

RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANTO A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

RESPONSIBILITY OF THE STATE AS TO THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT

¹BRAGA, Fernanda Matias.

¹Curso de Graduação em Direito –Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO/FEMM

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a responsabilidade do Estado quanto a efetivação do direito à saúde, tendo em contrapartida a reserva do possível como meio do Estado se escusar das suas obrigações. Deste modo, se mostra a necessidade de observar à saúde como um direito social/fundamental, uma garantia mínima existencial, de tal modo à atuação do judiciário na efetivação deste. Diante do exposto, o presente trabalho irá expor a importância dos direitos fundamentais, bem como os direitos sociais e seu processo de evolução ao longo da história do Brasil. Em concomitância com os direitos fundamentais (sociais), serão relatados os avanços que a saúde teve com a promulgação da Constituição de 1988, tais como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo esta a maior política de integração social que já houve na história brasileira e que, mesmo diante de diversos percalços, proporcionou aos indivíduos condições de acessar à saúde. Uma vez que a saúde é um direito tipificado e indissociável à vida, cabe ao Estado o dever de tutelá-la. Ocorre que diante do número crescente de ações judiciais com demandas relativas ao direito à saúde, surge o poder judiciário que, em virtude da omissão do Estado, acaba tendo que agir, de modo a garantir a efetivação dos direitos, corrigindo eventuais desigualdades existentes na utilização das ações e serviços voltado à saúde, resguardando a dignidade humana e o mínimo existencial. Destarte, verifica-se que o direito à saúde, frente ao projeto de construção de um Estado democrático de direito, precisa de medidas emergenciais voltadas para as políticas públicas que intensifiquem os direitos consubstanciados na Constituição, afim de alcançar, de forma plena, a universalidade e a igualdade de acesso à saúde, não violando a dignidade da pessoa, principalmente dos menos favorecidos que vivem à mercê da sociedade.

Palavras-chave: Atuação do Judiciário. Direito à Saúde. Efetivação dos Direitos. Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

The present paper seeks to demonstrate the responsibility of the State regarding the realization of the right to health, taking into account the reserve of what is possible as a way for the State to exonerate itself from its obligations. In this way, it is shown the need to observe health as a social / fundamental right, a minimum existential guarantee, in such a way that the judiciary acts in its effectiveness. In view of the above, the present work will expose the importance of fundamental rights, as well as social rights and their process of evolution throughout the history of Brazil. In concomitance with fundamental (social) rights, it will be reported the advances that health had with the promulgation of the 1988 Constitution, such as the creation of the Unified Health System (SUS), which is the largest social integration policy ever in Brazilian history and that, even in the face of various mishaps, provided individuals with access to health. Since health is a categorized and inseparable right to life, it is the duty of the State to protect it. As a result of the increasing number of lawsuits with demands related to the right to health, there arises the judicial power that, due to the omission of the State, ends up having to act, in order to guarantee the effectiveness of the rights, correcting any existing inequalities in the use actions and services focused on health, safeguarding human dignity and the existential minimum. Thus, the right to health, in the face of the project of building a democratic State of law, requires emergency measures aimed at public policies that intensify the rights consubstantiated in the Constitution, in order to fully achieve universality and equal access to health, not violating the dignity of the person, especially the less privileged who live at the mercy of society.

¹ Acadêmica do Curso de Direito - Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO

Keywords: Effectiveness Of Rights. Judiciary Performance. Responsibility of the State. Right to health.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é pautada pelos direitos e garantias fundamentais, tal qual visa à proteção e promoção efetiva desses direitos, assegurando aos indivíduos condições básicas e imprescindíveis para seu desenvolvimento. Em consonância com isso, a Constituição dispõe que o Estado é o responsável para promover efetivas políticas sociais, garantindo e promovendo a todos o acesso a seus direitos.

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito em sua Constituição de 1988, traz o compromisso com os direitos sociais, sendo o direito à saúde uma garantia constitucional do Estado em favor da sociedade. Desse modo, demonstra a luta dos movimentos que conseguiram incluir o direito à saúde dentro do *rol* dos direitos fundamentais sociais, com a ideia de implantar um sistema de maior inclusão social no Brasil. Logo, é possível demonstrar a responsabilidade do Estado quanto à ineficácia do direito à saúde, do qual se utiliza de meios para se escusar da efetiva garantia e cumprimento deste direito.

Destarte, este estudo tem como objetivo fazer a interface entre o direito à saúde e a responsabilidade do Estado quanto a sua efetivação, visto a reserva do possível e o mínimo existencial, cabendo ao judiciário a verificação da efetiva aplicação dos recursos indispensáveis para garantia do direito à saúde, de tal modo, demonstrar como tem sido a atuação do judiciário na recepção de inúmeras demandas de pedidos acerca do direito à saúde, diante da inércia do Estado.

Desse modo, este trabalho se justifica pela necessidade de reflexão sobre os direitos explícitos na Constituição, bem como a realidade hodiernamente vivenciada no âmbito da saúde, no tocante ao Sistema Único de Saúde, assim como seus avanços ao longo do tempo, bem como os problemas que persistem e que devem ser enfrentados como um problema social que, depende da atuação tanto do Estado quanto do Poder Judiciário para realização. Diante ao exposto, este trabalho pretende demonstrar a real situação do direito à saúde frente as mazelas utilizadas pelo Estado.

MATERIAL E MÉTODOS

Para a consecução deste trabalho, utilizou-se do método dedutivo, por intermédio de revisão bibliográfica atinente ao tema. Bem como serão utilizadas as principais fontes de Direitos, tais como doutrinas, legislação e a jurisprudência, que tratam em especial dos direitos fundamentais e sociais em especial sobre o direito à saúde, em bibliotecas universitárias. Também, será utilizado o método indutivo, utilizando os índices apresentados acerca da saúde.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 trata da carta magna do nosso País, simboliza o marco de um novo processo que apregoa a efetividade das suas normas, bem como assegurar o exercício dos direitos e garantias fundamentais, dos quais estão inseridos logo no Título II com a seguinte expressão “direitos e garantias fundamentais” e, no *caput* do artigo 5º, ressalta de forma explícita o seu reconhecimento, demonstrando a igualdade de todos diante da lei. Dessa forma, cumpre tecer esclarecimentos acerca da evolução dos Direitos fundamentais, e, dentro destes, os direitos sociais, os quais expressam uma ordem de valores estabelecida pela própria Constituição.

Os direitos fundamentais, como categoria jurídica, apresentam características comuns e essenciais que qualificam os direitos nas suas variáveis vertentes, essas características trazem aquilo que de primordial está presente neles, entre eles estão presentes a historicidade; a universalidade; a autogeneratividade; a irrenunciabilidade e a concorrência. Segundo Silva (2010, p. 181), as características surgiram da concepção jusnaturalistas dos direitos fundamentais, qual vigora a tese que os direitos são “ínatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis”.

Ressalta-se, que os direitos em determinados momentos receberam o tratamento adequado a sua grandiosidade, e em outros momentos, em virtudes das guerras mundiais, eles foram desconsiderados. Contudo, mesmo diante do enfraquecimento vivenciado pelos direitos fundamentais, estes são abertos, ilimitados e modificáveis nos diferentes períodos da história (BAHIA, 2017). Portanto, a doutrina moderna dividiu os direitos em gerações, a fim de apresentá-los das

diversas formas na história do constitucionalismo, por isso, foi dividido em primeira, segunda e terceira geração que passaram a ser reconhecidos.

Portanto, a consolidação dos direitos fundamentais é de extrema importância, como notara Maurice Hauriou (*apud* Silva, 2010 p.186), de que “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”. Destarte, os direitos além de serem reconhecidos expressamente na Lei, o indivíduo deve ter respaldo dessas garantias e, no tocante ao exercício de tal direito, que este possa realmente estar assegurado, fazendo jus à redemocratização da Constituição, preservando a liberdade do indivíduo e inserindo-o no contexto social.

Vale ressaltar, dentre os direitos fundamentais, os direitos de segunda geração, direitos estes expressamente retratados na Constituição Federal no seu Título II, que buscam atender as necessidades dos indivíduos. Estes direitos sociais, com grande relevância, trazem consigo direitos e garantias essenciais para a subsistência do indivíduo. Dessa forma, Ladeira (2009, p.106) leciona que “o reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito”, assegurando, portanto, condições mínimas para que o cidadão possa exercer o pleno gozo de seus direitos.

Os direitos sociais, como já mencionado, fazem parte do *rol* dos direitos fundamentais e, para alcançarem esta categoria, deve ser garantido um mínimo existencial, não bastando apenas o ordenamento jurídico atestar a ideia de Estado Democrático de Direito, mas considerar como um direito indubitavelmente existente, mesmo que de maneira velada. Ainda que haja uma interdependência dos diversos direitos fundamentais, destaca-se que a concepção de que os direitos relativos às condições do indivíduo devem ter um mínimo de proteção para evitar que seja desrespeitado (NUNES JUNIOR, 2009).

Os direitos sociais são direitos que estão intrinsecamente ligados ao Estado, pois são direitos protetivos voltados para o indivíduo, com o objetivo de receber do Estado uma realização prática (BOBBIO, 2004). Assim, os direitos sociais, como um subitem dos direitos fundamentais, por meio de um sistema de ordem econômica com pouca densidade normativa, buscam, juntamente com os direitos prestacionais, regular essa relação econômica, criando mecanismos que possam garantir de fato o direito de forma igualitária, buscando uma harmonia nos benefícios da vida em

sociedade, assim permitindo ao indivíduo condições indispensáveis para existência humana e digna.

DIREITO À SAÚDE: GARANTIA MÍNIMO EXISTENCIAL EM FACE A RESERVA DO POSSÍVEL

A saúde é um bem jurídico com muita relevância para o indivíduo na sociedade, um bem que precisa ser preservado, pois está agregado à vida humana, ao passo que a falta de cuidado pode trazer graves consequências para a sociedade como um todo. A saúde foi alvo de grandes preocupações ao longo do tempo de toda a história das civilizações e, em contrapartida, com difícil aplicação e concretização, porém, logo se deu sua universalização, sendo um bem disponível a todos de forma individual, tendo sua realização dependente, exclusivamente, de medidas positivas do Estado.

Contudo, pode-se dizer que o direito à saúde é essencial para a vida humana, tratando de um direito social prestacional fundamental para o desenvolvimento do indivíduo. Logo, a Lei 8.080/90 trouxe, em seu artigo 2º, um conceito que aduz que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Em concomitância com esse entendimento, Laurell (1997, 86) destaca que a saúde “é necessidade humana essencial e associa-se imediatamente a um conjunto de condições, bens e serviços que permitem o desenvolvimento individual e coletivo de capacidade e potencialidades conforme ao nível de recursos sociais existentes”.

Na órbita do direito à saúde, de acordo com Dallari e Nunes (2010 p.66), uma característica a se analisar é a chamada “fundamentalidade extrínseca do direito à saúde”, ou seja, a Constituição Federal de 1988 trouxe solenemente o direito à saúde no *rol* dos direitos fundamentais, por meio do artigo 6º, do Título II, cujo qual menciona que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Nota-se que a fundamentalidade se estende por todos os dispositivos expressos que fazem menção ao direito à saúde, desta forma, analisando o regime jurídico do direito à saúde, verifica-se alguns aspectos relevantes que caracterizam os direitos fundamentais, dentre eles podemos citar a historicidade, universalidade e autogeneratividade.

Insta ressaltar que a Constituição teve grandes avanços no tocante ao direito à saúde, trazendo, na ordem constitucional vigente, o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por intermédio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento adequado e eficaz quanto a insuficiência do direito à saúde. De modo que o direito fundamental à saúde encontra proteção no texto constitucional, dentre eles o artigo 6º Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), os artigos 196 a 200 no Título VIII (Da ordem Social), outrossim, no artigo 23, inciso II que trata das competências para o desenvolvimento de meios para proteger a saúde.

Destarte, o direito à saúde foi revestido pela Constituição Federal como um bem jurídico, consagrado como um direito fundamental, que foi concedido a tutela constitucional e é assegurado pelo Estado o acesso universal e igualitário. O direito à saúde, no ordenamento jurídico, é demonstrado como um direito de todos e um dever do Estado, ou seja, cabe a este órgão a responsabilidade de garantir esse direito a todos, tal modo, aduz Shwartz (2001, p.97) que “encontramos também que o dever do Estado em relação à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas”, ou seja, levando em consideração uma ação que seja positiva e não estagnada do mesmo.

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Com a redemocratização da política, que ocorreu logo após a ditadura militar, pôde proporcionar a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, sendo este evento muito importante para concretização dos direitos voltados à saúde. A Conferência “conteve o ideal de um sistema de saúde universal, integral, justo, humanizado, do qual todos tivessem direito de participar. Foi um momento ímpar na história da saúde brasileira” (SOUZA et al, 2008, p.125). A partir desse movimento popular, foi sugerido, em seu relatório final, a implantação do SUS – Sistema Único de Saúde, sendo este concretizado com a Constituição de 1988, no seu artigo 198, e logo depois com a promulgações de outras leis, como a lei 8.080/90 e a lei 8.142/90, o sistema conseguiu obter vários avanços.

O Sistema Único de Saúde é expressado no *caput* do artigo mencionado como “a designação constitucional que predispõe todos os meios de atuação a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde”, contudo, verifica-se que a Constituição oportunizou a integração dos entes federativos,

cabendo a eles promover esforços para concretização do SUS, compartilhando ideias de melhorias e capacitação, ao passo que a recusa em seguir as diretrizes deste, acaba por violar as regras da Constituição. Nota-se, ainda, e que a organização da saúde, mediante um sistema, acaba criando “um hiato na organização federativa do poder”, da qual não cria autonomia para cada ente, o que se pretende é a integração destes para que, de forma harmônica, possam concretizar os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal (DALLARI; NUNES 2010, p. 78;80).

De acordo com Barroso (2007), logo após a promulgação da Constituição foi aprovado a Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/90, em concomitância com o artigo 200. da CF/88, estabeleceram uma estrutura quanto a sua forma de organização e suas atribuições. A Lei proporcionou, também, os princípios e diretrizes pelos quais o sistema deve ser regido. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (2011) ressalta que o SUS é apontado como uma ação afirmativa do Estado, tendo como política de maior inclusão social implementada no Brasil, demonstrando o compromisso com os indivíduos, principalmente os mais desfavorecidos; logo, trata-se de um programa que demanda de grandes avanços em virtude dos diversos problemas da qual são enfrentados para sua efetiva consolidação.

O artigo 196 da Constituição Federal, em concomitância com o artigo 5º da Lei Orgânica, traz em seu *rol* os objetivos da implantação do SUS, ou seja, possibilita a todos o acesso à saúde, como garantia e dever do Estado, com o propósito de alterar a situação de desigualdade no atendimento à saúde, ao passo que universalizou o acesso da assistência à saúde de forma gratuita e igualitária, na medida de suas necessidades. Não obstante a isto, o artigo 5º, da referida lei, traçou de maneira clara a finalidade do sistema:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Ou seja, é possível notar que os objetivos do Sistema não são restritos apenas às ações e aos serviços públicos, conforme mencionado no artigo 198. Ocorre que o Sistema também se preocupa em estabelecer políticas públicas destinadas a intervir no meio econômico e social, organizando eventos, comissões e pesquisas afim de garantir um melhor atendimento à população, garantindo-lhes a preservação da saúde. A abrangência do Sistema reflete a saúde como um bem jurídico que deve ser valorizado, promovido e protegido.

Destarte, é possível perceber que o direito à saúde, no Brasil, teve grandes avanços com a promulgação da Constituição de 1988, ou seja, o direito a saúde é fruto de grandes movimentos sociais que lutaram pela promoção de um direito que fosse público e acessível a todos os indivíduos de modo igualitário, sendo garantido pelo Estado. Logo, com a promulgação, foi criado o Sistema Único da Saúde, que tem grande relevância na efetivação dos direitos voltados à saúde, com propostas e ações voltadas para qualidade na disseminação da saúde.

Segundo o CONASS (2011 p. 28), o SUS é considerado a “maior política de Estado do país”, que promove a “inclusão e a justiça social”. O sistema possui diversos desafios para sua completa realização, subordinado às políticas públicas que possam fortalecer o seu desenvolvimento e, no entanto, mesmo apresentando gargalos, o Brasil acaba por ser referência internacional em virtude das iniciativas desenvolvidas pelas ações e serviços na saúde. Deste modo, é necessário tomar medidas que fortaleçam o sistema, criando condições de amplitude do direito, em conjunto com os princípios estabelecidos tanto na Constituição como na Lei 8.080/90.

TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A ideia do mínimo existencial está ligada intrinsecamente à concretização dos direitos fundamentais, bem como os direitos sociais dos indivíduos, ou seja, norteia a preservação e garantia da dignidade da pessoa humana, garantindo as condições mínimas para subsistência do indivíduo. A teoria do mínimo existencial é apresentada ao Brasil voltada para a liberdade, a felicidade, os direitos humanos e o papel do Estado em promover condições adequadas para promoção da vida com dignidade e respeito.

O mínimo existencial não está previsto na Constituição de 1988, porém está ligado entre as relações mínimas de existência do indivíduo na sociedade, ou seja,

relaciona-se com a dignidade da pessoa humana. De acordo com Torres (1997), mesmo não havendo previsão legal na Constituição, as condições mínimas de existência humana estão ligadas a diversos princípios constitucionais, dentre eles a igualdade e a liberdade, haja vista que não havendo as condições mínimas para existência do indivíduo, não há possibilidade de sobrevivência. Desta forma, destaca-se que o mínimo existencial está relacionado a preservação dos direitos mínimos para a dignidade humana.

No mesmo sentido, menciona Nunes (2009 p.70), os direitos fundamentais trazidos pela Constituição são direitos assegurados pelo Estado que, em conjunto com a dignidade da pessoa humana, buscam garantir a todos o mínimo existencial. A teoria do mínimo existencial está ligada a “preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade” e este está voltado para as necessidades de cada indivíduo, de modo a garantir a integridade física.

O mínimo existencial, segundo Torres (1997 p. 70), apresenta esse direito sob duas vertentes, o *status negativus* e o *status positivus*, logo, “o mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais”. Em síntese, acerca das vertentes, de acordo com Torres (1997), os direitos de natureza negativa estão ligados aos direitos de liberdade, de tal modo que os indivíduos têm o direito de agir ou omitir suas ações sem que sejam constrangidos pelo Estado, ou seja, impossibilita o mesmo de interferir nos direitos mínimos de subsistência do indivíduo.

Quanto ao processo democrático, aduz Torres (1997,72-75) que “o mínimo existencial necessita do processo democrático para concretizar. Só o trabalho a legislação, da administração e, sobretudo, da jurisprudência, pode garantir a eficácia desse direito”. Logo, ainda segundo Torres (1997,72-75), a “administração compete a entrega das prestações positivas, que constituem direito subjetivo do cidadão, independentemente de contraprestações financeiras”. Deste modo, o mínimo existencial sujeita-se aos recursos financeiros, porém os direitos fundamentais e sociais devem receber um tratamento especial devido ao seu caráter constitucional, ao passo que não podem ficar aquém da reserva do possível a sua não efetivação.

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha e está relacionado ao orçamento, ou seja, quanto a disponibilidade de recursos para assegurar os direitos dos indivíduos. Ocorre que a reserva do possível no Brasil acaba restringindo, em

alguns casos, a concretização dos direitos individuais. Suscintamente, a reserva do possível foi mencionada no julgamento na Corte alemã, que analisou o caso dos estudantes que discutiam o acesso ao ensino superior quanto as restrições de números de vagas na universidade. A decisão foi proferida alegando a reserva do possível, ou seja, admitindo que o cidadão pode esperar de maneira racional da sociedade (NUNES, 2009).

Nesse viés, Sarlet (2004, p. 256) ressalta que o Tribunal alemão entendeu que “[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo”. A reserva do possível não está ligada diretamente aos recursos materiais, mas, sim, da razão e da pretensão em relação a efetivação dos direitos. No entanto, quanto à aplicação e interpretação da teoria no Brasil, esta deve ser adequada, aprimorada de acordo com a realidade brasileira, haja vista que foi implantada considerando como um limitador na realização dos direitos fundamentais sociais.

A teoria da reserva do possível não deve ser utilizada pelo Estado sem uma justificativa plausível que demonstre a impossibilidade de cumprir com suas obrigações constitucionais e deixar de garantir o mínimo que assegure a todos uma vida digna, caso contrário estaríamos retrocedendo para as condições anteriores a Constituição de 1988. Quanto a sua aplicabilidade, Nunes (2009, p. 194) expõe “a teoria da reserva do possível não pode ser simetricamente aplicada no Brasil, eis que originariamente concebida em um Estado, cujo a estrutura jurídica é marcada por uma ampla margem de conformação normativa pelo legislador ordinário, em matéria de direitos sociais”. Isto se dá porque a estrutura de direitos sociais não é positivada por meio de programas ou estratégias que anseiam pela sua efetivação.

Ao tratar das necessidades relacionadas ao mínimo existencial, na qual são essenciais para a manutenção da dignidade humana, deve o Estado dar cumprimento às garantias estabelecidas na Constituição. Porém, a reserva do possível deve ser vista com critérios que não acarretem sérios danos à vida do indivíduo. Dessa forma, quando alegada, a reserva do possível é de suma importância o Estado demonstrar tal insuficiência, pois a mera alegação do instituto não pode ser objeto acatado. Faz jus as facetas da teoria diante da aplicação dos recursos, que devem ser analisadas no princípio da proporcionalidade, tendo como

ponto de partida a medida que mostra mais respeito à necessidade de proteção dos direitos fundamentais prestacionais.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A INTERVENÇÃO JUDICIAL QUANTO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, como já mencionado, faz parte dos direitos sociais fundamentais promulgados pela Constituição de 1988, sendo intrinsecamente ligado à dignidade humana. De tal modo, é ilustrado no artigo 196, da referida Constituição, que a saúde é um direito de todos, e o Estado tem como responsabilidade assegurar a efetivação desse direito. Dessa forma, aponta Mello (2009, p. 1011) que haverá a responsabilidade do Estado sempre que houver “ofensa a um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como direito do indivíduo”. Sobre essa questão, apontou o Ministro Celso de Mello (2006, p. 10):

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 consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Observa-se que a responsabilidade estatal não fica restrita apenas às prestações de ações e serviços. Sua responsabilidade vai além disso, sendo marcada também pela “regulamentação, fiscalização e controle nos termos do art. 197 da Lei Maior, que qualifica as ações e serviços de saúde como de relevância pública, quer quando prestados diretamente, quer quando executados por terceiros” (DALLARI; NUNES, 2010 p. 70). Nota-se a expansão da responsabilidade estatal em assegurar o direito à saúde, de tal modo na omissão por parte de seus prestadores de serviços, que pode ser responsabilizado objetivamente.

Aduz o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição de 1988, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Sucintamente acerca da responsabilidade civil, como regra, o Estado responde objetivamente, ou seja, independente de demonstrar a culpa, sendo responsável pelos atos cometidos quanto aos danos que causar a terceiros, impedindo, em alguns casos, a concretização de seus direitos. Porém, é possível, em alguns casos, o Estado responder subjetivamente em caso de omissão.

O Estado é responsável para assegurar o acesso às ações e serviços de saúde, bem como oferecer um acesso igualitário e universal a todos os indivíduos, afim de promover, prevenir e recuperar a saúde. Com efeito, salientam Castro, Lino e Vieira (2008, p. 104) que, ao legislador mencionar Estado, deve-se fazer uma interpretação extensiva, visto que “utilizou-se a palavra Estado no intuito de englobar tanto os Estados-membros, quanto à União e o Município, vez que ambos têm o dever promover o bem estar social, garantindo educação, saúde e segurança a todos os cidadãos”. Em decorrência da competência solidária de ambos os entes federativos, estes estão incumbidos de garantir à população a gratuidade do serviço à saúde.

Em sintonia acerca da responsabilidade solidária, preconiza Barroso (2007, p.15):

A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Quanto a responsabilidade dos entes federativos, o Supremo Tribunal Federal tem mantido o entendimento que a União, os Estados e os Municípios têm responsabilidade solidária na obrigação de efetivar o direito à saúde, em favor de qualquer pessoa, sendo legitimados nas demandas de prestação de serviço à saúde. O artigo 23, inciso II da Constituição Federal, ressalta a competência dos entes federativos na promoção da saúde, “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e

assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.” Ou seja, mesmo o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e agrupado os recursos financeiros, apenas reforçou a ideia de obrigação solidária entre os entes federativos, de modo que diante do caso concreto, os entes devem se responsabilizar pelos recursos investidos na saúde, bem como pela ausência de ações públicas que promovam a efetivação da saúde (BRASIL. Supremo Tribunal Federal,2015).

Como já mencionado, as normas legais impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade de prestação de serviços quanto à saúde, além das garantias orçamentárias para a efetivação do mesmo. A questão orçamentária é uma das causas do não cumprimento do Poder Público na aplicação efetiva do direito à saúde, no entanto, compete ao executivo, dentro de suas reservas orçamentárias, garantir as prestações desses serviços à sociedade. Contudo, as políticas públicas encontram limites na reserva do possível, na medida em que o Estado cumpre suas responsabilidades dentro dos limites orçamentários.

A Lei Complementar nº 141, de janeiro de 2012, dispõe sobre os valores aplicados anualmente pelos entes federados em ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo critérios de rateios, fiscalização e controle de despesas com a saúde. Dispõe, também, que as despesas com ações e serviços estão voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, cabendo ao Poder Público financiar, com recursos, por meio dos respectivos fundos de saúde. Ou seja, cabe aos órgãos públicos administrar seus recursos orçamentários para assegurar a efetividade dos direitos. Em outras palavras, a efetivação do direito à saúde depende, sem sombra de dúvidas, da atuação do Estado, sendo que, de acordo com a Constituição, este é responsável pela promoção de ações e serviços voltados para à saúde, assim, pode ser responsabilizado objetivamente e solidariamente pela sua omissão.

Numa estreita síntese, cabe ao Estado prover a saúde com políticas públicas que reduz o risco de doenças, com a disponibilização de recursos para construção de centros ambulatoriais e postos de saúde, bem como o fornecimento gratuito de medicamentos e a implantação de medidas que facilitem o acesso de quem necessita da tutela estatal, principalmente em se tratando da comunidade hipossuficiente, resguardando os direitos sociais. Acontece que a limitação orçamentária, por parte do Poder Público, tem causado sérios problemas na eficiência dos atendimentos da saúde, provocando o abarrotamento de ações no

judiciário, na busca concreta do seu direito. Mesmo com emendas constitucionais e leis que regulam a melhor forma de distribuição dos recursos investidos na saúde, é possível verificar que há dificuldade de como os órgãos públicos conduzem os recursos.

Quanto a intervenção judiciária, é importante frisar que houve um crescimento exponencial nos últimos anos de processos judiciais no âmbito da saúde, em busca da efetivação do direito. Porém, em virtude, muitas vezes da inércia do Estado, os indivíduos acabam procurando, através do judiciário, a efetivação desses direitos. De primeiro momento, a jurisprudência rejeitou a viabilidade judicial do direito à saúde, depois percebeu que às prestações de materiais em relação à saúde são ilimitados, prevalecendo uma posição conciliadora entre as inadiáveis carências dos indivíduos, atentando-se a racionalidade das políticas sanitárias (NETO, 2014).

O que ocorre é que estamos diante de um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição que preza pelos valores do ser humano, que demanda de uma organização de poderes que são harmônicos entre si para sua concretização. Dessa maneira, verifica-se que o ativismo judicial tem acarretado diversos debates acerca da interferência deste nas políticas públicas sanitárias, afetando tanto o Poder Executivo e o Legislativo quanto o princípio da separação de poderes. Em contrapartida, Barcellos (2011, p.230) afirma que “[...] nem a separação de poderes, nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana”.

A atuação do Judiciário na busca da concretização dos direitos pode ser denominada como “judicialização”, porém ainda é um fenômeno recente no Brasil, cenário este instalado pela Constituição Federal de 1988, que “nada mais é do que a possibilidade de buscar a concretização e o respeito de um direito por meio do Poder Judiciário, ou seja, é a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade” (SALAZAR; GROU, 2009, p. 13).

Acerca disso, aduz Barroso (2007, p.11):

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isso ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e

tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo -, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

Portanto, em virtude da omissão do Estado, é cabível ao Judiciário agir de modo a garantir a efetivação dos direitos, corrigindo eventuais desigualdades, quando provocado pelo indivíduo que teve seu direito lesado, ou seja, não havendo usurpação de um poder sobre o outro. Eis, então, que o papel do Judiciário é garantir que sejam executadas as ações que já são objeto de legislação. De acordo com Barroso (2007 p.21), “em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir”. No mesmo sentido, aduz Gebran Neto e Dresch 2013, p. 6):

Não se olvida que o direito à saúde tem assento constitucional, não sendo exigível que a sua fruição se perca nos muitos escaninhos existentes no serviço público. Entretanto, também deve ser valorizada a opção legislativa daqueles democraticamente eleitos para o estabelecimento de políticas públicas as quais devem, segundo as possibilidades financeiras e políticas, organizar a prestação do serviço, de modo a distribuir equitativamente os direitos prestacionais sociais, analisando as necessidades e elegendo prioridades, de modo a maximizar a eficácia, a isonomia e a economicidade da política pública de saúde. Se, dentro do quadro constitucional, foi organizado pelo legislador infraconstitucional o modo de prestação material deste direito fundamental, deve ser concedida pelo Poder Judiciário deferência a esta política pública, desde que atendidos os demais preceitos constitucionais.

As ações no Judiciário tiveram um crescimento a partir dos anos 2000, voltadas principalmente ao fornecimento de medicamentos, justamente por se tratar de questões de urgência, várias dessas ações chegaram ao Supremo Tribunal Federal por meio de liminares. O Conselho Nacional de Justiça teve algumas iniciativas afim de interferir nas práticas do judiciário, criando o Fórum Nacional de Saúde para monitorar as ações de assistência à saúde, prevenindo os conflitos

judiciários, bem como auxiliar nas decisões dos magistrados com base no Direito Sanitário (NETO, 2014).

Contudo, as ações no judiciário, principalmente no tocante ao Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal da Justiça, tiveram algumas fases distintas ao logo do tempo. Em um primeiro momento prevalecia a tese dos órgãos públicos nas demandas relacionadas à saúde, ou seja, o Judiciário atuava de forma mais restrita na liberação dos medicamentos, sendo passivo as regras estipuladas pelos órgãos responsáveis. No segundo momento, com um aumento expressivo de ações no judiciário, os tribunais passaram a analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como base o mínimo existencial, causando sérios conflitos entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Por fim, o terceiro momento, no qual o judiciário passou a fazer uma análise minuciosa no caso concreto, utilizando parâmetros estabelecidos nas políticas públicas, como, por exemplo, a concessão de remédios que constava dentro da lista nacional, porém em falta nos postos de saúde (NETO 2014).

O aumento da demanda de ações no judiciário demonstra as deficiências e insuficiências do sistema de saúde no Brasil. De tal modo, a busca pelo judiciário “pode ser considerado como um recurso legítimo para a redução do distanciamento entre o direito vigente e o direito vivido”. Portanto, “a judicialização da saúde traz alterações significativas nas relações sociais e institucionais, com desafios [...], representando efetivamente o exercício da cidadania plena” (VENTURA et. al, 2010 p.85-96). Ainda, Ventura (et. al 2010) ressalta que há três posições que devem ser analisadas para atuação do judiciário quanto às deficiências do SUS: a primeira defende que a eficácia dos direitos, que devem ser restrito às políticas estabelecidas pelo sistema; a segunda entende que o judiciário deve considerar a autoridade absoluta do médico, garantindo a integridade física, obrigando o SUS o fornecimento do tratamento indicado; por fim, a terceira posição, que é considerada mais adequada, pois na garantia do acesso à saúde, através do judiciário, revela que o judiciário deve analisar, no caso concreto, os direitos e o interesse que está em causa, assim, fixando a prestação do Estado, garantindo a mais ampla eficácia do direito à saúde.

Destarte, a atividade jurisdicional deve acontecer levando em conta as decisões formuladas pelo Legislativo e pelo Executivo, em vista que o Executivo possui uma visão global dos recursos disponíveis e das necessidades dos indivíduos

que precisam ser supridas. De tal modo, para ocorrer a eficácia do direito à saúde, é necessário a atuação do Judiciário, buscando, de fato, analisar o caso concreto e ponderar os direitos com fulcro na razoabilidade, assim, fixando as garantias estabelecidas SUS. A Judicialização só passou a ter resultado a partir do aumento expressivo de ações coletivas, que foi o precursor do ativismo no judiciário. Ou seja, diante da inércia ou omissão do Estado, o judiciário interfere em favor dos indivíduos que tiveram seus direitos suprimidos, com parâmetros condizentes com as diretrizes do sistema que rege à saúde pública.

CONCLUSÕES

O direito à saúde foi um grande marco para a história do Brasil, foi alvo de grande lutas e conquistas que fizeram com que se tornasse vista, aos olhos da humanidade, como um direito igualitário, universal e acessível a todos. Com a promulgação da Constituição de 1988, afim de propiciar ações e serviços voltados para a saúde, foi criado um Sistema que já havia sido idealizado, alguns anos atrás, conhecido como Sistema Único da Saúde, tido como a maior política de inclusão social que foi implementada no Brasil e que ainda apresenta significativos avanços quanto a promoção da saúde.

Diante do exposto, foi possível constatar que, mesmo com toda a evolução histórica da saúde e todas as suas conquistas constitucionais, este sistema ainda continua sendo alvo de grandes descasos perante os órgãos responsáveis por sua efetivação. Hodiernamente, é visível como a saúde é tratada, a ausência de políticas públicas, a falta de postos de atendimento, falta de profissionais qualificados e a desestruturação dos hospitais, são alguns dos itens que agravam a situação da saúde.

O direito à saúde, citado diversas vezes, é um direito do cidadão promulgado pela Constituição, sendo o Estado o principal responsável para garantir e assegurar o seu acesso, promovendo políticas públicas que garantam e zelem pela saúde, em vista que este direito está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa. Nota-se que a escusa do Estado tem se pautado na ideia da reserva do possível, ou seja, a disponibilidade de recurso para implementação de novas políticas, afim de que cumpram com o compromisso de garantir o direito a todos os cidadãos. Em contrapartida, temos o mínimo existencial, teoria esta que não tem fundamento na Constituição de 1988, porém, de forma analógica, está prevista em diversos

princípios, ressaltando a importância de preservar o direito à saúde, como garantia mínima para subsistência do indivíduo, visto que este direito está intrinsecamente relacionado ao bem jurídico mais valioso da nossa Constituição, ou seja, a vida.

Entretanto, diante do mínimo existencial, deve haver uma ponderação por parte do Estado na aplicabilidade da reserva do possível, pois uma restrição orçamentária, sem uma justificativa plausível, não pode ser objeto do Estado para eximi-lo de suas obrigações constitucionais, situação que pode e deve, como já mencionado, ser examinada pelo Poder Judiciário, que diante da inércia e da omissão do Estado, acaba atuando de forma efetiva na concessão do direito à saúde. De tal modo, o grande número de ações ajuizadas demonstra a real necessidade de adotar medidas racionais para que a tutela jurisdicional seja atuada de forma célere e justa na efetivação desses direitos.

Destarte, estamos diante de um Estado Democrático de Direito que tem por finalidade uma sociedade mais justa e igualitária. De tal modo, diante dos diversos desafios no tocante à saúde, é necessária medidas urgentes voltadas para as políticas públicas que intensifiquem os direitos consubstanciados na Constituição, a fim de alcançar, de forma plena, a universalidade e a igualdade de acesso à saúde, visto que se trata da dignidade humana, direito esse que, na sua violação, poderá implicar sérios danos à vida dos cidadãos, principalmente daqueles considerados hipossuficientes.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 2. ed. Recife: Armador, 2017.

BALESTRA NETO, Otávio. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade**, 05 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>, acesso em setembro de 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO. Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm, acesso em setembro de 2018.

_____. **Lei complementar nº.141**, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp141.htm, acesso em setembro de 2018.

_____. **Lei complementar nº 181**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm, acesso em setembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178**. Relator Ministro Luiz Fux, 05/03/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287303>, acessado em setembro de 2018.

CASTRO, José Nilo de; LINO, Graziela de Castro; VIEIRA, Karina Magalhães Castro. **Fornecimento gratuito de medicamentos pelo Município – Obrigatoriedade – Município em solidariedade com o Estado – Observância da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90**. 9. ed. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Municipal, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **8ª Conferência Nacional de Saúde: Relatório Final**, 1986. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf, acesso em setembro de 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. **A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde**. Disponível em: http://idisa.org.br/img/File/GBRAN-RESPONSABILIDADE_SOLID%C3%81RIA-7-12-13.pdf, acesso em setembro de 2018.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos**. 10. v. São Paulo: Cadernos Jurídicos, 2009.

LAURELL, Asa Cristina. **Impacto das políticas sociais e econômicas nos perfis epidemiológicos**. In: BARRADAS, R. et al. (Orgs.) **Equidade e Saúde: contribuições da epidemiologia**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, Abrasco, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MELLO, Celso de. **O Direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>, acesso em setembro de 2018.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática.** São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Jose Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

SOUZA, Maria de Lourdes; et. al. **A saúde e a inclusão social nas fronteiras.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VENTURA, Mirian; et. al. **Judicialização da saúde, acesso à saúde: justiça e a efetividade do direito à saúde,** de 21 de janeiro de 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006, acesso em setembro de 2018.