores públicos, por sua vez, é composto por servidores públicos que compõe os órgãos estatais com atribuição para resolução das questões relativas ao direito à saúde. Nestes estão compreendidos representantes do Município de Imperatriz, do Estado do Maranhão e do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão, que é gerido pela União.

Esse grupo é composto por pessoas não só com formação jurídica, mas também em medicina, a fim de dar suporte técnico para que decisões possam ser tomadas, além de outros profissionais com capacitação diversa, como administração e serviço social.

Dentro desse grupo busca-se construir uma solução cabível ao caso posto em apreciação, aproximando os representantes dos diversos níveis da federação para que possam discutir, dentro da sua esfera de atuação, quem possui melhores condições de disponibilizar o serviço pretendido ou mesmo dividir responsabilidades, conforme o caso. Essas discussões possuem cunho privado e confidencial, não sendo levado ao conhecimento do autor da demanda.

Após as discussões no grupo de gestores, pode-se formular uma proposta totalmente satisfativa, outras vezes uma proposta que não atenda completamente os anseios da parte e em outras situações não há proposta. Nesse caso, o autor da provocação da Câmara poderá ajuizar ação para tentar a tutela do direito pretendido perante o Poder Judiciário.

Nas demandas presenciais normalmente são abordados assuntos mais complexos, que envolvem discussões acerca dos regramentos próprios da Administração Pública, matérias relativas à execução orçamentária das políticas públicas na área da saúde e mesmo a responsabilidade estatal pela prestação do serviço pretendido.

As demandas presenciais envolvem a participação de múltiplos atores e a resolução dessas demandas também possui repercussão na esfera jurídica de um número maior de indivíduos, já que versavam sobre contratos entre instituições particulares e o município de Imperatriz, conforme será melhor detalhado em tópico específico.

Nesses casos, há um maior emprego de técnicas de mediação, pois os envolvidos possuem maior margem de negociação, por envolver interesses privados.

5.3.3 As atribuições da CAMEDS limitam-se à competência da Justiça Federal?

Apesar de a jurisdição ser una, por questões operacionais, o Poder Judiciário, no Brasil, possui sua atuação dividida em esferas de competência, fixadas pela Constituição Federal de forma expressa ou residual.

Devido ao recorte do tema, é importante abordar, ainda que em linhas gerais, a divisão da competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, ambas integrantes da Justiça comum, para julgar causas relativas ao direito à saúde.

Assim, para fins deste trabalho, deve-se consignar que a Justiça Federal, ainda que tenha outros critérios de fixação de competência previstos no art.109²³⁵ da

²³⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réas, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\).](#)

Constituição Federal, julga as demandas em que a União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas sejam interessadas, podendo figurar na condição de autora, ré, assistente ou oponente.

A competência da Justiça Estadual, por sua vez, dá-se de forma residual, ou seja, todas as demandas que não versarem sobre Direito Militar, Direito do Trabalho e com as devidas exclusões de competência da Justiça Federal, serão de abrangência da Justiça Estadual. Em sendo assim, percebe-se que seu alcance é bem maior, envolvendo direito de família, direito tributário, direito penal, direito civil, dentre outros ramos do direito.

Poder-se-ia questionar como a Câmara de Mediação em Direito da Saúde-CAMEDS, em funcionamento na Justiça Federal, teria como mediar demandas que, se fossem ajuizadas, seriam de competência da Justiça Estadual, tais como, por exemplo, litígio envolvendo uma instituição privada que presta serviço de saúde ao município de Imperatriz. Nestes exemplos, por não estarem presentes nenhum dos sujeitos delineados no art.109 da Constituição Federal, em regra, eventual demanda judicial é de competência da Justiça Estadual.

O que importa deixar claro, sobre essa questão, é que a CAMEDS é uma Câmara de mediação extrajudicial que não integra o Poder Judiciário, ou seja, é pré-processual e, portanto, tem atribuição para tentar solucionar qualquer demanda de saúde, ainda que não esteja dentro da competência da Justiça Federal. Ou seja, no exemplo citado, não há qualquer obstáculo legal para que eventual litígio entre aquelas partes sejam mediadas por meio da CAMEDS.

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na Justiça Estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019](#))

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de Direitos Humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

Destaca-se, ainda, que a CAMEDS também atua em processos já judicializados, pois mesmo com a demanda em curso, os juízes, antes de proferirem suas decisões, podem enviar o caso para a Câmara de mediação, com o intuito de oportunizar que as partes encontrem uma decisão conciliada.

Nesse passo, caso as partes não cheguem a um acordo, os autos retornam à apreciação do magistrado, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Nesses casos, a competência já se encontra previamente fixada, uma vez que os feitos já estão em tramitação.

A abordagem da divisão de atribuição dos entes federativos e fixação de competência para julgamento das demandas poderia parecer simplista, considerando os parâmetros fixados na Constituição Federal, mas foi uma questão que chegou, inclusive, ao Supremo Tribunal Federal²³⁶. Haveria solidariedade entre os entes federativos com relação à prestação do direito à saúde? Ou pelas regras de descentralização e hierarquização cada ente deve arcar com sua atribuição definida em norma infraconstitucional?

De início, se esclarece que a solidariedade é um instituto jurídico que decorre da lei ou dos contratos e implica que cada devedor poderá ser demandado pelas obrigações que lhe cabe sozinho ou em conjunto com os demais, ressalvado seu direito de regresso.

A ação originária que levou a discussão ao Supremo Tribunal Federal foi ajuizada na Justiça Federal, Seção Judiciária de Sergipe, em face da União e do Estado de Sergipe, para que fossem condenados à obrigação de fornecer o medicamento de nome BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg) à parte autora.

Ainda em primeiro grau de jurisdição, a parte autora logrou êxito, satisfazendo sua pretensão, por meio de tutela antecipada, em audiência realizada no dia 19 de outubro de 2009. O magistrado determinou que o Estado de Sergipe entregasse o medicamento e além da imposição da obrigação de fazer, determinou também o cofinanciamento do valor do medicamento pela União, fixando percentual de 50% para ambos os entes federados.

Apesar de ter obtido êxito em sede de tutela antecipada, o Estado de Sergipe, por meio de sua Secretaria de Saúde, procedeu à entrega do medicamento no dia 23 de novembro de 2009, ou seja, mais de um mês após da prolação da decisão judicial. Esse fato corrobora as questões levantadas neste trabalho sobre a falta de celeridade na resolução das demandas relacionadas à saúde, ainda que por meio de decisão

²³⁶ Supremo Tribunal Federal Brasil, RE nº 855178/SE (Brasília).

judicial, reforçando, assim, que se depender apenas de decisão judicial, pode acarretar no perecimento irreversível do direito.

Em que pese o fornecimento do medicamento tenha se concretizado e o magistrado tenha confirmado a tutela antecipada em sede de sentença, infelizmente a autora da ação faleceu, o que provocou a extinção da obrigação de fazer. Contudo, a União irressignada com a decisão de cofinanciamento, que a obrigava a pagar metade do valor despendido com o medicamento, recorreu por meio do recurso de apelação ao Tribunal Regional Federal da 5ª região.

Por seu turno, o Tribunal Regional Federal manteve a decisão do juízo *a quo*, fundamentando sua decisão na solidariedade entre os entes federativos, atribuídas pela Constituição, ainda que normas infraconstitucionais tragam repartições de atribuições.

Ainda não satisfeita com a decisão judicial colegiada, a União utilizou-se do Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal para que fosse enfrentada a questão constitucional de fundo, qual seja, se haveria a solidariedade em questões relativas à prestação do direito à saúde. Por se tratar de discussão que ultrapassa os interesses jurídicos das partes envolvidas, tendo em vista que versa sobre atribuições constitucionais, foi admitida sua repercussão geral²³⁷.

Em sua defesa, a União argumentou que não seria parte legítima, tendo em vista que diante das disposições infraconstitucionais e dos princípios da descentralização e hierarquização, os Estados-membros que teriam obrigação de prestar o medicamento e tratamento médico necessário para restabelecer a saúde dos indivíduos.

Alegou ainda que ao repassar os recursos obrigatórios previstos na legislação pertinente já cumpriu sua obrigação, não podendo ser responsabilizado mais uma vez, pois isso a colocaria em uma posição de garante universal em questões relacionadas a saúde, o que seria uma ingerência indevida do Poder Judiciário, trazendo como consequência a imprevisibilidade no orçamento público.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal ao analisar a controvérsia, corroborou o entendimento das demais instâncias, fixando tese de repercussão geral, no sentido de que a Constituição Federal adotou a competência comum entre os entes federativos, sendo estes solidariamente responsáveis, em demandas prestacionais na área de saúde. Os critérios de descentralização e hierarquização devem ser utilizados para guiar as formas de cumprimento da obrigação, mas que não exime os demais entes de ressarcir ao ente que suportou o ônus financeiro.

²³⁷ Repercussão Geral é um instrumento processual introduzido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº45. Visa selecionar os Recursos Extraordinários (REs) que serão apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Com essa decisão, do Supremo Tribunal Federal deixou claro que o autor da ação poderá demandar em face de qualquer dos entes federativos, em conjunto ou isoladamente, para que forneça medicamento ou tratamento médico necessário.

Em sendo assim, restam superadas as questões processuais relativas à legitimidade dos entes federativos, o que possibilita demandar em face de um ou de todos, que mesmo que a demanda seja considerada de atribuição de um ente federal específico por critério de descentralização e hierarquização.

Essa também foi uma questão suscitada em uma demanda presencial em tramitação na CAMEDS, que precisou de homologação judicial do acordo. A demanda coletiva versava sobre o pagamento a particulares que prestavam serviços médicos ao município de Imperatriz-MA, sendo categorizado na saúde complementar, conforme descrição já abordada anteriormente. Após as tratativas, as partes desejaram que o termo de acordo passasse por uma homologação judicial.

Ao ser homologado, o acordo passa a ter a natureza de título executivo judicial, conforme o art. 515 do Código de Processo Civil. Esse procedimento é importante para agilizar o cumprimento do acordo, caso advenha um eventual inadimplemento dos seus termos por qualquer das partes.

Outra problemática no sistema de justiça brasileiro é o não cumprimento de acordos e até mesmo de decisões judiciais. Há uma crise de efetividade no cumprimento de demandas judiciais e extrajudiciais, e por conta disso, há instrumentos que visam compelir o devedor a cumprir a obrigação.

Com a homologação, essas medidas podem ser requeridas ao juiz com maior rapidez, tendo em vista que não mais se discute os termos do acordo, tampouco se verificam questões de mérito, pois esse título garante que essas questões já foram discutidas e superadas.

Em sendo assim, chegou-se à conclusão de que embora a matéria fosse primordialmente relativa ao direito questionável perante a Justiça Estadual, por se tratar de contratos firmados pelo Município de Imperatriz para a prestação de serviços médicos por particulares, não se poderia afastar a responsabilidade da União, tendo em vista a solidariedade que se verifica entre os entes federativos na prestação do direito à saúde.

A conclusão do Supremo Tribunal Federal, mencionada acima, reforçou a possibilidade de os acordos firmados perante a CAMEDS serem homologados pela Justiça Federal, já que seria do interesse da União que a demanda fosse definitivamente solucionada, uma vez que esta pode ser demanda como ré. Além disso, a resolução da demanda de forma consensual diminui os custos com a

movimentação da máquina do Poder Judiciário Federal, que é arcada pela própria União.

Desse modo, a atribuição da CAMEDS pode abarcar não somente as demandas relativas ao órgão público responsável diante dos critérios de hierarquia e descentralização, como também pode demandar a União.

Além disso, nada impede que também seja utilizada para mediar questões pertinentes a demandas relativas à saúde suplementar, embora nesse caso não se visualize a possibilidade de homologação pela Justiça Federal, razão pela qual, em caso de falta de cumprimento, sua finalidade resta esvaziada.

5.3.4 Demandas Individuais na CAMEDS

Com o intuito de se responder à pergunta cerne desta investigação, qual seja, se a mediação, meio alternativo de resolução de conflitos, se mostra adequada para a resolução de demandas relativas ao direito à saúde e se é um meio célere, adotou-se alguns procedimentos metodológicos.

De início, realizou-se levantamento de dados quantitativos, por meio de coleta secundária de dados, ou seja, por meio da análise de documentos que já estavam catalogados na sede da CAMEDS.

Os números apresentados foram colhidos entre os anos de 2017 e 2020, divididos por mediação individual e mediação de demandas presenciais.

Analisando os dados, percebe-se que no ano de 2017 houve uma procura expressiva pela resolução de conflitos de forma extrajudicial utilizando a CAMEDS. Os bons serviços prestados foram reconhecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, no VIII Prêmio Conciliar é Legal²³⁸.

No ano de 2017, foram apresentadas 134 demandas individuais, das quais 100 demandas foram solucionadas e 34 demandas não foram solucionadas. Assim, numericamente, infere-se que aproximadamente 75% das demandas foram solucionadas. Ou seja, o percentual de resolutividade foi considerado bom, levando-se em conta que se tratava de um meio alternativo de composição de litígio, em que as próprias partes encontraram uma solução, sem acionar o Poder Judiciário por meio de ajuizamento de uma ação.

Seguindo na análise, embora a CAMEDS tenha apresentado um percentual de êxito considerado bom, tendo em vista que solucionou mais da metade dos casos postos à apreciação, percebe-se que no ano 2018 as demandas apresentadas

²³⁸ Associação dos Juizes Federais, 'Justiça Federal é Reconhecida No VIII Prêmio Conciliar é Legal', 2018 <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/10410-justica-federal-e-reconhecida-no-viii-premio-conciliar-e-legal>> [accessed 25 November 2020].

começaram a decair. Somente chegaram à CAMEDS 65 demandas individuais. Desse total, 15 demandas não foram solucionadas. Nesse passo, percebe-se que o percentual de demandas solucionadas foi de 77%, índice superior ao ano de 2017.

No ano de 2019, porém, as demandas continuaram em decréscimo, mesmo apresentando um bom índice de resolutividade nos anos anteriores, sendo registrados apenas 20 casos, dos quais 9 não foram solucionados. Impende destacar que no referido ano houve decréscimo de demandas apresentadas e do percentual de resolutividade, tendo em vista que 55% das demandas não foram solucionadas.

Por sua vez, no ano de 2020 constataram-se os menores índices de resolutividade e de procura pela CAMEDS, pois apenas 9 demandas foram apresentadas, das quais 3 não foram solucionadas, alcançando-se, assim, 33% o percentual de demandas que obtiveram êxito na solução consensual do conflito.

Os dados quantitativos colhidos levantaram um questionamento que não foi previsto como um objetivo específico da investigação, mas que ao final relevaram dados importantes para a resposta ao problema deste trabalho. Certamente deveria ser investigado o porquê da diminuição das demandas apresentadas, já que nos primeiros anos de funcionamento, obteve-se um percentual de resolutividade elevado.

Para responder a esse questionamento, foi necessário adotar outro procedimento metodológico, consistente em investigação qualitativa através da coleta de dados de forma primária, e para tal finalidade, elegeu-se a entrevista e o questionário, utilizando-se da técnica da análise do discurso.

De início, o caminho metodológico eleito para se atingir a finalidade pretendida apresentava como percalço a confidencialidade, ou seja, o dever de manter o anonimato das partes envolvidas. A confidencialidade é assegurada aos participantes da mediação por meio de termo de cooperação.

Em sendo assim, não haveria como os mediadores e participantes da CAMEDS revelarem dados e nomes para que a pesquisadora pudesse realizar entrevista e questionários, sem ferir os compromissos firmados de manter em sigilo a identidade daqueles que buscam a Câmara.

Para superar essa dificuldade metodológica, buscou-se a Defensoria Pública, que é o órgão responsável por prestar assistência jurídica àqueles que são considerados hipossuficientes.

A escolha da Defensoria para aplicar questionário sobre a CAMEDS deu-se porque, como já se demonstrou com base em dados do IBGE, grande parte das pessoas que buscam os serviços do SUS não possuem muitos recursos econômicos, afirmação também lastreada nos dados já colacionados. Em virtude de escassos

recursos econômicos, não há como contratar advogados, razão pela qual essas pessoas buscam a Defensoria Pública.

Dentre os dois defensores que atuam no Direito à Saúde, somente um deles teve experiência com a CAMEDS e embora o outro não tenha tido experiências prévias a essa investigação, também buscou-se saber o porquê de esta não ter ocorrido.

Foi questionado a ambos a respeito da experiência que tiveram na CAMEDS, por meio de perguntas abertas, para que pudessem explicar os motivos que os levaram a deixarem de utilizar a CAMEDS, como método de resolução alternativo de conflitos relativos à saúde.

Um dos defensores participantes relevou que apesar de ser uma iniciativa que aproxima o diálogo das partes, não tem o condão de resolver as lides em tempo hábil. Afirmou que a demora na solução das lides decorre do fato de que não há uma fixação de prazo para que as autoridades possam solucionar a demanda.

Além disso, quando se trata de demanda já judicializada, segundo a sua percepção, os juízes costumam submeter a demanda à CAMEDS antes de decidir sobre o pedido de tutela antecipada, como se “fosse uma etapa a mais no processo”.

Em que pese essa conduta esteja de acordo com o Código de Processo Civil, na perspectiva do defensor, como se trata de demanda de saúde, não há tempo para aguardar a apresentação de uma proposta pelo Estado. Em sendo assim, o juiz deveria decidir de pronto, sem aguardar a manifestação da parte contrária, ou fixar um tempo exíguo para que se manifeste.

Portanto, em razão da demora e da falta de fixação de prazo, os defensores relatam que se sentiram desestimulados a procurar a Câmara de Mediação como meio alternativo de conflito.

Já na perspectiva de outra mediadora entrevistada, que faz parte da CAMEDS desde a sua implantação, o lapso temporal de tramitação das demandas, embora não possuam um padrão de tempo para sua resolução, de maneira geral é rápida, pois já mediou demandas que foram solucionadas em trinta minutos, outras em uma semana e infelizmente também já participou de outras que levaram um ano.

Revela que não há como formar um padrão de demandas que são mais facilmente solucionadas em detrimento de outras, mas que em sua visão, a resolutividade perpassa por disposição de recursos, mas também pela boa vontade do gestor público, ou seja, também é imbuído de voluntarismo.

Destacou dois casos emblemáticos, sem relevar identidades ou dados que possam caracterizar as partes. O primeiro deles denominaremos de caso A.B, tratava-se de uma criança que apresentava uma cardiopatia. Para tratá-la era necessária a

sua transferência para o Município de São Luís, capital do Estado do Maranhão, já que no seu Município de residência não havia especialistas disponíveis para realizar a cirurgia necessária. A demanda foi submetida à CAMEDS por meio da Defensoria Pública e foi solucionada uma semana após sua propositura.

Após a liberação para o tratamento fora do domicílio – TFD, a criança foi examinada e constatou-se que a cirurgia não poderia ser realizada porque a pequena paciente apresentava quadro de desnutrição, o que era um empecilho para a realização cirúrgica.

Em sendo assim, foi mantida por oito meses, custeada pelo Estado do Maranhão, em uma casa de apoio, recebendo alimentação especial, para que pudesse, enfim, realizar o procedimento cirúrgico. Ao final dos oito meses, a cirurgia foi realizada com sucesso.

Esse relato da entrevistada é para ilustrar que dificilmente uma ação judicial teria sido apreciada no prazo de uma semana, tendo em vista as taxas de congestionamento no Poder Judiciário.

Em outra perspectiva, citou o caso da menina, que ficticiamente será denominada de Luiza. Nesse caso, a menina de 13 anos teve sua demanda submetida à CAMEDS também por intermédio da Defensoria. Inicialmente pleiteava uma consulta básica com oftalmologista, pois acreditava que precisava trocar de óculos de grau por estar com grande dificuldade visual.

A menina estava na fila de espera na rede básica de atendimento do Município de Imperatriz há mais de um ano, para que obtivesse consulta com oftalmologista.

Em que pese os esforços dos mediadores, não lograram obter respostas dos gestores Municipais e a demanda se prologava. A mediadora, então, buscou a resolução da demanda fora da CAMEDS, em uma iniciativa pessoal, apelando para solidariedade de médicos particulares.

No dia da consulta, infelizmente foi constatado que não se tratava apenas de uma mudança nos óculos de grau, mas tratava-se de uma doença degenerativa que se tivesse sido diagnosticada e tratada até os cinco anos de idade, seria perfeitamente reversível, mas no atual momento, não mais. A perda de visão seria progressiva e definitiva.

O que ocorreu com esta jovem demandante foi a omissão do Estado em fornecer tratamento básico desde o seu nascimento. A mãe da demandante alegou que tomou conhecimento do problema de saúde da filha ainda na primeira infância e que buscou agendar a cirurgia, mas como encontrou dificuldades, deixou de procurar. Acreditou que somente com o uso dos óculos de grau a visão seria corrigida.

Impende destacar que a família da demandante é considerada de baixa escolaridade e com vulnerabilidade social. De modo que não possuía conhecimento sequer dos meios que deveria procurar para tentar solucionar a questão. Tanto o é, que essa demanda somente chegou à Defensoria e posteriormente à CAMEDS, por intermédio da diretora da escola que percebeu que a aluna possuía dificuldade em realizar leituras por conta da baixa acuidade visual.

Esse relato demonstra como é importante a manutenção de meios acessíveis para que as pessoas que necessitem de um tratamento médico possam ao menos ser orientados de como proceder. Ainda que não seja solucionada na própria Câmara de Mediação.

Voltando ao cerne da questão, qual seja, a celeridade na resolução de demandas, na visão de um dos entrevistados, também mediador da CAMEDS, as demandas que foram solucionadas apresentaram um tempo médio de tramitação de 30 dias. Asseverou que a CAMEDS, nas demandas virtuais e, portanto, individuais, não há o emprego de técnicas de mediação propriamente ditas, uma vez que as partes não discutem entre si as formas de resolução. Há uma discussão entre os gestores públicos, mas não entre o demandante e os demandados. A proposta é elaborada entre os gestores públicos e apresentada por intermédio do mediador ao demandante.

O método adotado pela CAMEDS, em sua visão, é de intermediar o diálogo das partes, tendo em vista que a administração pública é excessivamente burocratizada. Esse diálogo facilitado proporciona maior celeridade na resolução de demandas, embora nem todas tenham sido solucionadas.

O entrevistado afirma ainda que a CAMEDS possui um efeito pedagógico, qual seja, ensinar os demandantes a solucionar suas pretensões *per sí*, sem a necessidade de intermediários. Atribui, assim, a diminuição do número de demandas, ao desenvolvimento da capacidade das partes em buscar soluções sem intervenção de terceiros.

Com relação a essa questão, outra mediadora entrevistada, atribuiu a diminuição da demanda no ano de 2020 às dificuldades relativas à pandemia da COVID-19, pois muitas pessoas deixaram de buscar atendimento básico e cirurgias eletivas por medo da contaminação com o coronavírus.

De posse desses dados, analisando tanto os dados quantitativos, quanto os qualitativos, chega-se à conclusão de que a diminuição do número de demandas ocorreu por desestímulo da Defensoria em buscar a CAMEDS, por entender ser moroso e não eficiente, mesmo diante dos dados quantitativos apresentados.

A pobreza da região onde instalada a CAMEDS faz com que o serviço da Defensoria Pública seja extremamente relevante e muito utilizado. A mudança de estratégia no referido órgão público que deixou de se utilizar dos serviços da CAMEDS certamente impactou na diminuição dos números de demandas apresentadas.

Considerando que a Defensoria tem um grande volume de trabalho, pois segundo os dados apresentados pela própria instituição, ajuizou no ano de 2019, no município de Imperatriz, aproximadamente 1.200 ações judiciais relativas ao direito à saúde, a apresentação da demanda perante a CAMEDS seria uma etapa a mais na busca do direito à saúde, consumindo tempo, que muitas vezes o paciente não dispõe.

Não se pode negar também que a participação em tratativas e negociações com gestores públicos, ainda que com o auxílio de mediadores da CAMEDS, demanda tempo e dispêndio de energia e utilização de técnicas de convencimento. Assim, transferir a responsabilidade da solução do litígio ao Poder Judiciário, por meio do emprego de peças processuais que estão dentro da esfera de domínio dos Defensores Públicos se apresenta como meio mais cômodo e dentro de suas funções.

O efeito pedagógico, citado pelo entrevistado, pode ser considerado como fator que pode ter repercutido na quantidade de demandas levadas à CAMEDS. Por outro lado, é sabido que esse efeito costuma ser percebido a longo prazo, tendo em vista que envolve mudanças de posturas e de cultura de resolução de conflitos de forma alternativa. A comunicação não violenta e a disposição em solucionar conflitos por meio alternativos precisa ser cultivada com boas práticas e de forma reiterada para que possa se consolidar no imaginário coletivo.

Portanto, com relação a demandas individuais, embora nem todas as demandas tenham sido solucionadas, a CAMEDS demonstrou ter sido um instrumento satisfatório para a concretização do direito à saúde, notadamente se comparado ao tempo de tramitação de uma ação judicial, em que pese, haja o instituto da tutela antecipada para evitar o perecimento de direitos, que no caso da saúde, podem ser irreparáveis.

De fato, apresenta-se como medida que deveria ser adotada pela CAMEDS a fixação de prazo para que os gestores apresentem soluções às demandas, de acordo com o grau de urgência de cada uma delas. As demandas poderiam ser classificadas como muito urgentes, para as quais seria estipulado prazo de até 24h para apresentação de solução; urgentes, que permitiriam um tempo um pouco maior para solução, com a fixação de prazos variáveis de 24 horas a uma semana; e casos estáveis, como por exemplo, no caso de realização de cirurgia eletiva, podendo ser concedido o prazo de uma semana a um mês para a solução definitiva.

Por óbvio que a fixação de prazo deve ser construída a partir de um consenso entre os mediadores da CAMEDS, defensores públicos e os gestores públicos para

que seja, assim, cumprido. Uma definição de prazo acordada tem maiores chances de serem cumpridas, pois até menos por se tratar de um recurso extrajudicial, não há como estabelecer prazos de forma cogente.

Acredita-se que adotando essa postura a CAMEDS se alinhará com os anseios dos demandantes individuais, bem como com as expectativas da Defensoria Pública, para que volte a provocar a Câmara como um meio alternativo de resolução de conflitos.

Isso não significa que se está dificultando o acesso ao Poder Judiciário, como uma “etapa a mais no processo”, conforme expôs um entrevistado em seu questionário e sim uma forma de provocar o Estado a assumir responsabilidades, pressionando-o a atender a demanda de forma célere e mais organizadas, pois passa a ter o domínio do desfecho da lide, que não será simplesmente imposta por estranho ao sistema de saúde, no caso o órgão jurisdicional.

Entendo que pode parecer uma visão romantizada e desconexa da realidade, uma vez que há gestores que deixam de cumprir até mesmo decisões judiciais, mas é preciso mudar a cultura, apesar de esta não ser uma questão fácil e que não se alcança em um curto período.

A mudança de cultura perpassa por conhecimento, estudo, convencimento racional. Nesse ponto, a CAMEDS tomou uma importante iniciativa de realizar treinamento em mediação e práticas de resolução de conflitos por meios alternativos para servidores públicos e gestores públicos.

Contudo, a adesão foi incipiente, tendo em vista que somente seis destes que compõe o público-alvo do treinamento compareceram. Esse dado demonstra a falta de interesse dos servidores públicos e gestores públicos de resolverem as demandas relativas à saúde por meio extrajudicial, tendo vista, que como já afirmado, é mais simples e conveniente não assumir responsabilidades, deixando a decisão por conta do Poder Judiciário.

Como já foi defendido, a judicialização acaba por beneficiar o mau gestor, tendo em vista que diante de uma decisão judicial ele está legitimado a fazer retiradas orçamentárias, que não estavam inicialmente previstas em lei própria.

Em sendo assim, diante da avaliação dos dados, a experiência da CAMEDS se mostrou positiva com relação ao percentual de êxito em seu primeiro ano de funcionamento, bem como uma procura relativamente elevada. Contudo, no decorrer dos anos, percebeu-se o desestímulo em sua participação, seja pela falta de fixação de prazos, seja pelo desinteresse dos órgãos públicos que mais utilizavam esse serviço.

Portanto, respondendo à pergunta principal, se a mediação é um meio mais célere de se resolver conflitos relativos ao direito à saúde, não houve como precisar um padrão que se repetia, tendo em vista que havia casos resolvidos em meia hora, 24 h, uma semana e até dentro de um mês. O que se apreendeu é que dos casos que foram solucionados, estes não se protraíram demasiadamente no tempo.

Por esse motivo, acredita-se que a medida simples de fixar prazos para proposição de soluções, ainda que em escalas, de acordo com o grau de complexidade, pode auxiliar na retomada de confiança do demandante e seu defensor, bem como pressionar o gestor público a ser mais célere em sua proposição de resolução da demanda.

5.3.5 Demandas presenciais na CAMEDS

Com relação às demandas presenciais, a mediação ocorre na sede da CAMEDS, em um ambiente que facilita o diálogo das partes, assistidos por um mediador. Nesse tipo de demanda, seguindo a sistemática de funcionamento da CAMEDS, são utilizadas verdadeiramente técnicas de mediação.

Na mediação presencial, ambas as partes possuem poder para construir uma solução conciliada. No primeiro modelo utilizado nas demandas individuais, há uma aproximação das partes, mas não há discussão entre elas de como se chegar a uma proposta que satisfaça ambas as partes.

Nas demandas presenciais, de um lado temos o Poder Público e de outro particulares, prestadores de serviço público na área da saúde, discutindo não mais os próprios Direitos Humanos Fundamentais, como o direito à saúde e, sim, discutindo questões patrimoniais, no qual o particular pode dispor livremente.

As demandas presenciais que chegaram à CAMEDS versam sobre falta de pagamento de verbas devidas a instituições particulares que prestaram serviço de saúde, na modalidade da saúde complementar. Conforme discorreu-se anteriormente, pelas regras da saúde complementar, o Estado pode contratar instituições particulares para prestar serviços de saúde, seguindo determinados critérios, tendo natureza de serviço público ao usuário.

Uma das demandas coletivas levadas à CAMEDS foi relativa ao restabelecimento do serviço de hemodiálise, que era prestado de forma complementar no Município de Imperatriz-MA.

Diante no atraso de pagamento, a instituição prestadora do serviço ameaçou paralisá-lo caso o Município não tomasse medidas para regularizar as questões da contraprestação financeira.

Em sendo assim, essa era uma demanda de interesse coletivo, tendo em vista que não afetava somente a pessoa jurídica que estava prejudicada no recebimento de sua contraprestação fixada em contrato, mas todos aqueles que necessitavam desse tratamento contínuo e de vital importância para quem precisa realizá-lo.

Destaca-se que existe um regramento próprio na Administração Pública que prevê que os particulares contratados para prestar algum serviço de caráter público, não podem interromper sua prestação, em caso de atraso de pagamento pelo período de até 90 dias. Contudo, não havia como a pessoa privada continuar prestando o serviço sem receber a devida contraprestação, tendo em vista que esse serviço não implica somente em mão de obra, mas também na utilização de insumos. Esse era um problema real que foi solucionado mediante acordo na CAMEDS.

Assim, verificou-se que no ano de 2017, foram apresentadas 77 demandas presenciais com o intuito de solucionar conflitos com o mesmo objeto, regularização de pagamentos de instituições privadas que prestavam serviço de caráter público. Essas demandas se originaram por má gestão do orçamento público, dando ensejo, inclusive, a ações judiciais que responsabilizavam os gestores.

Importa salientar que houve grande êxito nas mediações presenciais, as quais alcançaram mais de 12 milhões de reais em acordos. Portanto, pode-se classificar que foi um método rápido e adequado de resolução da problemática posta em apreciação.

A redução na apresentação dessas demandas perante a Câmara deu-se por um motivo claro: as demandas foram regularizadas e houve mudança de gestão municipal, por meio de eleição de novo prefeito. Deve-se considerar que as demandas costumam aparecer com maior frequência entre as trocas de comando do Poder Executivo, nas quais gestores não cumprem determinados contratos, deixando a dívida para a próxima gestão. Essa conduta não é correta e não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, ensejando, inclusive, a responsabilização do mau gestor por improbidade administrativa, na forma prevista na lei nº 8.429/1992.

Portanto, respondendo a pergunta principal, para esse tipo de demanda a mediação se mostrou um meio célere, considerando o tempo que levaria de tramitação, caso fosse levado à apreciação do Poder Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adotou-se a priori, por questões metodológicas, a revisão da literatura a respeito dos Direitos Humanos Fundamentais e suas características, como forma de demonstrar que esses direitos, embora tenham uma proteção denominada de

multinível, muitas vezes a reparação em questões relativas à saúde são tardias. E justiça tardia, nas palavras de Rui Barbosa²³⁹, “não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Significa que quando os casos chegam à apreciação dos Tribunais de Direitos Humanos, que todo um sistema de proteção interna de um país falhou.

Não implica dizer que não seja necessário criarmos essa “proteção em camadas”, pelo contrário, é uma chance a mais que o indivíduo lesado em seu (s) Direitos Humanos Fundamentais possuem de tê-los reconhecidos e reparados. Mas é inevitável a constatação de que ao procurá-los significa que o sistema de proteção pátrio não foi capaz de adotar uma conduta que permitisse a concretização ou ao menos reparação desses direitos.

Seguiu-se em uma análise descritiva e crítica sobre a proteção do direito à saúde no Brasil, descrevendo sua proteção constitucional e infraconstitucional, a fim de contextualizar a pesquisa realizada. Para tanto, foi importante perpassar por alguns regramentos do Sistema Único de Saúde-SUS, para que se tivesse um panorama de seus principais princípios, sua complexidade, grande abrangência e sua importância para a população brasileira, mesmo que não se ignore suas deficiências.

Essa descrição é relevante para a compreensão das dificuldades de implementação do direito à saúde e como estas levam ao fenômeno da judicialização da saúde.

A judicialização, no contexto brasileiro, trouxe como resultado altas taxas de congestionamento do Poder Judiciário, o que implica dizer que o sistema judicial brasileiro recebe mais demandas do que consegue julgar em um tempo considerado razoável.

Por outro lado, a busca pelo Poder Judiciário para que defina questões das mais variadas matérias faz com que ele ganhe protagonismo no Brasil. Esse protagonismo é fortalecido pela crise de legitimidade vivenciada pelos demais poderes da República.

A judicialização nos leva, de maneira geral, a uma espera prolongada por uma tutela jurisdicional. Essa observação, baseada no cotidiano prático e em dados estatísticos levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, suscitam os questionamentos norteadores desta pesquisa. Seria eficiente solucionar demandas relativas ao direito à saúde sem a necessidade de ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário? A mediação, como um meio alternativo de resolução de conflitos, seria mais célere para obter pretensões relativas ao direito à saúde?

²³⁹ Rui BARBOSA, *Oração Aos Moços*, 5ª (Rio de Janeiro: Fundação Rui Barbosa, 1999) <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmoccos.html>>.

Para tentar responder esses questionamentos adotou-se o estudo de caso como estratégia de pesquisa, por ter um cunho exploratório. Assim, escolheu-se, como objeto do estudo de caso, a Câmara de Mediação em Direito da Saúde - CAMEDS, em funcionamento na cidade de Imperatriz- MA.

De início buscou-se coletar dados quantitativos, que foram levantados de maneira secundária, ou seja, de acordo com banco de dados previamente produzidos pelos mediadores da CAMEDS. Esses dados foram relevantes para demonstrar que em um primeiro momento as perguntas sobre a adequação e celeridade seriam de pronto preenchidas, principalmente no que diz respeito ao seu primeiro ano de funcionamento, em 2017.

Contudo, aos analisar os dados, percebeu-se que apesar dos bons resultados obtidos, nos anos seguintes, a procura pela CAMEDS foi decrescendo, o que levantou o questionamento do que estaria provocando essa queda.

Pelo contexto vivenciado, poder-se-ia argumentar que essa diminuição foi provocada por rearranjos na gestão pública municipal, tendo em vista que foi no período de mudança de gestores. Mas essa hipótese foi descartada porque mudanças desse nível, mantendo o orçamento e em curto espaço de tempo, não seriam possíveis.

Foi levantado também por um dos mediadores entrevistados o efeito pedagógico que a CAMEDS poderia ter surtido, de modo que as partes não precisavam mais de intermediação, uma vez que estariam solucionando os litígios de forma autônoma. Mas essa hipótese, apesar de manter certa lógica, esbarra no curto espaço de tempo em que constatado o declínio na procura pela CAMEDS. Sabe-se que mudança cultural um tempo maior para se consolidar. A mudança de cultura do litígio é multifatorial, não se pode levar em conta apenas a boa vontade das partes em solucionar problemas de forma extrajudicial, é preciso também dispor de recursos e de uma gestão mais eficiente.

Com relação às demandas individuais, embora tenham sido utilizadas pela CAMEDS as técnicas de mediação propriamente ditas, o modelo de aproximação das partes pelo diálogo é uma boa iniciativa para prevenir a ocorrência de litígios judiciais e solucioná-los de maneira célere. O que também aumentou o interesse em descobrir o motivo das demandas que chegavam CAMEDS terem diminuído ano após ano, depois dos bons resultados observados em seu primeiro ano de implementação.

A dificuldade metodológica encontrada nesse ponto é que ao assinar um termo de cooperação, as partes ficam obrigadas ao dever de confidencialidade, razão pela qual, não se poderia ter acesso ao conteúdo dos acordos com a devida identificação das partes.

Assim, a saída adotada foi realizar questionário junto à Defensoria Pública, órgão que assistia a maioria dos demandantes que recorriam à CAMEDS. Nesse questionário, formularam-se perguntas abertas para os dois defensores que atuam nas demandas de saúde. Um deles afirmou que sequer levou demandas de saúde à CAMEDS por acreditar que não era um meio adequado e tampouco célere de resolver questões relativas a essa categoria de direitos.

O outro defensor, ao responder o questionário, afirmou que tinha experiência com a CAMEDS, mas acreditava que não se tratava de um meio célere e adequado, porque não há um prazo pré-estabelecido para que os gestores públicos apresentem uma solução e que seria uma “etapa a mais” no processo.

Para solucionar essa questão, apresenta-se como relevante a apresentação de proposta de fixação de marcos temporais para que os gestores públicos solucionem as demandas. Essa fixação de tempo pode levar em consideração uma escala de urgência, variando o prazo de 24 horas, para demandas muito urgentes, passando por até uma semana, para demandas urgentes e chegando a até um mês, para demandas estáveis.

Com relação às demandas classificadas de presenciais, essas de fato ficaram mais escassas por questões provavelmente relacionadas à melhoria na gestão do orçamento público. A nova gestão conseguiu regularizar débitos da gestão passada. Contudo, infelizmente, essas demandas costumam se repetir quando há troca no comando da Administração Pública municipal, em que alguns gestores deixam de cumprir obrigações assumidas legalmente.

Uma verdadeira mudança na forma de solucionar os litígios perpassa, assim, pelo conhecimento e o despertar de uma cultura de não judicialização, o que implica necessariamente no fortalecimento dos demais Poderes. Se o Poder Executivo for eficiente em cumprir seus compromissos de implementação de políticas públicas e concretização de Direitos Humanos Fundamentais, não será necessário acionar o Poder Judiciário com tanta frequência.

Assim, o que se percebeu é que várias demandas postas em apreciação na CAMEDS foram solucionadas de forma satisfatória e célere, mas algumas adequações devem ser feitas para que a procura pelos serviços volte a crescer.

A mediação extrajudicial demonstrou ser um meio adequado para a resolução de conflitos relativos à saúde por solucionar grande parte dos conflitos postos em apreciação, mas ressalta-se que ainda há um longo percurso para se aperfeiçoar, principalmente porque demanda o fortalecimento do Poder Executivo, o que implica em reorganização da gestão financeira, combate à corrupção, desenvolvimento da cultura da resolução de conflitos de forma extrajudicial, por meio da comunicação não

violenta, cursos de gestão de conflitos para os servidores públicos e agentes políticos, campanhas de conscientização da população de como proceder diante de uma lide de saúde.

Referências

- Agência Brasil, 'Crescem Queixas Contra o Brasil Na Comissão de Direitos Humanos Da OEA | Agência Brasil', 2017 <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-11/aumentam-queixas-contra-o-brasil-na-comissao-interamericana-de>> [accessed 29 October 2020]
- Agência IBGE, 'Analfabetismo Cai Em 2017, Mas Segue Acima Da Meta Para 2015', 2018 <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21255-analfabetismo-cai-em-2017-mas-segue-acima-da-meta-para-2015>> [accessed 26 October 2020]
- , 'Em 2018, Expectativa de Vida Era de 76,3 Anos', *Governo Federal*, 2019 <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos>> [accessed 26 October 2020]
- ALVES, Felipe Cerqueira, 'Compreender a Carta Social Europeia Revista: Convenções Internacionais e Os Seus Efeitos Nas Ordens Jurídicas Nacionais', *Revista Jurídica de Los Derechos Sociales*, 2017
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976* (Coimbra: Almedina, 1998)
- ANDRADE, Régis Willyan da Silva, 'O Diálogo Entre Os Direitos Fundamentais e Os Direitos Humanos Para Criação de Um Sistema Jurídico Multinível', *Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria Do Direito*, 9.1 (2017), 75–89 <<https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.08>>
- Associação dos Juízes Federais, 'Justiça Federal é Reconhecida No VIII Prêmio Conciliar é Legal', 2018 <<https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/10410-justica-federal-e-reconhecida-no-viii-premio-conciliar-e-legal>> [accessed 25 November 2020]
- BARBOSA, Rui, *Oração Aos Moços*, 5ª (Rio de Janeiro: Fundação Rui Barbosa, 1999) <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmoccos.html>>
- BARROSO, Luís Roberto, *A Judicialização Da Vida e o Papel Do Supremo Tribunal Federal* (Belo Horizonte: Fórum, 2018)
- , 'Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática', *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, 2009, 17–32 <<https://doi.org/10.12957/synthesis.2012.7433>>
- BISPO JÚNIOR, José Patrício, 'RESENHAS REFORMA SANITÁRIA BRASILEIRA: CONTRIBUIÇÃO PARA A COMPREENSÃO E CRÍTICA . Paim JS . Salvador: Edufba / Rio de Janeiro: Edi- Por Que a Reforma Sanitária Não Cumpru o Que Prometeu?', *Caderno de Saúde Pública*, 25.8 (2009), 1866–67
- BITTAR, Eduardo, and Guilherme ALMEIDA, *Curso de Filosofia Do Direito*. p. 307, 7. ed (São Paulo: Atlas, 2009)
- BOBBIO, Norberto, *Teoria Geral Do Direito*, 2. ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2008)
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 17. ed. (São Paulo: Malheiros, 2005)
- BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo, *Advocacia Pública e Solução Consensual Dos Conflitos* (Salvador: Editora JusPodivm, 2018)
- CABACINHA, Paulo Máximo de Castro, *O Poder Judiciário Nacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Diálogo Ou Indiferença?* (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020)

- CAMARGO, Angélica Ricci, 'Ministério Da Justiça e Negócios Interiores: Um Percurso Republicano (1891-1934)', *Cadernos MAPA Memória Da Administração Pública Brasileira*, 11, 2015
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria Da Constituição* (Coimbra: Almedina, 2007)
- , 'O Direito Constitucional Como Ciência de Direcção - o Núcleo Essencial de Prestações Sociais Ou a Localização Incerta Da Socialidade (Contributo Para a Reabilitação Da Força Normativa Da Constituição)', in *Direitos Fundamentais Sociais*, 2. ed (São Paulo: Saraiva, 2015), p. E-Book
- CARDOSO, Daniel, *Judicialização Da Saúde: Solução Ou Parte Do Problema?* (Londrina: THOTH, 2020)
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 30 ed. (São Paulo: Atlas, 2016)
- CASSIN, René, 'Droits de l'homme et Méthode Comparative', *Revue Internationale de Droit Comparé*, 20.3 (1968), 449–92
<<https://doi.org/https://doi.org/10.3406/ridc.1968.17170>>
- CNS, 'Histórico Do Conselho Nacional de Saúde', *Conselho Nacional de Saúde*, 2018
<<http://conselho.saude.gov.br/historico-cns>> [accessed 26 October 2020]
- , *Regimento Interno Do Conselho Nacional de Saúde* (Brasil: DOU nº 47, de 11 de março de 2009, 2009)
<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2008/res0407_12_09_2008.html>
- Conseil de l'Europe, *La Sécurité Sociale Comme Droit de l'Homme* (Éditions du Conseil de l'Europe, 2007)
- Conselho Nacional de Justiça, *Judicialização Da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Proposta de Soluções* (Brasília, 2019)
- , *Justiça Em Números* (Brasília, 2018)
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>
- , *Relatório Justiça Em Números - CNJ* (Brasília: CNJ, 2020) <www.cnj.jus.br>
- , *SUMÁRIO EXECUTIVO - JUSTIÇA EM NÚMEROS* (CNJ, 2020)
- Consultor Jurídico, 'O Volume de Processos Envolvendo o Estado Prejudicam Acesso Do Cidadão à Justiça', 2015 <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-10/volume-aco-es-envolvendo-estado-prejudicam-acesso-justica>> [accessed 5 January 2020]
- CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direitos Fundamentais Fundamentos & Direitos Sociais, Coleção Erasmos, Ensaios e Monografias* (Lisboa: Quid Juris, 2014)
- Dworkin, Ronald, *Levando Os Direitos a Sério*, 3ª edição (São Paulo: Martins Fontes, 2010)
- European Court of Human Rights, 'Convention Européenne Des Droits de l'homme', 1950 <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fre>> [accessed 28 October 2020]
- , *LA COUR EN BREF* <www.echr.coe.int> [accessed 28 October 2020]
- , *Regulamento Do Tribunal Europeu Dos Direitos Humanos*, 2020, pp. 1–91
- Ferraz, Taís Schilling, and Vânia Cardoso Moraes, *Nota Técnica Nº 22/2019 - Gratuidade Judiciária: Critérios e Impactos Da Concessão*. (Brasília: Justiça Federal, 2019)
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como Chegar Ao Sim: Como Negociar Acordos Sem Fazer Concessões*. (Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2018)
- Fundação Oswaldo Cruz, 'Programa Nacional de Imunizações (PNI): Reconhecimento Nacional e Internacional', 2009 <<https://agencia.fiocruz.br/programa-nacional-de-imunizacoes-pni-reconhecimento-nacional-e-internacional>> [accessed 5 November 2020]
- G1, 'Com 14 Mil Ações Pedindo a "Pílula Do Câncer", USP Alega Não Poder Produzir', 2016 <G1 - Com 14 mil ações pedindo a 'pílula do câncer', USP alega não poder produzir - notícias em São Carlos e Região (globo.com)> [accessed 20 October 2020]

- 2020]
- GORETTI, Ricardo, *Mediação e Acesso à Justiça* (Salvador: Editora JusPodivm, 2017)
- GRAPON, Antoine, *O Juiz e a Democracia* (Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999)
- HESSE, Konrad, *A Força Normativa Da Constituição*, trans. by Gilmar Ferreira MENDES (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991)
- HILLING, Carol, 'Le Système Interaméricain de Protection Des Droits de l'Homme : Le Modèle Européen Adapté Aux Réalités Latino-Américaines', *Revue Québécoise de Droit International*, 7.2 (1991), 210–17 <https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_1991_num_7_2_1708?q=le+systeme+europeen+de+protection+des+droits+de+l%27hommes> [accessed 28 October 2020]
- HIRSCHL, Ran, 'The Judicialization of Politics', *The Oxford Handbook of Political Science*, 2013 <<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199604456.013.0013>>
- HUMBERTO, ÁVILA, 'Repensando o "Princípio Da Supremacia Do Interesse Público Sobre o Particular"', *Revista Diálogo Jurídico*, 1.7 (2001), 30
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 'Conta-Satélite de Saúde: Em 2017, 9,2% Do PIB Foram Gastos No Consumo de Bens e Serviços de Saúde', 2017 <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26434-conta-satelite-de-saude-em-2017-9-2-do-pib-foram-gastos-no-consumo-de-bens-e-servicos-de-saude>> [accessed 28 October 2020]
- , 'Estatísticas Cidades e Estados', 2020 <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ma/imperatriz.html>> [accessed 3 November 2020]
- , *Estimativa Da População*, 2020 <https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2020/estimativa_dou_2020.pdf> [accessed 26 October 2020]
- , 'Números Censo 2020', 2020 <[https://censo2021.ibge.gov.br/sobre/numeros-do-censo.html#:~:text=População%3A,a serem visitados%2C 5570 municípios.](https://censo2021.ibge.gov.br/sobre/numeros-do-censo.html#:~:text=Popula%C3%A7%C3%A3o%2C%205570%20munic%C3%ADpios.)> [accessed 28 October 2020]
- , *Pesquisa Nacional de Saúde- Informações Sobre Domicílios, Acesso E Utilização Dos Serviços de Saúde*. (Rio de Janeiro, 2020) <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf>>
- , *Pesquisa Nacional de Saúde* (Rio de Janeiro, 2020) <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101758.pdf>>
- , *Pesquisa Nacional de Saúde 2019: Atenção Primária à Saúde e Informações Antropométricas*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, 2020 <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91110.pdf>>
- , *Pesquisa Nacional de Saúde 2019: Atenção Primária à Saúde e Informações Antropométricas*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, 2020
- Instituto Nacional de Estatística de Portugal, 'Estatística Populacional' <https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_main&xpid=INE&xlang=pt> [accessed 29 October 2020]
- Instituto Paulo Montenegro, *Inaf Brasil 2018*, 2018 <http://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relatório-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf>
- JUNKES, Coord. Sérgio Luiz., and Coord. Maria Tereza. SADEK, *O USO DA JUSTIÇA E O LITÍGIO NO BRASIL* <<moz-extension://6489d6e8-1d1c-4784-bb73-fdb5186d2905/enhanced-reader.html?openApp&pdf=https%3A%2F%2Fwww.amb.com.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F05%2FPesquisa-AMB-10.pdf>> [accessed 6 November 2020]
- LASSALLE, Ferdinand, *A Essência Da Constituição*, 9. ed. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009)
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, 4. ed. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010)
- , 'O Sistema Regional Europeu de Proteção Dos Direitos Humanos', *Cadernos*

- Da Escola de Direito e Relações Internacionais*, 1 (2010), 32–58
- MENDES, Gilmar Ferreira, and Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, 19. ed. (São Paulo: Malheiros, 2013)
- Ministério da Cidadania, 'No Mês de Janeiro, Bolsa Família Irá Beneficiar Mais de 920 Mil Famílias No Maranhão', *Governo Federal*, 2020 <<https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/no-mes-de-janeiro-bolsa-familia-ira-beneficiar-mais-de-920-mil-familias-no-maranhao>> [accessed 26 October 2020]
- Ministério da Saúde, *14ª Conferência Nacional de Saúde. Todos Usam o SUS. SUS Na Seguridade Social: Política Pública, Patrimônio Do Povo Brasileiro. Relatório Final*. (Brasília: Ministério da Saúde, 2012) <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/img/14_cns_relatorio_final.pdf> [accessed 26 October 2020]
- , *Normas Operacionais Básicas Do SUS* (Portaria nº 95, de 26 de janeiro de 2001, 2001) <https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2001/prt0095_26_01_2001.html> [accessed 26 October 2020]
- , 'Sistema Único de Saúde (SUS): Estrutura, Princípios e Como Funciona', *Governo Federal* <<https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>> [accessed 26 October 2020]
- MIRANDA, Jorge, 'Os Direitos Fundamentais Na Ordem Constitucional Portuguesa', *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6.18 (1986), 107–40
- Município de Imperatriz, 'A Cada 100 Mil Pessoas, Imperatriz Conta 8,5 Mortes; São Luís, 28,9', 2020 <<https://www.imperatriz.ma.gov.br/noticias/saude/cada-100-mil-pessoas-imperatriz-counta-85-mortes-sao-luis-289.html#:~:text=Cartão SUS é a chave,usuários são quase 800 mil&text=É desse jeito que Imperatriz,800 mil cartões SUS emitidos.>> [accessed 27 November 2020]
- , 'Localização e Distância' <<https://www.imperatriz.ma.gov.br/portal/imperatriz/localizacao-distancias.html>> [accessed 5 November 2020]
- Nacional, Cadastro de Estabelecimentos de Saúde, 'Consulta Estabelecimentos de Saúde', 2020 <<http://cnes.datasus.gov.br/pages/estabelecimentos/consulta.jsp>> [accessed 3 November 2020]
- OCDE/Observatório Europeu dos Sistemas e Políticas de Saúde, *Portugal: Perfil de Saúde Do País 2019, Portugal: Perfil de Saúde Do País 2019, Estado Da Saúde Na UE, OCDE* (Bruxelas, 2019) <<https://doi.org/10.1787/75b2eac0-pt>>
- Office for National Statistics - United Kingdom, 'Population Estimate', 2020 <<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/populationestimates>> [accessed 5 November 2020]
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, 'Quadro de Advogados', 2020
- Organização das Nações Unidas - ONU, 'Declaração Universal Dos Direitos Humanos', *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner*, 1948 <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf> [accessed 28 October 2020]
- , *Pacto Internacional Dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, 1966
- , 'PIDESC - Pacto Internacional Sobre Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais', *PIDESC - Pacto Internacional Sobre Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, Xxi, 1966, 1–8 <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>
- Organização dos Estados Americanos - OEA, 'Informes de Admisibilidade', 2020 <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>> [accessed 29 October 2020]
- , 'O Que é a CIDH?' <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>> [accessed 29 October 2020]
- Organização Panamericana da Saúde - OPAS, 'OPAS/OMS Apoia Governos No

- Objetivo de Fortalecer e Promover a Saúde Mental Da População', *Organização Pan-Americana Da Saúde*, 2016
<https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5263:opas-oms-apoia-governos-no-objetivo-de-fortalecer-e-promover-a-saude-mental-da-populacao&Itemid=839> [accessed 26 October 2020]
- OSORIO, Fabio Medina, 'Supremacia Do Interesse Público Sobre o Privado', *Revista de Direito*, 2000, 86–87
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222>>
- 'Painel de Ações Covid-19', *Supremo Tribunal Federal*, 2020
<https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html> [accessed 6 November 2020]
- Parlamento Europeu, 'DIRECTIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO', 2008
<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&qid=1607478430195&from=PT>> [accessed 9 December 2020]
- PÉREZ-LUÑO, António-Enrique, 'CONCEPTO Y CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (Acotaciones a La Ponencia de Francisco Laporta)', *Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 4, 1987, 47–66
<<https://doi.org/https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.02>>
- , 'Dogmática de Los Derechos Fundamentales y Transofrmación Del Sistema Constitucional', *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, 495–511
- PIOLA, Sérgio Francisco, José Aparecido Carlos RIBEIRO, and Carlos Octávio Ocké REIS, 'Financiamento Das Políticas Sociais: O Caso Do Ministério Da Saúde', *Revista Do Serviço Público*, 51.3 (2014), 74–98
<<https://doi.org/10.21874/rsp.v51i3.332>>
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 2. ed rev. (São Paulo: Saraiva, 2011)
- Portugal, 'Constituição Da República Portuguesa'
<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> [accessed 2 November 2020]
- SANTOS, Alethele Oliveira, Maria Celia DELDUQUE, and Sandra Mara Campos ALVES, 'Os Três Poderes Do Estado e o Financiamento Do SUS: O Ano de 2015', *Cadernos de Saúde Pública*, 32.1 (2016) <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00194815>>
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*, 3. ed. (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003)
- , 'CONCEITO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS', in *ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP, Tomo II (Recurso Eletrônico): Direito Administrativo e Constitucional* (São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017) <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>
- SARLET, Ingo Wolfgang, and Mariana Filchtiner FIGUEIREDO, 'Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção Da Saúde Aos 20 Anos Da Constituição Federal de 1988', *Revista de Direito Do Consumidor*, 67, 2008, 125–72
- SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004)
- SCHEFFER, Mário, Alex CASSENOTE, Aline Gil Alves GUILLOUX, Aureliano BIANCARELLI, Bruno Alonso MIOTTO, and Giulia Marcelino MAINARDI, 'Demografia Médica No Brasil 2018' (São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Conselho Federal de Medicina, 2018)
<www.portalmédico.org.br>
- SCHIER, Paulo Ricardo, *Filragem Constitucional* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999)
- SCHRECK, Roger I., 'Causas Dos Altos Custos Da Saúde - Fundamentos - Manual

- MSD Versão Saúde Para a Família', 2018
<<https://www.msmanuals.com/pt/casa/fundamentos/questoes-financeiras-nos-cuidados-de-saude/causas-dos-altos-custos-da-saude>> [accessed 3 November 2020]
- Secretaria do Tesouro Nacional, *Aspectos Fiscais Da Saúde No Brasil, Tesouro Nacional* (Brasília, 2018)
<<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/AspectosFiscaisSaude2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4>>
- Segurança Social, 'Rendimento Social de Inserção - Seg-Social.Pt' <<http://www.seg-social.pt/rendimento-social-de-insercao>> [accessed 1 November 2020]
- DA SILVA, José Afonso, 'Aplicabilidade Das Normas Constitucionais', *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, 02.1 (1993), 07–22 <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.1993.v02.n1.p07>>
- , *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19. ed. (São Paulo: Malheiros, 2001)
- Suplementar, Agência Nacional de Saúde, 'Dados Gerais', 2020
<<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> [accessed 3 November 2020]
- TEIXEIRA, Carmen, 'Os Princípios Do Sistema Único De Saúde', in *Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, Bahia, Junho* (Salvador, 2011), pp. 1–10
- 'Todos Nós Vamos Morrer Um Dia: Veja Falas de Bolsonaro Sobre o Coronavírus - 01/05/2020 - UOL Notícias', *UOL*, 2020 <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/01/todos-nos-vamos-morrer-um-dia-as-frases-de-bolsonaro-durante-a-pandemia.htm>> [accessed 6 November 2020]
- TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas, 'O DIREITO HUMANO À SAÚDE NO DIREITO INTERNACIONAL: Efetivação Por Meio Da Cooperação Sanitária' (Universidade São Paulo, 2010)
- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Convenção Europeia Dos Direitos Do Homem* (Roma, 1950) <www.conventions.coe.int>
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, 'Le Système Inter-Américain de Protection Des Droits de l'homme: État Actuel et Perspectives d'évolution à l'aube Du XXIe Siècle', *Annuaire Français de Droit International*, 46.1 (2000), 548–77
<<https://doi.org/10.3406/afdi.2000.3632>>
- União, Tribunal de Contas da, *Relatorio de Auditoria Operacional Consolidada Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) Relativa à Judicialização Da Saúde No Brasil* (Brasília, 2017) <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>>
- Vasconcelos, Carlos Eduardo de, *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas* (São Paulo: Método, 2008)
- Vianna, Luiz Werneck et al, *A Judicialização Da Política e Das Relações Sociais No Brasil* (Rio de Janeiro: Renavan, 1999)
- VILLAGRA, Soledad, *PROTOCOLO FACULTATIVO AO PIDESC: Uma Ferramenta Para Exigir Os DESC*, trans. by Gabriel Jamur GOMES (Curitiba: Editora INESC, 2008)
- Wang, Daniel Wei Liang, 'Escassez de Recursos, Custos Dos Direitos e Reserva Do Possível Na Jurisprudência Do STF', *Revista Direito GV*, 4.2 (2008)
<<https://doi.org/https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>>

Legislação e Jurisprudência

- Brasil, *Código de Defesa Do Consumidor* (Brasília: (Vide Decreto nº 2.181, de 1997) (Vide pela Lei nº 13.425, de 2017) (Vigência) Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências., 1990)
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>

- _____, *Código de Processo Civil* (Brasília, 2015) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>
- _____, *Constituição Da República Federativa Do Brasil* (Brasília, 1988) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> [accessed 26 October 2020]
- _____, *Emenda Constitucional Nº 29* (Brasília: Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde., 2000) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>
- _____, *Emenda Constitucional Nº 86* (Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica., 2015) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm>
- _____, *Emenda Constitucional Nº 95* (Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências., 2016) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm> [accessed 29 October 2020]
- _____, *Lei 13.140* (Brasil, 2015) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>
- _____, *Lei 9656* (Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, 1998) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>
- _____, *Lei Nº 10.741* (Brasília: (Vide Decreto nº 6.214, de 2007) Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências., 2003) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>
- _____, *Lei Nº 12.401* (Brasília: Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS., 2011) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm> [accessed 23 October 2020]
- _____, *Lei Nº 13.105* (Brasília: Código de Processo Civil, 2015)
- _____, *LEI Nº 13.269* (Brasil, 2016) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13269.htm>
- _____, *Lei Nº 13.709* (Brasília: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), 2018) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> [accessed 6 November 2020]
- _____, *Lei Nº 8.069* (Brasília: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências., 1990) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> [accessed 26 October 2020]
- _____, *Lei Nº 8.080/1990* (Brasília: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências., 1990) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> [accessed 26 October 2020]
- _____, *Lei Nº 8.142* (Brasília: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências., 1990) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>
- _____, *Lei Nº 9.491* (Brasília: Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências., 1997) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm>
- _____, *Lei Nº 9.961* (Brasília: Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências., 2000) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm> [accessed 26 October 2020]
- _____, *Medida Provisória 954/2020* (Brasília: Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo

- Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística, 2020) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm> [accessed 20 October 2020]
- Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AgRg no REsp 1402867/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, *Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho* (Brasília, 2018)
- , REsp 1706497/PE, *Rel. Ministro Og Fernandes* (Brasília, 2018)
- Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 (Brasília, 2016) <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>> [accessed 30 October 2020]
- , AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.586 DISTRITO FEDERAL, 2020 (Brasília) <AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.586 DISTRITO FEDERAL> [accessed 17 December 2020]
- , ADI 5680, *Ministra Rosa Webber* (Brasília, 2017) <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5157574>> [accessed 6 November 2020]
- , ADI 6.387 - DF, *Ministra Rosa Webber* (Brasília, 2020) <<https://doi.org/10.21874/rsp.v86i3.3658>>
- , 'ADI 6341', *Ministro Marco Aurélio*, 2020 <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> [accessed 6 November 2020]
- , AgR-Re nº 271.286-8 RS, *Ministro Celso de Mello*, 2000 <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>> [accessed 26 October 2020]
- , ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 672, *Ministro Alexandre de Moraes* (Brasília, 2020) <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>> [accessed 6 November 2020]
- , 'Corte Suprema Do Brasil Inicia o Julgamento Do Mensalão', 2012 <<https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>> [accessed 6 November 2020]
- , 'Ministro Homologa Acordo Que Destina Verba Recuperada Da Petrobras Para Educação e Meio Ambiente', 2019 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423797>> [accessed 6 November 2020]
- , RE 393175 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, *Ministro Celso de Mello* (Brasília)
- , RE 436996/SP, *Ministro Celso de Mello* (Brasília, 2006)
- , RE nº 632.240 /MG (Brasília, 2010), v, 1–8 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622055>> [accessed 19 November 2020]
- , RE nº 855178/SE (Brasília)
- , Suspensão de Segurança - SS 3205, *Ministra Ellen Gracie* (Brasília, 2007)
- , Suspensão de Tutela Antecipada - STA 91, *Ministra Ellen Gracie* (Brasília, 2007)
- Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares VS. Brasil, *BENITO, Elizabeth*, 2020
- , Corte Interamericana de Direitos Humanos Caso Ximenes Lopes, *Sergio García Ramírez*, 2006, pp. 1–6
- , *Jurisprudência Da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, trans. by Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Secretaria Nacional de*

- Direitos Humanos, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (Brasília: Ministério da Justiça, 2014)
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, AFFAIRE MENNITTO c. ITALIE (Requête no/Application no. 33804/96), *WILDHABER, L* (Strasbourg, 2007), pp. 1–24
- , Affaire Salesi c. Italie (Requête no13023/87), *BERNHARDT, R.* (Strasbourg, France, 1993), pp. 1–24
- , Affaire Schuler-Zraggen c. Suisse (Requête no14518/89), *BERNHARDT, R.* (Strasbourg, France, 1993), pp. 1–24
- , *D. c. Royaume-Uni (N° 30240/96*
- Cour Internationale de Justice, Affaire Relative au Personnel Diplomatique et Consulaire des États-Unis à Téhéran, *WALDOCK, Sir Humphrey* (La Haye, Pays-Bas, 1980) <[https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/43519/CASE CONCERNING US DIPLOMATIC AND CONSULAR STAFF IN TEHRAN.pdf?sequence=1](https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/43519/CASE_CONCERNING_US_DIPLOMATIC_AND_CONSULAR_STAFF_IN_TEHRAN.pdf?sequence=1)> [accessed 13 November 2020]