

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Carolina Navarro Manea

Presidente Prudente/SP  
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Carolina Navarro Manea

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof<sup>a</sup>. Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP  
2017

## **DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Gisele Caversan Beltrami Marcato

João Victor Mendes de Oliveira

Pedro Augusto de Souza Brambilla

Presidente Prudente, 07 de novembro de 2017

Dedico o presente trabalho à minha família.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus que me acompanha, me guia e me protege.

Aos meus pais, pela dedicação e esforço em me tornar uma boa pessoa, por terem me dado a chance de ter um bom estudo, ensejando um futuro de sucesso, também por me apoiarem sempre. Em especial à minha mãe que foi essencial para realização desse trabalho, sempre me auxiliando.

À minha irmã que, apesar de pequena, sempre me apoiou e ajudou como pôde.

À minha família por todo carinho e por estarem sempre ao meu lado, com um carinho especial às minhas avós, duas mulheres humildes e ao mesmo tempo fortes, guerreiras, que são meus exemplos de vida.

Agradeço também ao meu namorado que me apoiou, ajudou a passar pelos momentos difíceis sempre com palavras de carinho e conforto.

Aos meus amigos, desde aqueles da escola até os adquiridos ao longo desse curso, todos me acompanharam e apoiaram em momentos difíceis.

Agradeço à Professora e orientadora deste trabalho Gisele Caversan Beltrami, por todo auxílio, disposição e paciência, me ajudando da melhor forma possível. E também à Toledo, seu corpo docente e funcionários.

## RESUMO

O presente trabalho tratará sobre os direitos fundamentais, com enfoque no direito à saúde, passando pelas dimensões do direito, tratando da nomenclatura e de sua origem histórica, passando pelos princípios que regem esse direito e o fenômeno da judicialização da saúde. Ademais, foi feita uma abordagem de cada dimensão, sendo que a primeira traz os direitos de liberdade, considerados negativos, a segunda trata acerca dos direitos de igualdade, sendo positivos, já a terceira dimensão trata dos direitos de fraternidade, em seguida, alguns autores defendem a existência da quarta, relacionada à democracia e da quinta dimensão, surgindo o direito à paz isolado devido à sua importância. Os princípios foram apontados, especificando cada um deles. O governo não fornece o necessário para a população, que acaba recorrendo ao Judiciário. Isso causa a judicialização da saúde, que foi analisada e explicada, sendo o volume crescente de ações relativas à saúde. Pretende-se demonstrar a importância do surgimento dos direitos fundamentais, principalmente a saúde, a relevância do fenômeno da judicialização e as formas de melhorar o sistema. Foram utilizados métodos de pesquisa, estudo de casos e análises de situações concretas.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Judicialização da saúde. Conselho Nacional de Justiça. NAT-JUS.

## ABSTRACT

The present work will deal with fundamental rights, focusing on the right to health, going through the dimensions of the law, dealing with nomenclature and its historical origin, going through the principles that govern this right and the phenomenon of the judicialization of health. In addition, an approach of each dimension was made, the first one brings the rights of freedom, considered negative, the second deals with the rights of equality, being positive, since the third dimension deals with the rights of fraternity, then some authors defend the existence of the fourth, related to democracy and the fifth dimension, arising the right to isolated peace because of its importance. The principles were pointed out, specifying each one of them. The government does not provide what is necessary for the population, which ends up appealing to the Judiciary. This causes the judicialization of health, which was analyzed and explained, with the increasing volume of health-related actions. The aim is to demonstrate the importance of the emergence of fundamental rights, especially health, the relevance of the phenomenon of judicialization and ways to improve the system. Methods of research, case studies and analysis of concrete situations were used.

**Keywords:** Right to health. Judicialization of health. National Council of Justice. NAT-JUS.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO À SAÚDE: SURGIMENTO, TERMINOLOGIA E CLASSIFICAÇÃO .</b>	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Panorama Histórico .....</b>	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>Das Questões Terminológicas.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>Direitos Fundamentais e suas Dimensões.....</b>	<b>14</b>
<b>2.3.1</b>	<b>Primeira dimensão .....</b>	<b>15</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Segunda dimensão .....</b>	<b>17</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Terceira dimensão.....</b>	<b>18</b>
<b>2.3.4</b>	<b>Quarta dimensão .....</b>	<b>19</b>
<b>2.3.5</b>	<b>Quinta dimensão .....</b>	<b>20</b>
<b>2.4</b>	<b>O Direito Fundamental À Saúde .....</b>	<b>21</b>
<b>3</b>	<b>UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA.....</b>	<b>23</b>
<b>3.1</b>	<b>Princípio da Igualdade .....</b>	<b>23</b>
<b>3.2</b>	<b>Princípio da Proporcionalidade .....</b>	<b>25</b>
<b>3.3</b>	<b>Princípio da Reserva do Possível .....</b>	<b>27</b>
<b>3.4</b>	<b>Princípio do Mínimo Existencial .....</b>	<b>29</b>
<b>3.5</b>	<b>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....</b>	<b>30</b>
<b>3.6</b>	<b>Princípio da Separação dos Poderes .....</b>	<b>31</b>
<b>4</b>	<b>DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO .....</b>	<b>34</b>
<b>4.1</b>	<b>A Efetivação do Direito à Saúde e a Intervenção do Poder Judiciário.....</b>	<b>36</b>
<b>4.2</b>	<b>O Ativismo Judicial uma Análise sob o viés do Neoconsitucionalismo .....</b>	<b>38</b>
<b>4.3</b>	<b>O Papel do Juiz .....</b>	<b>40</b>
<b>4.4</b>	<b>Direito à Saúde e Meios Processuais para sua Efetividade e as Tendências Jurisprudenciais.....</b>	<b>41</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>46</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordou o tema do Direito à saúde e sua Judicialização, com o objetivo de demonstrar ao leitor um panorama acerca desse direito e o crescente fenômeno da Judicialização.

Foi analisado o surgimento do direito à saúde, bem como as dimensões ou gerações de direitos fundamentais, questão com divergências na doutrina com relação à terminologia utilizada.

Além da questão terminológica, a doutrina diverge ainda sobre o número de dimensões existentes e quais seriam elas. Isso ocorre, porque a sociedade está em constante mutação, e o direito deve acompanhar essas mudanças a fim de oferecer proteção aos indivíduos de uma sociedade.

Então, foram delimitados os direitos inclusos em cada uma delas. O direito à saúde é classificado na segunda dimensão, sendo considerado um direito positivo, buscando sempre uma posição ativa do Estado.

Em seguida, foram estudados os princípios que norteiam o direito à saúde, quais sejam: Princípio da Igualdade, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Reserva do Possível, Princípio do Mínimo Existencial, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Princípio da Separação dos Poderes.

A análise principiológica é de suma importância para o tema tratado visto que eles são utilizados pelos juízes nas ações envolvendo direitos fundamentais.

O princípio da igualdade é aplicado em todo o ordenamento jurídico, está previsto na Constituição Federal e é o pilar básico do Sistema Único de Saúde, pelo qual todos devem ter acesso igualitário à saúde, devendo ser tratados de acordo com as necessidades e desigualdades.

O Princípio da Proporcionalidade pode ser considerado um postulado normativo, pois é ele que auxilia na ponderação dos outros princípios.

A reserva do possível trata sobre os recursos despendidos pela administração pública para os tratamentos de saúde. Esse princípio comumente entra em choque com o mínimo existencial. Por esse princípio o Estado deve garantir aos cidadãos uma terapêutica mínima a fim de prezar por uma vida com dignidade.

A dignidade da pessoa humana é muito abrangente e relevante para qualquer direito fundamental, é inerente ao ser humano, sendo um direito indisponível.

O princípio da separação dos poderes está presente no tema devido às ações que chegam ao Poder Judiciário em busca da efetivação de um direito. Prover direitos por meio de políticas públicas é papel do Poder Executivo, mas isso não acontece de forma satisfatória, por isso existe a intervenção do Judiciário.

Dessa forma, o Estado é responsável por garantir os direitos previstos constitucionalmente aos seus tutelados, entretanto, essa prestação é falha, de forma que se faz necessário recorrer a outros meios para conseguir seus direitos.

A Constituição Federal prevê a distribuição de saúde de forma igualitária e integral, por meio do Sistema Único de Saúde. Para isso é feito um planejamento orçamentário anual, determinado os recursos que serão gastos ao longo do ano.

Como esses recursos são escassos e mal distribuídos não é possível atender toda demanda do país. É nesse momento que surgem as ações requerendo consultas, exames, medicamentos e cirurgias. Com o crescente número de ações desse tipo, surgiu o fenômeno da Judicialização da Saúde, tema principal desse trabalho.

É imprescindível tratar sobre esse tema visto que é de interesse social e ainda não há uma solução para a Judicialização dos casos envolvendo saúde. Recentemente foi criada pela Comissão Nacional de Justiça uma forma de auxiliar nesses casos, fornecendo subsídios aos magistrados, na tentativa de evitar excessos.

O objetivo do presente trabalho foi entender esse fenômeno em ascendência no Brasil e buscar soluções para diminuí-lo.

Foi de grande importância para o presente artigo a leitura de autores como Norberto Bobbio, Paulo Bonavides, Luiz Roberto Barroso, entre outros, considerados conhecedores do tema, explicitando acerca do direito à saúde, apontando as formas utilizadas para melhorar o sistema.

A presente pesquisa utilizou o método histórico no que se refere à classificação do direito à saúde e aos princípios. Além do método dedutivo, já que se fez uso da dedução a fim de alcançar uma conclusão a respeito de determinada premissa de ordem classificatória e terminológica. Além disso, foram utilizados conhecimentos práticos e análise de dados de casos práticos.

## **2 DIREITO À SAÚDE: SURGIMENTO, TERMINOLOGIA E CLASSIFICAÇÃO**

Os direitos fundamentais foram surgindo com o tempo, seguindo a evolução da sociedade, buscando melhorias para atender as necessidades de cada época. Sendo assim, surgiram as gerações ou dimensões de direitos, as quais foram analisadas sob o prisma histórico, terminológico e substancial.

## 2.1 Panorama Histórico

Ao se falar em direitos é importante ressaltar que eles surgiram ao longo do tempo, de acordo com as necessidades da população em cada época.

No final do século XVIII começaram a surgir os primeiros direitos civis e políticos em resposta ao Estado Absolutista, com início nas revoluções francesas e norte americanas, que ocorreram para reivindicar o respeito à liberdade, em principal da burguesia, na tentativa de limitar os poderes absolutos do Estado.

Houve, portanto, uma busca ao direito de resistência oponíveis principalmente ao Estado, sendo chamados de liberdades negativas clássicas, que se baseia no princípio da liberdade.

Nesse momento, o indivíduo, titular do direito, busca uma abstenção do Estado, não uma prestação, estabelecendo um limite entre a sociedade e o Estado.

Surgiram os direitos à liberdade, à vida, à propriedade, entre outros, sendo que todos eles são direitos negativos.

Em um segundo momento, nos séculos XIX e XX, surge os direitos sociais, culturais e econômicos. A Revolução Industrial e a luta do proletariado em conseguir suas necessidades básicas de sobrevivência, são tratadas como o marco decisório para a fixação desses direitos. Fica ainda mais evidente após a Primeira Guerra Mundial, com a vinda da Constituição de Weimar na Alemanha, e o Tratado de Versales, ambos em 1919.

Jorge Miranda (2000, p. 88) ensina acerca do desenvolvimento histórico:

[...] século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudança sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. [...] É, portanto, um século em que o Direito público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social.

Busca-se, então, uma posição pró ativa do Estado, exigindo políticas públicas para garantir o direito à saúde, à educação, à alimentação, à previdência. É notório que se trata de direitos positivos, baseados no princípio da igualdade, visando uma vida com mais dignidade aos seres humanos.

Ao final do século XX, começa a surgir uma preocupação com a coletividade e com as gerações humanas presentes e futuras.

A partir desse momento é possível falar em direito à paz, ao desenvolvimento ou progresso, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, direito de comunicação, nota-se uma característica transindividual desses direitos, ou seja, não se destinam à proteção de um indivíduo, mas sim à proteção do gênero humano como um todo, tendo como base o princípio da solidariedade ou fraternidade.

Assim, os princípios usados como base para cada momento de surgimento de direitos fundamentais é a base da Revolução Francesa, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade.

## **2.2 Das Questões Terminológicas**

Esse processo de evolução conforme o surgimento dos direitos fundamentais nas constituições foi dividido a fim de organizá-los em classes, chamadas de dimensões ou gerações, porém essa é uma divisão de importância acadêmica, visto que os direitos fundamentais não podem ser analisados em dimensões separadas.

Acerca da nomenclatura usada, ainda existe muita divergência da doutrina com relação aos termos citados, tendo em vista que são considerados sinônimos.

Para Paulo Bonavides (2006, p. 563), e outros constitucionalistas, o termo correto seria gerações, para explicar o surgimento dos direitos em cada um de seus períodos: “(...) os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo.”

Outra parte da doutrina é contra o termo gerações, pois gera a ideia de que uma geração substitui a outra. Para Ingo Wolfgang Sarlet, o correto seria falar em dimensões (SARLET, 2007, p. 55).

Entretanto, até mesmo aqueles que usavam o termo gerações, passaram a ponderar a melhor nomenclatura, sendo que, até mesmo Paulo Bonavides (2006, p. 571-572) reconheceu a relevância científica do termo dimensões em face do termo gerações: “caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.

Os doutrinadores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nuner Junior (2005, p. 109-110) entendem que:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Diante disso, como é o posicionamento majoritário na doutrina, o termo mais coerente seria dimensões, seguindo abaixo a explicação acerca de cada uma delas.

### **2.3 Direitos Fundamentais e suas Dimensões**

São também conhecidos como direitos humanos. Importante salientar que surgiram da necessidade de garantir um mínimo necessário à vida e de proteção aos indivíduos frente ao poder do Estado, haja vista que é hierarquicamente superior.

Para que um direito se torne fundamental é necessário que esteja previsto na Constituição do Estado.

No caso do Brasil eles estão previstos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, entre o artigo 5º e o 7º da Constituição Federal de 1988, se estendendo até outros artigos da própria Lei Maior e em outras leis esparsas.

O artigo 5º prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, os artigos subsequentes preveem os chamados direitos sociais e direitos trabalhistas.

São características desses direitos a inalienabilidade, por serem direitos intransferíveis e inegociáveis; a imprescritibilidade, ainda que não usados, podem ser exigidos; a irrenunciabilidade, porque não é possível abrir mão; universalidade e limitabilidade, ou seja, não são absolutos, podem ser limitados nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais devem ser garantidos pelo Estado por meio de qualquer um de seus poderes, exigindo que seja cumprido o previsto pela Carta Maior. Portanto, caso o poder competente em garantir saúde ou educação, por exemplo, seja omissivo, se faz necessária a intervenção de outro poder para garantir os direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, uma vez garantido o direito, o Estado não pode retroceder, ficando vinculado ao que está previsto na sua Constituição, devendo utilizar-se de políticas públicas de maneira adequada para distribuir e melhorar a vida dos seus governados, com os recursos disponíveis.

### **2.3.1 Primeira dimensão**

Essa dimensão é composta pelos direitos civis e políticos, podendo citar como exemplo o direito à vida, à inviolabilidade de domicílio, à intimidade, entre outros, os quais buscam uma independência aos cidadãos frente ao Estado e também a outros indivíduos da sociedade, tendo como base o princípio da liberdade.

Os direitos abrangidos por essa dimensão surgiram com a Revolução Francesa, em busca de melhorias frente ao poder absolutista do Estado. Sendo direitos de liberdade, um dos pilares da referida revolução, sua principal função é garantir proteção para a sociedade.

Vladimir Brega Filho (2002, p. 22) discorre sobre o tema:

A princípio, os direitos fundamentais constituíam uma limitação do poder estatal, pois buscavam delimitar a ação do Estado. Tais direitos definiam a fronteira entre o que era lícito e o que não era para o Estado, reconhecendo liberdades para os cidadãos, pois o que ficasse fora do alcance do Estado,

seria lícito. Eram chamados de direito de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado (negativos). Esses direitos exigiam uma abstenção e não uma conduta positiva.

[...]

Tais direitos, também chamados de Liberdades Públicas, direitos individuais ou direitos civis e políticos, são classificados de primeira geração. Entre esses direitos estariam os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade e outros) complementados pela liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião e pelos direitos de participação política.

São as liberdades negativas clássicas, os direitos que exigem do Estado uma abstenção, na tentativa de impor um limite entre a vida do indivíduo e a vida pública, e devido a isso, têm uma importância tão grande que estão presentes em todas as Constituições dos países democráticos.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2005, p. 2016) afirmam:

Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas 'liberdades públicas negativas' ou 'direitos negativos', pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.

Nesse ramo dos direitos fundamentais estabeleceu-se limites para a atuação do governo para com seus governados, demarcando a área na qual era proibida interferência por parte do Estado.

Nota-se que os direitos que compõem essa dimensão, por serem negativos, assumem uma posição de garantia para o cidadão, exigindo apenas que o Estado respeite, sem influenciar na vida privada dos indivíduos.

### **2.3.2 Segunda dimensão**

Nessa dimensão ocorre o oposto da anterior, aqui busca-se uma posição ativa do Estado, para que, por meio de políticas públicas, garanta aos seus tutelados condições mínimas para uma vida com dignidade.

Após a conquista da liberdade, foi necessário estabelecer as condições para o indivíduo viver em sociedade. Portanto, com a Revolução Francesa, não foi suficiente estabelecer apenas um limite ao Estado, sendo necessário que surgissem

os direitos positivos, considerados de segunda dimensão, garantindo aos cidadãos a igualdade, segundo pilar do ideal francês.

Segundo Brega Filho (2002, p. 23):

Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício das liberdades individuais. Haveria uma complementação entre as Liberdades Públicas e os direitos sociais, “pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”.

Estão presentes aqui os direitos sociais, econômicos e culturais, com base no princípio da igualdade, citando como exemplo o direito à saúde, ao trabalho, à educação, à cultura, ao lazer, dentre outros.

De acordo com Themistocles Brandão Cavalcanti (1964, p. 197):

Assim, o direito ao trabalho, à subsistência, ao teto, constituem reivindicações admitidas por tôdas as correntes políticas, diante das exigências reiteradamente feitas pelas classes menos favorecidas no sentido de um maior nivelamento das condições econômicas, ou, pelo menos, uma disciplina pelo Estado das atividades privadas, a fim de evitar a supremacia demasiadamente absorvente dos interesses economicamente mais fortes.

Importante ressaltar que se tratam de direitos reais e concretos, positivos baseados no princípio da igualdade, a fim de melhorar as condições de vida da população.

Essa dimensão visa compensar no plano jurídico o desequilíbrio que ocorre de fato entre Estado e sociedade.

### **2.3.3 Terceira dimensão**

Ocorre aqui uma proteção da essência do ser humano, não há uma preocupação individual ou com um grupo específico, baseando-se nos princípios da solidariedade e fraternidade.

Segundo Alarcon (2004, p. 81):

[...] a aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que

pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas.

São exemplos o direito à comunicação, à autodeterminação dos povos, e direito à paz, ao meio ambiente, considerados interesses transindividuais, ou seja, direitos coletivos em sentido amplo.

Esses direitos visam proteger interesses de titularidade coletiva ou difusa, portanto, não existem para proteger o homem individualmente, mas sim as gerações humanas.

O artigo 81, parágrafo único do nosso Código de Defesa do consumidor define o que são direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos:

Art. 81 Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:  
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;  
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;  
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Diante disso, esses direitos exigem cuidados em escala mundial, para que haja sua verdadeira efetivação.

#### **2.3.4 Quarta dimensão**

Alguns doutrinadores defendem a existência dos direitos de quarta dimensão, porém os direitos contidos nessa dimensão ainda são objetos de discussão, Paulo Bonavides (2006, p. 571), por exemplo, afirma:

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

O referido jurista trata da quarta dimensão como o ápice da pirâmide, usando como base as três dimensões anteriores (2006, p. 571-572):

Os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Assim como nas outras dimensões, essa não substitui os direitos já existentes, eles se somam, e não apenas isso, mas as outras dimensões tornam-se base para que o direito à democracia seja plenamente exercido, possibilitando a construção de uma sociedade mais justa.

O surgimento dessa dimensão adveio da descoberta de novas tecnologias e da internacionalização, como afirmam Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares (2000, p. 389):

Trata-se de um rol de direitos que decorrem, em primeiro lugar, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo [...] o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos.

Diferentemente do entendimento de Paulo Bonavides existem aqueles que entendem a quarta dimensão como a de direitos biotecnológicos, podendo citar Norberto Bobbio como um defensor desse posicionamento (1992, p. 6):

[...] já apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

E ainda, para que não restem dúvidas, Alarcon (2004, p. 90) afirma:

O passo dos direitos fundamentais a essa nova dimensão de reconhecimento de direitos se deve a que, se já há algum tempo é perfeitamente possível observar a manipulação de animais e vegetais, hoje a manipulação é sobre o ser humano diretamente, colocando-se no mundo uma discussão inicial sobre as possibilidades de se dispor do patrimônio genético individual, evitando a manipulação sobre os genes e ao mesmo tempo, mantendo-se a garantia de gozar das contemporâneas técnicas de engenharia genética.

Portanto, diante do anteriormente citado, é possível perceber uma dimensão ampla, contendo direito à cidadania e também direitos genéticos, dos quais depende a evolução da sociedade aberta no futuro.

### 2.3.5 Quinta dimensão

O jurista Paulo Bonavides classificou anteriormente o direito à paz como sendo de terceira dimensão. Porém, devido à importância desse direito, surgiu a necessidade de classificá-lo separadamente como de quinta dimensão e dar destaque à paz na classificação dos direitos fundamentais (BONAVIDES, s.a, s.p).

O jurista José Adércio Sampaio Leite entende acerca dessa dimensão que (2002, P. 302):

Como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração dos direitos humanos com múltiplas interpretações. Tehararian (1997 a e b) diz sobre “direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados”, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de “segurança ontológica” para usar a expressão de Laing (1969). Para Marzouki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de resposta à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementaridade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem.

Diante disso, é possível perceber que é uma dimensão ainda em desenvolvimento, não sendo um entendimento pacificado na doutrina.

Conforme foram analisadas acima as dimensões têm caráter doutrinário, muito importante, porém no plano real devem existir direitos interligados. Acerca de todas as dimensões, é relevante lembrar que uma não exclui a outra, elas se somam.

## 2.4 O Direito Fundamental À Saúde

A saúde é um direito social, os quais estão presentes na Segunda Dimensão. Conforme já explicitado anteriormente, os direitos sociais são direitos positivos, que demandam uma atividade do Estado, no sentido de garantir o direito aos cidadãos.

Saúde não é exclusivamente um atendimento médico, “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (Organização Mundial da Saúde, 1946).

Esse direito está previsto na Constituição Brasileira, em seu artigo 6º, juntamente com outros direitos sociais, o que faz deles direitos fundamentais, e conseqüentemente não pode retroceder. Segue abaixo:

Art. 6º 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.

Esse rol visa proteger os indivíduos da sociedade, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, sabe-se que os recursos são limitados e a falta de eficácia causa prejuízos aos cidadãos.

A Organização Mundial da Saúde (1996, s.p) preconiza o acesso à saúde em sua Constituição:

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

Portanto, houve uma preocupação quando à universalidade desse direito, sem qualquer distinção.

Há, inclusive, previsão expressa na Constituição Federal de 1988, garantindo aos cidadãos brasileiros um acesso universal e igualitário de responsabilidade do Estado.

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

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

A própria Carta Maior do Estado garante aos seus governados e impõe ao Poder Público a efetivação, o controle e fiscalização desse direito imprescindível.

Conforme já dito, saúde não é apenas o fornecimento de medicamentos por meio da medicina curativa, mas é necessário que exista também a medicina preventiva, inclusive com a educação preventiva.

Para que isso aconteça, e a saúde seja efetivada é necessário a criação de políticas públicas, para capacitar aqueles que terão relação direta com o sistema.

### **3 UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA**

Os princípios a seguir são previstos constitucionalmente e norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro. São normas abrangentes utilizadas nas relações jurídicas para solução de conflitos.

O princípio da igualdade se resume no tratamento igual para o iguais e tratamento desigual para aqueles que possuem diferenças, na medida em que se diferenciam.

O princípio da proporcionalidade não é propriamente um princípio, sendo aplicado em processos com sentido de postulado normativo, logo, é utilizado para ponderação entre os demais princípios.

A reserva do possível se refere aos recursos estatais que entra em confronto diretamente com o mínimo existencial, que visa garantir os direitos mínimos para uma vida com dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é muito abrangente e envolve direitos inerentes à própria condição de ser humano.

Por fim, o princípio da separação de poderes garante que os poderes estatais sejam independentes, equilibrados, devendo controlar um ao outro.

### **3.1 Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Seu surgimento se deu no contexto pós Revolução Francesa no ano de 1789 com a decorrência da Declaração Francesa, a qual consagrou princípios jusnaturalistas tais como liberdade e igualdade, conforme se vê em seus artigos citados abaixo:

Art. 1º - Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas sobre a utilidade comum.

Art. 6º - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer protegendo, quer punindo. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção senão a da sua virtude e dos seus talentos.

A partir desse momento, a igualdade passou a ser reproduzida em outras Constituições, na tentativa de consagrar o discurso liberal. Entretanto, mesmo diante desse movimento social que visava garantir a efetividade de um modo igualitário, de acordo com Rousseau (2006, p. 32), as desigualdades não deixaram de existir, conforme cita em seu livro:

Sob os maus governos essa igualdade é somente aparente e ilusória; serve só para manter o pobre na sua miséria e o rico na sua usurpação. Na realidade, as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm, donde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e nenhum tem demais.

Por muito tempo, os ideais iluministas, que subsistem até os dias atuais, de igualdade foram reconhecidos apenas, formalmente, sendo uma mera ficção, tornando-se uma concepção hipócrita-formal do princípio, como dizia Comparato (1993, p. 69):

O princípio da igualdade liberal era mero triunfo do formalismo abstrato e hipócrita, sobre a crua evidência das realidades concretas. Se antes havia

uma sociedade juridicamente desigual, agora a desigualdade deslocou para o campo econômico.

Nesse contexto surgiu o fenômeno da “luta de classes”, com predominância nos Estados onde o sistema era capitalista, e com isso, surgiram os direitos de segunda dimensão. Tais direitos eram conhecidos como direitos sociais e econômicos, e tinham como finalidade implementar a igualdade de fato, não apenas formalmente.

No Brasil, a primeira Constituição a prever a igualdade foi a de 1824, em seu artigo 179, XIII: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Ainda nesse mesmo período, os escravos não eram considerados seres humanos, conseqüentemente, não tinham os mesmos direitos que o restante da sociedade, sendo submetidos às leis de seu proprietário, o que significa afirmar que eram considerados propriedade destes. Ainda que a Constituição brasileira falasse em igualdade, não era o que de fato ocorria no país.

Outro marco com relação a esse princípio foi a Constituição brasileira de 1934, que declarou a igualdade, proibindo discriminações, sendo, portanto, a primeira que efetivamente instituiu a igualdade.

Com relação à Constituição atual, a igualdade é tida como um objetivo da República e está representada em vários de seus artigos, entre eles o artigo 4º, inciso VIII, tratando de igualdade racial, o artigo 5º, incisos I, VIII, XXXVIII que versa sobre igualdade entre os sexos, de credo religioso e igualdade jurisdicional, respectivamente, o artigo 7º, inciso XXXII que traz a igualdade no âmbito trabalhista, entre outros.

O princípio da igualdade pode ser analisado de duas formas: (1) perante a lei, que é a aplicação do direito em casos concretos, e, (2) na lei, com enfoque nas normas jurídicas, que não devem ter distinções, salvo àquelas autorizadas pela própria Constituição. Portanto, além de impedir que sejam criadas leis que tratem com diferença pessoas dentro da mesma situação, sob pena de inconstitucionalidade, o referido princípio garante a aplicação da lei de maneira igualitária, e por último, busca evitar que o próprio particular tenha condutas discriminatórias com seus semelhantes, sob pena de responsabilização civil e criminal.

De forma muito simples, o princípio em questão é bem colocado por Nery Junior (1999, p. 42) ao dizer que: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.”

É possível concluir, portanto, que a Lei Maior brasileira não garante uma igualdade meramente formal, na verdade, busca uma igualdade proporcional, baseando-se em fatos concretos a fim de determinar a desigualdade entre as partes.

Dessa forma, é possível o tratamento desigual, desde que esteja pautado em critérios justificáveis, em busca da equidade de direitos e obrigações.

### **3.2 Princípio da Proporcionalidade**

Esse princípio é utilizado na resolução de conflitos nos casos em que há confronto entre direitos e interesses legalmente protegidos. Dessa forma, ele não entra em conflito com outro princípio, e é utilizado com sentido de postulado normativo, que são normas metódicas, que auxiliam, estruturam e viabilizam a aplicação das demais normas jurídicas (princípios e regras).

Destaca-se que há posicionamento no sentido de que o princípio da proporcionalidade se equipara ao outro princípio de ordem constitucional: o da razoabilidade<sup>1</sup>.

Dessa forma, ao existir um choque entre princípios, devemos usar a proporcionalidade, a fim de resguardar os direitos fundamentais, e para isso é necessário avaliar as causas e consequências de cada um deles no caso concreto. O princípio da proporcionalidade vai muito além da palavra “proporção”, trata-se de um mecanismo de controle dos atos dos Poderes Estatais. No julgamento da ADI 3324, disse o Ministro Gilmar Mendes:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso nas restrições de direitos fundamentais. [...] A par dessa vinculação de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais”. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos [...].

---

<sup>1</sup> Também conhecido como princípio da proibição do excesso, está previsto expressamente na Lei 9.784/99. Como a lei não permite ao legislador agir de forma insensata, fora da racionalidade do senso comum, esse princípio é considerado por boa parte da doutrina o limite para a discricionariedade do administrador.

A doutrina sugere o estudo da Proporcionalidade por três submáximas, três espécies de testes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é utilizada para analisar se a medida imposta é apta a atingir o fim a que se destina. A necessidade é o ato de observar se a medida imposta é a menos onerosa possível, com a mesma eficácia. E proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação, balanceamento de valores, considerando se aquilo que foi alcançado conservou os direitos fundamentais mais importantes. Conforme entende Bonavides (2003, p. 426):

É um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras, a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso, concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.

A adequação pode ser analisada por três vertentes: quantitativo, qualitativo e probalístico. Acerca do aspecto quantitativo entende-se que o meio escolhido promove mais ou menos intensidade quando comparado a outro. Em questão da qualidade é possível ter soluções melhores, piores ou iguais. Já o critério probalístico garante que o meio escolhido trará mais certeza de resultado.

Portanto, os entes públicos devem sempre se basear nesses pontos para que tomem decisões corretas, escolhendo aquilo que for melhor, mais intenso e que traga maior segurança com relação aos conflitos de princípios. Após ultrapassar esses três pilares, o confronto será resolvido para que o resultado seja o mais adequado. Para tanto, explica Ávila (2009, p. 172) acerca do entendimento do Supremo:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra, de um lado, a exigência de evidência na declaração de inviabilidade de uma medida por ser ela inadequada e, de outro, a circunstância de o exame de adequação como, de resto, de qualquer postulado, sempre envolver a violação de algum princípio constitucional.

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, tratado a seguir, são princípios implícitos, ou seja, não precisam estar previstos para estarem presentes no Estado Democrático de Direito, pois são da natureza e essência do direito.

### **3.3 Princípio da Reserva do Possível**

A prestação de direitos fundamentais por parte do Estado depende diretamente dos recursos disponíveis, portanto, é necessária a apreciação no âmbito econômico, para que se analise a eficácia e efetivação desses direitos. O surgimento dessa ideia se deu na Alemanha nos anos 1970.

Esse princípio opera como limitação jurídica e fática aos direitos fundamentais, visto que os recursos do Estado são limitados, e a demanda é extremamente alta.

Tendo em vista a ausência de normas definindo os parâmetros de aplicação dos recursos, surge uma preocupação com relação ao âmbito financeiro do país. Sarlet (2008, p. 30) defende uma dimensão tríplice envolvendo esse princípio:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Entretanto, apesar de servir como limitação, esse princípio não deve ser visto como um meio do Estado se eximir de suas obrigações. Para tanto, ao invocar a reserva do possível, o Estado deve provar a insuficiência de recursos para aquela prestação jurisdicional, sempre ponderando o limite razoável em cada caso concreto.

Para que haja prestação pelo Estado são necessários três requisitos: a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço. Se estiverem presentes todos os requisitos, o serviço prestado estará de acordo com o princípio da reserva do possível.

É sabido que o Estado não possui recursos suficientes para atender a todos os seus tutelados, por isso, deve fazer a melhor escolha, levando-se em conta cada caso. George Marmelstein Lima (2008, p. 319-323) nos ensina:

Para tanto, deve-se sempre observar as peculiaridades de cada caso concreto, pois como o Poder Público não possui recursos financeiros suficientes para o atendimento de todas as demandas, deve-se fazer escolhas entre os casos mais necessários.

Todo ano o governo lança mão do seu planejamento orçamentário, no qual são separadas verbas para cada área, mas, como já foi dito, o Poder Público não

possui recursos suficientes para atender todas as demandas, e não pode tirar de um serviço essencial para colocar em outro.

Nota-se que as questões orçamentárias são de competência do administrador, pois cabe a ele utilizar esses recursos ao longo do tempo, devendo, portanto, se programar para que não falem recursos à serviços essenciais.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 167, não permite o gasto com projetos ou programas não previstos na lei orçamentária anual, as despesas que ultrapassem os créditos orçamentários, e também, o remanejamento de recursos de uma divisão para outra sem autorização legislativa.

Isso não impede a atuação do Poder Judiciário ordenando ao Poder Público que preste determinado serviço, independentemente dos recursos disponíveis, utilizando-se do princípio da ponderação. Se houver uma colisão entre direitos fundamentais e previsão orçamentária prevalecerá o direito fundamental, mas é preciso evitar que apenas um deles seja considerado, buscando sempre uma harmonização.

Importante destacar a decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, RE 393175/RS:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Na contramão desse princípio surge o princípio do mínimo existencial, tratado a seguir.

### **3.4 Princípio do Mínimo Existencial**

De acordo com esse princípio o Estado deveria garantir o conjunto de bens básicos necessários para vida, baseando-se no binômio necessidade/capacidade com relação aos dois lados, Estado e particular tutelado. Uma pessoa que não tenha condições de se sustentar, sozinha ou com auxílio familiar, possui a possibilidade de exigir do Estado o mínimo para uma vida com dignidade.

O princípio do mínimo existencial por Ricardo Lobo Torres (1999, p. 141): “Um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

É notório que esse princípio se confronta diretamente com o princípio da reserva do possível, pois ao mesmo tempo que o Estado deve fornecer serviços mínimos, seus recursos são escassos, e com isso, os conflitos são levados ao Judiciário, visto que as pessoas têm direito àquele serviço e o Estado não fornece por falta de verba, cabendo então ao juiz ponderar qual deve prevalecer, sem excluir o outro princípio. Para Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 27), mínimo existencial é:

O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino

O mínimo existencial surgiu na tentativa de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2007, p. 67-68) ensina sobre o tema:

Uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos indispensáveis ao desfrute de uma vida digna.

Assim, trata-se de uma obrigação do Estado conceder para os cidadãos uma vida digna, por meio de políticas públicas, garantindo principalmente saúde, educação e moradia. Caso não o faça, a população tem direito de recorrer ao Poder Judiciário, a fim de conseguir aquilo que lhe é de direito.

### **3.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Em um primeiro momento, a ideia de dignidade da pessoa humana era algo de origem religiosa e filosófica. Foi após a Segunda Guerra Mundial que se tornou um instituto jurídico, e isso se deve ao movimento pós-positivista, que defende uma

reaproximação de filosofia e direito, e também à inclusão da dignidade da pessoa humana em Constituições e documentos de ordem internacional.

Trata-se de um dos princípios mais abrangentes, por isso tem definições amplas e traz uma certa dificuldade em conceitua-lo. Esse princípio é inerente à pessoa, não existe a possibilidade de separar o homem da sua dignidade, portanto, é considerado um direito indisponível, e o Estado tem o dever de garantir aos seus tutelados a concretização desse direito.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, feita para debater sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada em 1948, traz em seu preâmbulo o princípio da humanidade e da dignidade:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...). Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana (...).

Por ser um princípio de suma importância e amplitude, existem inúmeras definições de dignidade da pessoa humana. De acordo com Ingo Sarlet (2001, p.60):

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

Ainda sobre o tema, Plácido e Silva (1967, p. 526.) entende como dignidade:

(...) dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

Devido à própria condição humana, os indivíduos são detentores de dignidade, desde o seu nascimento. Trata-se de valor universal, devendo ser

respeitado não só pelo Estado, mas também entre particulares, pois apesar de serem diferentes, todos tem direitos mínimos proporcionais às suas necessidades.

### **3.6 Princípio da Separação dos Poderes**

Os três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário estão previstos no artigo 2º da Constituição Federal. O constituinte os elevou à nível de cláusula pétrea, ou seja, não serão deliberadas propostas para aboli-los.

Em nenhum momento o Estado será comandado por uma única pessoa, são três poderes equilibrados, independentes, com funções diferentes entre si, com a finalidade de garantir a efetivação dos direitos dos tutelados.

Além disso, essa divisão ocorre para que se possibilite um controle recíproco por parte dos poderes estatais. A partir disso surgiu a chamada teoria dos pesos e contrapesos, que diz que o poder deve ser exercido de forma independente, mas complementando-se entre si.

Alguns doutrinadores defendem seu surgimento devido a necessidade de controlar a nobreza e o povo, e Aristóteles teve a ideia deles se controlarem mutuamente. Outros defendem que essa teoria teria se originado na Inglaterra com a Câmara dos Lordes tentando conter os projetos da Câmara dos comuns, devido ao medo de perder os privilégios da nobreza. Dessa evolução inglesa surgiram duas ferramentas para moldar essa teoria, quais sejam: o poder de veto, pelo qual o rei ou presidente não permite que a lei entre em vigor; e o impeachment, que é o parlamento controlando a função do executivo.

Apesar da divisão necessária para repartir as funções do Estado, o Poder é uno. Isso ocorre para que haja organização, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos. Celso Ribeiro Barros (2001, pág. 351) discorre sobre o tema da seguinte forma:

Vale, entretanto, notar que, qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto afirmar a tripartição de poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único, que é próprio das organizações políticas estatais.

Cada um dos poderes estatais tem suas obrigações previstas constitucionalmente, e por isso eles devem se controlar, para que cada um deles exerça suas funções de forma correta, sem excessos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende a existência de diferentes tipos de controle: controle de cooperação, controle de consentimento, controle de fiscalização e controle de correção.

Para entender cada controle é necessário saber que existe o chamado poder interferente: que interfere em outra área. E, o poder interferido: que é atingido pela interferência do outro.

O controle de cooperação ocorre quando o poder interferente exerce função de outro, atípica a ele, a fim de chegar ao resultado pretendido. Já o controle de consentimento se dá quando existe a permissão para interferência entre os poderes. O controle de fiscalização é obrigatório devido a previsão constitucional, portanto o poder interferente deve fiscalizar a atuação do poder interferido em busca de ilegalidades. Por fim, o controle de correção é feito pelo poder interferente que deve suspender ou desfazer os atos do poder interferido, nos casos previstos constitucionalmente.

O controle de cooperação, feito pelo poder de veto, é exercido pelo Executivo em face do Poder Legislativo com relação aos projetos de lei. Ocorre o controle de fiscalização, também por parte do Executivo em face do poder Judiciário ao propor ação declaratória de constitucionalidade em casos de controvérsia acerca da aplicação da norma. Quanto ao controle de correção, este acontece quando o controle de constitucionalidade é feito sobre a própria lei criada pelo Legislativo ou pelo Executivo. E ainda, em caso de impeachment, o Legislativo exerce controle de correção, e o Judiciário exerce o controle de fiscalização, ambos sobre o poder Executivo. Existe ainda o controle de cooperação quando dois membros do Senado e da Câmara dos Deputados integram um órgão Executivo, o Conselho da República.

#### **4 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO**

Antes da Constituição atual, nenhuma outra havia previsto o direito à saúde como um direito social de interesse público. A Constituição Federal de 1988 traz dispositivos que garantem expressamente esse direito, previsto no artigo 196 e seguintes. A partir de então temos um marco com relação aos direitos sociais e fundamentais no país, também conhecidos como direitos de segunda dimensão, com enfoque na saúde:

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

Portanto, todos os cidadãos têm direito à saúde, devendo ser garantido pelo Estado, por meio de políticas públicas, o que significa dar acesso universal e igualitário para efetivar esse direito.

Devido à previsão constitucional no artigo 197, afirmando que o direito à saúde é de relevância pública e o Estado deve dispor acerca da regulamentação, fiscalização e controle, surgiu a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90 a fim de regulamentar o direito à saúde por meio da utilização do S.U.S. Acerca do tema ensina Ladeira (2009, p. 110):

Direito à saúde configura-se como direito social prestacional que objetiva assegurar à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social livre de doenças físicas e psíquicas.

A Constituição deu especial enfoque para a saúde por ser um componente essencial da vida. De acordo Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946: A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Portanto, saúde é indispensável para a vida com dignidade, não sendo possível dissociar vida com dignidade do direito à saúde. Ela é um dos bens mais importantes e por isso é garantida de forma ampla na Lei Maior do país. Para Nascimento (1997, p. 89) é incoerente garantir a vida e a integridade física como cláusulas pétreas, não incluindo a saúde nesse rol:

No exame sistêmico do texto constitucional, incompreensível seria garantir-se como cláusulas pétreas, a vida e a integridade física do homem e não se garantir com a mesma eficácia de cláusula intocável por emendas constitucionais, visto que a saúde, destutelada, pode levar inclusive à morte. A proteção estatal da saúde decorre dos princípios adotados pela Carta, e, como resultado, é limitação material implícita a obstar sua abolição, ou redução, por emenda constitucional.

Então, o direito a saúde é de suma importância, devendo ser garantido pelo Estado não apenas de maneira a tratar o doente, mas também de forma paliativa, a fim de evitar que as doenças surjam, ou seja, o Estado deveria garantir a cura e a prevenção das doenças. Sabemos que no Brasil o Sistema de Saúde não funciona como deveria, devido à negligência do Poder Público.

Por cura entende-se todo tratamento hospitalar, bem como os medicamentos que deverão ser ministrados ao doente. Além disso, abrange também os exames que deverão ser feitos para um correto diagnóstico. Quanto aos métodos paliativos, deverão ser fornecidos pelo Estado as vacinas necessárias a fim de evitar doenças de alto risco.

A criação do Sistema Único de Saúde se deu com a finalidade de efetivar o direito à saúde no Brasil de forma integral e gratuita, na tentativa de cumprir o que está previsto na Constituição Federal. Entretanto, em se tratando do Brasil, um país de área tão grande, os recursos destinados à saúde são incompatíveis e insuficientes para toda a sociedade.

É uma atribuição estatal, abrangendo a União Federal, Estados Membros e Municípios, criar políticas públicas para tentar minimizar os riscos à saúde pública como um todo, de forma que garanta o acesso universal ao serviço de saúde, não podendo ficar omissos em relação aos seus tutelados.

Percebe-se que a prestação desse serviço feita pelo Estado é deficiente, não ocorrendo de forma plena, levando a muitos problemas no país. Pessoas morrem na fila do S.U.S. esperando consultas, tratamentos, cirurgias. Além disso, todos os dias inúmeras pessoas aguardam para receber seus medicamentos, dos quais dependem para continuarem vivas.

O S.U.S. é regido pelos seguintes princípios: universalidade, equidade e integralidade. São as bases do Sistema e eles se completam, sem um deles, o Sistema está falho.

A universalidade diz respeito a abrangência do Sistema, ou seja, todas as pessoas têm direito ao acesso ao S.U.S., independente de outros fatores como classe social, mesmo que a pessoa tenha dinheiro e condições de pagar um plano de saúde, por exemplo, poderá ter acesso à hospitais públicos e tudo aquilo que é disponibilizado pelo Estado.

O princípio da equidade, já tratado anteriormente, busca a igualdade da sociedade, não tratando todos exatamente da mesma forma, mas buscando igualar situações. Esse princípio rege o Estado democrático como um todo.

A integralidade trata sobre os profissionais da saúde e as formas de materializar o serviço dentro do Sistema, buscando organizar as práticas médicas e dar respostas à problemas na área de saúde popular.

É importante dizer que não é só o Estado que tem responsabilidade com a saúde da população, cada pessoa deve zelar pela sua própria saúde e dos demais indivíduos da sociedade.

#### **4.1 A Efetivação do Direito à Saúde e a Intervenção do Poder Judiciário**

A partir do momento em que temos uma previsão constitucional de garantia à saúde e não existe a sua efetivação, abre-se espaço para as demandas judiciais, que visam concretizar esse direito.

Com a falta de prestação de serviços de saúde por parte do Estado, as pessoas passam a buscar um meio de conseguir aquilo que lhes é de direito, e para isso, se utilizam do Poder Judiciário.

O Judiciário não pode ser omissivo, se abster de julgar algo, por ser dever da função, e em virtude disso, deve dar uma solução para o litígio entre o cidadão e o Poder Público. Nesse momento, de acordo com o artigo 126 do Código de Processo Civil, o Juiz deve utilizar as normas legais, e na falta delas, recorrer a analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, *in verbis*:

Art. 126 do Código de Processo Civil: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Nos casos relacionados à saúde, a principal forma utilizada pelos juízes para resolver os conflitos que surgem no curso da ação são os princípios. Dessa forma, o juiz deve ponderar, como o próprio nome já diz, utilizando o princípio da proporcionalidade, para avaliar quais as normas e princípios prevalecem.

Quando é necessária a intervenção do Poder Judiciário é porque a Administração Pública não conseguiu atender toda demanda de assuntos ligados à saúde. Nesse momento, surgem os conflitos entre o princípio da separação dos poderes e o da dignidade da pessoa humana, porque os cidadãos devem ter acesso à saúde para viver com dignidade. Entretanto isso deveria ser feito pelo Poder Executivo, que não foi capaz de prover o necessário.

Além disso, o Poder Executivo tem seu planejamento orçamentário prevendo os gastos anuais, levando em conta o princípio da reserva do possível frente ao princípio do mínimo existencial. O juiz que irá analisar qual deles tem maior importância para proferir sua decisão.

Nesse contexto surge a chamada Teoria das escolhas trágicas que diz respeito aos casos que chegam ao Judiciário em busca da satisfação de um direito fundamental, como por exemplo o direito à saúde. Nessas ações o juiz deve ponderar entre o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, sabendo que os recursos são finitos e escassos e o direito é fundamental para uma vida com dignidade. Portanto, ambas escolhas encontram limitações, ou para o Estado ou para

o cidadão. Por isso o nome escolhas trágicas e cabe ao magistrado viabilizar a melhor delas.

Conforme foi dito anteriormente, a prestação de saúde por parte do Estado não se limita apenas ao tratamento do doente no interior dos hospitais, mas também os medicamentos que forem prescritos pelos médicos e o tratamento de forma paliativa, a fim de evitar as doenças.

Dessa forma, foi criada a lista de medicamentos fornecidos pelo S.U.S., na tentativa de evitar gastos desnecessários com remédios caros e que tem a mesma função que outro já incluso na lista.

Mesmo com essa lista existem médicos que receitam remédios não inclusos, e por isso, o paciente não conseguirá de forma gratuita, devendo comprar o medicamento. Na grande maioria das vezes os pacientes não possuem renda suficiente para adquirir o remédio sem prejudicar sua subsistência, e para conseguir de forma gratuita propõe uma ação no Judiciário, que muitas vezes, seguindo a lei, concede o medicamento.

A maioria desses medicamentos são de alto custo, e ao serem concedidos pelo juiz, interferem diretamente no plano orçamentário do Estado, causando um problema com relação aos outros serviços de saúde. O valor a ser gasto com saúde por ano é pré-determinado e, se for utilizado dinheiro para comprar algo que não foi previamente orçado, faltará dinheiro em outro lugar.

Aqui também está presente o princípio da reserva do possível, que o juiz deverá avaliar se é possível conceder o medicamento de alto custo frente aos recursos disponibilizados pelo Estado.

É muito importante a intervenção do Poder Judiciário nesses casos pois o Estado se omite em fornecer aquilo que é direito do cidadão.

#### **4.2 O Ativismo Judicial uma Análise sob o viés do Neoconstitucionalismo**

O Neoconstitucionalismo é uma nova concepção, uma nova forma de olhar o Direito por meio de uma análise moral da Constituição, servindo como um dos meios de ajudar os operadores do direito a solucionar problemas. Esse movimento

busca a eficácia dos direitos fundamentais e para isso, utiliza-se da ponderação de valores que tem como base os princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Dessa forma, defende-se a análise crítica de cada caso real, tendo em vista que o magistrado é obrigado a resolver o litígio, e cada vez mais os profissionais vêm industrializando o direito, buscando respostas objetivas, de maneira genérica, sem avaliar o caso concreto a fundo.

Isso decorre da alta demanda de ações que chegam ao Judiciário todos os dias, fazendo com que existam modelos prontos, utilizando padrões iguais para situações que são apenas parecidas, cada uma com suas peculiaridades que acabam não sendo observadas nas ações. Obtém-se então decisões muitas vezes incorretas, desiguais. Com o fim de acabar com isso surge o movimento neoconstitucionalista, buscando sempre a melhor e mais profunda interpretação da Constituição Federal.

Luis Roberto Barroso entende que o neoconstitucionalismo possui três momentos importantes: o histórico, o filosófico e o teórico. O histórico ocorreu no pós-guerra, principalmente na Europa. No Brasil, esse mesmo momento se deu com a Constituição Federal de 1988. Sobre o tema (2009, p. 246):

Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinando às circunstâncias do Parlamento e da Administração.

O marco filosófico faz relação com o movimento pós-positivista, de acordo com Barroso (2009, p. 246):

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.

Por último, o momento teórico trouxe as três principais mudanças: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Já o Ativismo Judicial ocorre quando há uma inadequação entre o Poder Público e a população, quando há uma falha por parte do Estado com relação a algum direito do cidadão, que acaba recorrendo ao Judiciário de maneira pró ativa. Busca-se com isso uma ampliação do texto constitucional sem a intenção de interferir nos atos do Poder Legislativo.

Os magistrados, ao julgar cada caso acabam gerando interpretações diferentes para as leis, muitas vezes divergentes com a doutrina e com os próprios legisladores. No Brasil, o Poder Judiciário vem se tornando adepto do Ativismo, de forma que, nas ações envolvendo medicamentos, os juízes têm cada vez mais concedido o direito ao particular, condenando o Estado ao fornecimento de diversos medicamentos de alto custo, inclusive aqueles fora da lista elaborada pelo Ministério da Saúde.

Isso só ocorre porque o Estado foi omissivo em fornecer à população políticas públicas eficazes, por isso é importante a interferência do Poder Judiciário por meio do Ativismo Judicial, determinando que as necessidades da população sejam atendidas.

Aqueles que criticam essa forma de agir do Poder Judiciário defendem que o Ativismo fere o princípio da Separação dos Poderes, mas devido à crise de representatividade e funcionalidade dos demais poderes, surge a necessidade de amplitude do Poder Judiciário para garantir que os direitos previstos na Constituição sejam preservados.

Além disso, existem aqueles que criticam o Ativismo por não ser feito por representantes eleitos pelo povo, colocando a democracia em risco, mas esse argumento é fraco, pois a própria Lei Maior prevê a possibilidade de o Judiciário sobrepor suas decisões sobre as dos representantes, de forma que faça cumprir a lei, que por sua vez foi elaborada pelos representantes do povo.

Dessa forma, percebemos que os dois movimentos citados, neoconstitucionalismo e ativismo judicial apenas visam resguardar a Constituição Federal, fazendo valer seus direitos fundamentais.

### **4.3 O Papel do Juiz**

O juiz tem como principal função a interpretação da lei e para isso deve utilizar-se de silogismo, que consiste em se ater à norma como um ponto maior e ao fato jurídico como um ponto menor, para analisá-los e chegar a uma conclusão. Portanto, as normas devem trazer soluções em seu plano abstrato para as questões jurídicas e o juiz, conhecendo o ordenamento jurídico, é quem deve analisar e definir qual norma se aplica para cada caso concreto, para ao final proferir uma sentença com a sua decisão.

Entretanto, ao longo do tempo houve uma evolução apontando que a norma jurídica, por ser abstrata, não traz soluções para os problemas reais, e que, na verdade, seria necessário individualizar o problema por seus elementos reais. O juiz, além de utilizar um conhecimento técnico, passará a valorar as normas mais abertas, escolhendo a solução que mais se enquadra no caso, podendo ser considerado participante da criação do Direito.

Cada vez mais o Poder Judiciário vem ganhando força, não sendo mais um mero aplicador das leis feitas pelo Legislativo. Nos dias de hoje o juiz é considerado por muitos um criador do direito, visto que a sentença é uma norma jurídica, ainda que só entre as partes.

Ao mesmo tempo que se aumenta o poder, se aumentam as responsabilidades, sendo necessário cada vez mais transparência e fundamentação das decisões.

#### **4.4 Direito à Saúde e Meios Processuais para sua Efetividade e as Tendências Jurisprudenciais**

Conforme foi visto, o Estado não presta os serviços de saúde de forma satisfatória, indo de encontro com aquilo que está previsto na Constituição Federal. Por isso, é sempre necessário buscar formas que melhorem esse serviço.

O Judiciário vem interferir nos direitos fundamentais na tentativa de obrigar o Estado a prestar serviços completos que visem garantir a dignidade da pessoa humana dos tutelados do Estado.

A partir daí ocorre a chamada Judicialização, ou seja, quando o Estado é omissivo com sua função de prestar políticas públicas, o Poder Judiciário é provocado pelas pessoas que tiveram seus direitos feridos, com a finalidade de provar que são detentoras deles e que é obrigação do Estado fornecê-lo.

Assim, crescem cada vez mais as demandas no Judiciário, impedindo que as ações sejam analisadas com a devida calma e cuidado, levando a decisões pré formuladas, feitas com modelos prontos de forma engessada.

Isso causa um grande mal ao Poder Público em geral. O número elevado de demandas em questão de saúde leva a maioria das sentenças favoráveis aos particulares, obrigando o Estado a fornecer o medicamento sem ao menos analisar a questão orçamentária do governo. Isso não quer dizer que o Judiciário age de maneira errada, afinal, é humanamente impossível julgar rápido todas as demandas que chegam todos os dias aos gabinetes.

Ao final das contas o problema será sempre dinheiro. O fato do Judiciário estar cheio de ações que demandam questões de saúde mostra que o Poder Executivo não aplica o valor que deveria para efetivar políticas públicas. As próprias ações movidas pelo Judiciário geram custos ao Estado, sendo que grande parte das ações são feitas com a concessão de assistência judiciária gratuita e justiça gratuita. Portanto, move-se a máquina judiciária gerando custos apenas para o Estado.

Além disso, os magistrados têm entendido que é direito do cidadão o fornecimento por parte do Estado de medicamentos fora da lista do S.U.S, o que gera um gasto ainda maior, visto que a maioria são de alto custo. Entretanto, para inserir um medicamento nessa lista, o procedimento é longo e demorado, levando muitos pacientes à óbito pela falta de tratamento. É necessário implantar uma forma mais hábil de analisar e inserir os medicamentos fornecidos pelo S.U.S, pois alguns deles não possuem similares de baixo custo presentes na lista.

Outro problema enfrentado é a falta de conhecimento por parte dos juízes para saber sobre medicamentos e procedimentos, por isso, acabam confiando em prescrições médicas, baseando sua decisão em papéis.

As varas da Fazenda Pública estão lotadas de ações dessa questão e não há um preparo específico para ações envolvendo saúde, um dos grandes erros do governo, pois se houvessem varas especializadas poderiam haver treinamentos dos membros integrantes desses juízos, as questões poderiam ser analisadas de

forma mais profunda, com o auxílio de pessoas qualificadas, como médicos e peritos do Estado, podendo existir uma forma de consulta presencial.

Pela análise das ações nota-se a concessão do direito à saúde inclusive em sede de antecipação de tutela. Como é possível perceber na Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO SOB O RITO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. JUDICIALIZAÇÃO DE SAÚDE. CIRURGIA. URGÊNCIA. LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. COMPROVAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS. 1. Para a concessão de liminar que antecipa os efeitos da tutela, mostra-se necessário o preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, quais sejam, prova inequívoca e convencimento da verossimilhança das alegações, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 2. Demonstrada a relação de plausibilidade do direito invocado e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista se tratar de questão que envolve a saúde da autora e a presença de resquícios tumorais, se apresenta viável a concessão da tutela antecipada. 3. Deu-se provimento ao agravo de instrumento.

(TJ-DF - AGI: 20150020284710, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 09/03/2016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/03/2016 . Pág.: 239)

Entretanto, de nada adianta o Judiciário se aperfeiçoar no assunto enquanto o Poder Executivo não destinar a quantidade necessária de recursos para os programas de saúde, enquanto não for aprimorado o S.U.S, contratando profissionais capacitados e com senso comum, pensando sempre no bem maior, da população como um todo, não somente de um paciente.

Por fim, com uma análise das últimas decisões proferidas, é possível perceber uma tendência dos juízes em conceder os pedidos contra o Estado. O assunto está em discussão no STF, não tendo sido julgados os casos que chegaram até lá ainda. Conforme Ementa abaixo:

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

(STF - SS: 3345 RN, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-03 PP-00629)

A fim de solucionar esse grande problema enfrentado pelo Brasil, o Estado como um todo deve planejar e organizar o orçamento anual destinado à saúde

de forma que seja possível efetivar o direito de maneira integral e igualitária para todos os cidadãos.

O Estado não pode se eximir de uma obrigação pela simples alegação de falta de recursos. O planejamento é importante para o governo saber o que poderá ser gasto em cada área de políticas públicas, e para isso deve se basear em um juízo de ponderação e proporcionalidade, na tentativa de garantir para a população todos os seus direitos de forma plena.

O único momento em que o Estado poderia se eximir de alguma obrigação relativa a direito fundamental seria nos casos em que o valor despendido com esse direito causaria danos irreversíveis maiores do que as próprias vantagens advindas da sua efetivação.

Recorrer ao Poder Judiciário se tornou imprescindível para conseguir a efetivação dos direitos da população, já que o governo não garante políticas públicas eficientes e integral para todos. Isso faz surgir uma discussão sobre o princípio da igualdade, visto que aqueles que recorrem ao Judiciário têm seu direito efetivado de forma mais rápida, passando na frente daqueles que estão nas filas aguardando consultas, exames e cirurgias.

Entretanto, como já discutido anteriormente, esse princípio busca a igualdade entre as pessoas, e para isso, tratam-se aqueles que são desiguais de forma desigual, em busca do alinhamento das desigualdades. Portanto, um caso com maior urgência, não pode ser tratado da mesma forma que outro mais simples. O Estado deve garantir o mínimo existencial de cada um, e esse mínimo é diferente em cada pessoa, dependendo de vários fatores.

Portanto, o Estado deve garantir políticas públicas efetivas e integrais de forma que os seus tutelados tenham saúde para viver com dignidade, cada qual com suas diferentes necessidades, garantindo o mínimo existencial frente à reserva do possível.

Por isso o papel do juiz é tão importante, devendo ponderar princípios que afetam diretamente o particular e o Estado, sendo imparcial. O fato dos membros do judiciário não serem eleitos pelo povo ou escolhidos pelos governantes garante essa imparcialidade, visto que eles não estão ali para agradar a população ou servir ao governo. Na verdade, seu papel é resguardar a Constituição Federal, garantindo que os direitos previstos nela sejam efetivados pelo Estado, por isso as decisões dos

juízes devem ser contramajoritárias, isto é, devem ir em busca dos direitos das minorias, que não conseguem uma prestação justa do Estado.

Com o crescimento desenfreado das ações relativas ao direito à saúde, conhecido como Judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou mecanismos para auxiliar os juízes nesses casos. No ano de 2016 foi aprovado pelo Conselho a criação de comitês de saúde, a especialização das varas nos tribunais que tenham mais de uma vara da fazenda pública e criado o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, para que os magistrados tenham subsídios para decidir questões relacionadas ao tema.

Esses comitês devem ser compostos por juízes de primeira e segunda instância, sendo de preferência aqueles juízes que tratem de matéria de saúde, por membros da área da saúde, do Ministério Público, Defensoria Pública, advogados e um membro da OAB, e um representante do conselho estadual de saúde para representar os usuários do S.U.S e um para representar os usuários de planos de saúde e particulares.

Esses comitês foram feitos para ajudar na criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário, chamados de NAT-JUS, que serão formados por profissionais da área de saúde que elaborarão pareceres médicos baseando-se nas evidências que compõe cada caso. Além disso, o Ministério da Saúde criou uma plataforma eletrônica em forma de banco de dados com notas técnicas e julgados sobre o tema para utilização por parte dos operadores do direito.

Maria Inez Pordeus Gadelha é diretora substituta do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde, integrante do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ e comemora a conquista<sup>2</sup>:

Demos um grande passo na troca de conhecimento e experiências entre juízes, técnicos dos tribunais e especialistas em análise de evidências científicas de medicamentos, produtos e procedimentos de uso médico. Valeu muito pelo teste do sistema de informática que funcionou bem e contou com sugestões de melhoria dadas por todos.

O CNJ promoverá a capacitação dos membros integrantes que será feita no Centro de Ensino e Pesquisa do Hospital Sírio-Libanês, em São Paulo, e serão

---

<sup>2</sup> Maria Inez Pordeus Gadelha é diretora substituta do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde, integrante do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, e procedeu a estas palavras no referido Fórum.

investidos em média R\$ 15 milhões em 3 anos, por parte do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde.

No mês de maio do ano corrente as decisões dos juízes em casos de saúde começaram a ser amparadas por laudos. Embora o sistema não tenha sido implementado em todo o país ainda, o caminho está sendo percorrido em busca de melhores condições para os magistrados julgarem essas causas, a fim de evitar excessos e decisões incorretas, visto que os magistrados não têm a capacitação correta para decidir acerca da saúde, sendo muito importante esse subsídio dado pelo CNJ.

Desde o mês de julho estão acontecendo testes no estado do Paraná para que em seguida possa ser aplicado o sistema em todo o país e mais 20 estados estão prontos para recebê-lo, melhorando a questão da Judicialização da saúde.

## 5 CONCLUSÃO

A saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, muito importante, abrangendo vários princípios do Estado de Direito. Esses princípios são utilizados como base para o Poder Judiciário resolver questões envolvendo esse direito.

O direito à saúde está presente na segunda dimensão, sendo uma dimensão que trata de direitos positivos, exigindo uma prestação por parte do Estado.

O meio utilizado pelo governo para conceder o serviço de saúde é o Sistema Único de Saúde, que tem como base a universalidade, equidade e integralidade.

Portanto, o S.U.S deve fornecer saúde para todos, de forma que todos tenham tratamento igualitário de acordo com cada situação e completo.

A partir do momento em que o Estado não fornece o serviço dessa forma, surgem as ações de obrigação de fazer no Poder Judiciário. O Estado afirma que não existem recursos suficientes para atender todas as demandas, entretanto é direito do cidadão receber tratamento gratuito.

A Judicialização é um fenômeno recente no Brasil, trata-se do acúmulo de ações referentes à saúde no Judiciário.

Isso decorre da má prestação de serviços por parte do Estado, principal responsável pela concessão de saúde aos cidadãos. O Estado justifica isso com o princípio da reserva do possível e da separação dos poderes, pelos quais o Judiciário não poderia interferir no plano orçamentário do governo, por ser papel do Poder Executivo.

O particular, por sua vez, se utiliza dos princípios do mínimo existencial, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Todos têm direito a viver bem, com saúde e dignidade. Com a implementação de políticas públicas, não ocorre a violação da igualdade, tanto formal quanto material, visto que busca-se a efetivação do direito à saúde.

Ao juiz cabe ponderar entre esses princípios utilizados pelas partes, utilizando-se do postulado normativo da proporcionalidade, a fim de determinar qual deles deve prevalecer.

Em sua sentença deve fundamentar sua escolha para que o princípio vencido não seja considerado insignificante.

Considerando essa situação, o Conselho Nacional de Justiça precisou inovar buscando mecanismos que possam auxiliar os magistrados nas ações envolvendo pedidos de medicamentos e cirurgias.

Foi criado o NAT-JUS, que são comitês para a criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário. Esses comitês emitirão notas técnicas e pareceres sobre o tema, dando subsídios para os juízes.

Além disso, vão ser implementadas varas específicas nas comarcas onde existam mais de uma vara da Fazenda Pública, na tentativa de acelerar o processo e evitar decisões que causem prejuízos excessivos ao Estado.

Dessa forma, busca-se uma solução para esse problema jurídico.

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed: São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direitos Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo. Saraiva, 2001.

BIANCO, Fernanda Silva. **As Gerações de Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3033/As-geracoes-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 28 mar. 2017

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3324-7**. Requerente: Procurador Geral da República, Requeridos: Presidente da República e outro: Ministro Marco Aurélio. 16 de dezembro de 2004.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. **Código de processo civil**. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2015.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMARGO, Caroline Leite de. Saúde: um direito essencialmente fundamental. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14074](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14074)>. Acesso em: 29 mar. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de sociologia jurídica**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CIEGLINSKI, Thaís. CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde. **Agência CNJ de Notícias**, 16 mar. 2017 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 12 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Suporte para decisões sobre saúde começa pelo Paraná. **Agência CNJ de Notícias**, 03 jul. 2017 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85032-sistema-de-suporte-a-decisoes-em-saude-comeca-a-ser-usado-no-parana>>. Acesso em: out. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho aprova nova resolução para reduzir judicialização da saúde. **Agência CNJ de Notícias**, 02 set. 2016 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83333-conselho-aprova-nova-resolucao-para-reduzir-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, v. 1, p. 69-83, jan./jun., 1993.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Preâmbulo**. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 06 set. 2017.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais?**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais,37839.html>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCESCA, Declaração. **Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão**, 1789. Disponível em: <[http://corvobranco.tripod.com/law\\_dirhuf Franca.htm](http://corvobranco.tripod.com/law_dirhuf Franca.htm)>. Acesso em: 10 set. 2017.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na constituição. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&%20artigo\\_id=4528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528)>. Acesso em: 29 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8240](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240)>. Acesso em: 10 set. 2017.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105-127, maio/ago. 2009.

LIMA, Caroline Silva. **Quais são as gerações ou dimensões de direitos fundamentais mais aceitas pela doutrina?**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2205725/quais-sao-as-geracoes-ou-dimensoes-de-direitos-fundamentais-mais-aceitas-pela-doutrina-caroline-silva-lima>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

LIMA, George Marmelstein, **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário (ou especial) nº. Recorrente:. Recorrido:. Ministro Relator:. Brasília, 4 de março de 1997. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm#transcricao1>>. Acesso em: 10 set. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra, 2000, t. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: Direitos e garantias fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAUDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque, 1946. Disponível em:  
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: L&PM, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de doutrina TRF4**, ed. 24, 2008. Disponível em:  
<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 20 set. 2017.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Forense, 1967. v.2.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. **Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?** Disponível em:  
<<https://jus.com.br/artigos/31948/quantas-dimensoes-ou-geracoes-dos-direitos-humanos-existem>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

