

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Maria Claudia Crespo Brauner; Rogerio Luiz Nery da Silva; Saulo de Oliveira Pinto Coelho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-734-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O GT Direitos Sociais e Políticas Públicas, na presente edição do Congresso Nacional do Conpedi, junto à Unisino em Porto Alegre, contou com coordenação dos professores Maria Claudia Brauner, Saulo Pinto Coelho e Rogerio Luiz Nery da Silva. No GT interessantes temas foram abordados, com cuidado científico e competência jurídica, denotando franco avanço das pesquisas na área.

Os trabalhos apresentados, que compõe a presente publicação, tratam das seguintes questões:

Patricia Silva e Jonathan Vita trazem, em seu trabalho, uma discussão sobre a forma como a renúncia fiscal para fomento da cultura vem sendo efetivamente aplicada e utilizada pelos governos brasileiros. A hipótese de trabalho aponta para que os investimentos estejam, na prática, direcionados à “baixa cultura”, evidenciando problemas de efetividade da referida política.

Com o texto “A desconstrução do conceito de democracia quantitativa por meio da educação plena: formação cidadã e democracia qualitativa”, Fabiana Cordeiro e Luiz Pegoraro realizam uma análise da relação entre qualidade da educação e qualidade da democracia, na busca por superação das métricas meramente quantitativas de avaliação dessas duas dimensões. Acrescentam a essa crítica o debate sobre os problemas da influência de uma educação tecnicista na qualidade da democracia brasileira.

Jadir Zaro e Micheli Irigaray discutem em seu trabalho a questão das políticas públicas na perspectiva dos direitos humanos e da democracia, abordando a relação entre efetiva participação cidadã na formulação e implementação de políticas públicas e o real compromisso dessas políticas com a promoção de direitos humanos. Concluem pela importância da sociedade civil organizada nessa questão.

Valquiria Rodrigues e Renata Sousa trouxeram uma análise sobre a gestão de resíduos sólidos e os benefícios socioeconômicos e ambientais da aplicação de boas práticas nessa seara. A partir da análise de casos em cidades do interior do Estado de Goiás, abordam as

experiências malsucedidas nessa seara e avaliaram os custos econômicos e sociais das respectivas más práticas em atividades geradoras de resíduos sólidos. Por outra parte, e em sentido contrário, analisaram o potencial positivo da economia de gestão do lixo.

Pedro Reis, em seu trabalho, apresenta uma crítica daquilo que identifica como ineficiência do Estado na prestação de serviços educacionais no Brasil. A partir de uma retrospectiva histórica da formação das institucionalidades estatais destinadas à gestão da política pública de educação, aponta indicativamente para incoerências e paradoxos das práticas estatais de administração da educação, enfocando sobretudo as utilizações do argumento da reserva do possível para negativa de direitos educacionais.

O trabalho de Jaqueline Sena e Silvio Mesquita aborda o tema da rede de proteção da mulher e as práticas de acolhida nas instituições de saúde, quanto à mulher vítima de violência sexual. O trabalho mapeou o trabalho da rede no estado de São Luís e analisou os problemas da articulação entre o trabalho da rede de proteção e a área de segurança pública.

Os pesquisadores Roberto Lisboa e Maria Queija Alvar, em seu trabalho, abordaram o tema da reforma trabalhista como um problema de políticas públicas. Analisaram o discurso de fundamentação de aspectos da reforma em questões de avanço da tecnologia para defender que tais discursos em verdade não se sustentam e são usados para encobrir um intuito de desmantelamento deste importante instrumento de solidariedade social sem que exista evidências consistentes de resultados positivos para a desoneração do Estado e das empresas, dentre outros paradoxos.

O trabalho de Ana Claudia Pinho e Rafaela Sá aborda o direito à moradia e a usucapião como instrumento da política pública regularização fundiária no meio urbano e promoção desse direito nas comunidades que moram em ocupações irregulares. Aborda os potenciais da usucapião coletivo nessa tarefa pública e a necessidade de complementaridade entre essas políticas de regularização e outras políticas de redução de desigualdade.

Vanessa Borba apresentou trabalho sobre desenvolvimento a partir de experiências sobre a questão do direito à saúde no âmbito da gestão pública municipal brasileira. A partir de uma abordagem na teoria dos sistemas, e analisando as interfaces entre o sistema político, o sistema jurídico e o sistema de saúde. Analisou-se o princípio da subsidiariedade no âmbito do federalismo e a forma como esse princípio pode ser compreendido e adaptado ao modelo de saúde pública estabelecido no Brasil.

O trabalho de Leonel Pires e Felipe Silva aborda, a partir de referenciais da filosofia política e da sociologia contemporânea, o tema da emergência de formas totalitárias de socialização. Aborda a questão da discriminação enquanto conservação de diferenças e a necessidade de, na esfera social e privada, ser garantido um direito à diferenciação. Já na interface entre o social e o político, é possível perceber que essa diferenciação gera hierarquizações e hegemonias que, ao cabo, acabam por impregnar as institucionalidades.

Alexandro Silveira Filho e Bianca Adamati aportaram trabalho para comparar políticas públicas europeias e americanas existentes para as populações ciganas, tendo em vista a necessidade de garantia de direitos e respeito à diversidade. Analisa-se que o reconhecimento de direitos a essa população está mais avançado Comunidade Europeia que no âmbito da América Latina, pese a que a discriminação social ainda é significativa na Europa, Já na América, destaca casos com maior avanço, como o da Colômbia, por exemplo.

Alexandro Teixeira Cruz e Maria de Fátima Wolkmer tratam do problema da formulação de políticas públicas e os déficits de formulação metodológicas adequadas para esse mister. Defende que a noção de “diamante ético” de Herrera Flores, pode ajudar nessa tarefa. A partir da crítica da concepção universalista de direitos humanos e da baixa efetividade dos mesmos, propõe a aposta em uma via crítica para a formatação de políticas mais efetivas em seus planos constitutivos, de implantação e avaliação.

Em seu texto, Gabriel Sales trata do direito à saúde e bem estar por meio das práticas integrativas e complementares. Avalia os novos marcos regulatórios dessas práticas de saúde no âmbito do SUS. O estudo enfoca os potenciais para melhoria da eficiência do SUS, inclusive do ponto de vista econômico.

Já Alexandre Coser e Claudia Faria analisam a isenção do imposto sobre propriedade imóvel para famílias carentes. Considera a necessidade do estabelecimento de avanços incrementais de política de isenção nessa seara, com caráter nacionalizante do mesmo. Avalia as experiências municipais e os avanços jurisprudenciais no assunto e aponta paradoxos existentes, como a proteção contra penhora de imóvel único de valor suntuoso, convivendo com a oneração fiscal de moradias de famílias carentes.

O trabalho científico de Ana Carolina Greco Paes aborda as contribuições filosóficas para a construção de políticas públicas para o ensino religioso. Frente à possibilidade de ensino religioso confessional nas escolas públicas, o texto avalia os desafios de compatibilização dessa possibilidade com a necessidade constitucional de uma educação democrática e emancipatória. A partir de referenciais localizados principalmente em Levy Strauss buscou-

se construir algumas contribuições para a organização constitucionalmente adequada do ensino religioso, que vede o proselitismo no ambiente público.

Já o trabalho de Hélio Almeida aborda o tema do direito fundamental à moradia a partir do diagnóstico do déficit habitacional brasileiro e da busca por entender as razões para a ineficácia das políticas habitacionais brasileiras. Realiza, a partir daí, uma crítica dos discursos contemporâneos de paralização dos programas sociais em razão da crise econômica para evidenciar os paradoxos dessa postura, notadamente na área dos programas de habitação. Termina realizar um estudo comparativo de programas habitacionais existentes em outros países na América do Sul.

O trabalho de Rômulo Marão e Artenira Silva analisa questões referentes à política pública de dispensação de medicamentos, numa variante importante do tema, relacionada à preocupação com aspectos relativos ao gasto público nas respectivas compras governamentais.

O trabalho de Karoline Franca e Maria Claudia Brauner aborda os direitos sexuais reprodutivos das mulheres soropositivas. Faz análises biojurídicas a partir dos referentes da discriminação de gênero e da discriminação relativa à AIDS. Partindo dos diagnósticos existentes sobre as mulheres infectadas com HIV no Brasil e, nesse contexto, os números sobre gestantes infectadas, analisa questões referentes ao acesso à prevenção e demais instrumentos que garantam práticas sexuais livres e seguras a este grupo populacional.

O trabalho de Ana Luiza Espindola analisa a relação entre crise econômica e redução de políticas públicas e a repercussão dessa relação na redução das prestações efetivadoras de direitos sociais. Trata-se de uma investigação teórica sobre o princípio da vedação ao retrocesso e sua relação com a proteção ressarcitória da confiança como uma sua possível dimensão operacional.

O trabalho de Marcia Leite Borges e Luciana Adélia trata do tema do acesso ao trabalho por pessoas com deficiência. Enfocou-se o direito à educação profissionalizante para pessoas com deficiência e aspectos sobre sua adequação e eficiência. Trabalhou-se, como referência na pesquisa, a deficiência na perspectiva da opressão social. Analisou-se os índices de acessibilidade no ambiente de trabalho e realizou-se uma crítica das condições e oportunidades de trabalho para a pessoa com deficiência.

O trabalho de Giovani Corralo e Aline Boanova analisa de que forma os municípios irão implementar os novos marcos regulatórios relativos à transparência e participação nas

políticas públicas, entre as potencialidades configuradas na Lei 13.460. Entre conselhos e usuários, e uso de plataformas e governança digital, especula-se as possibilidades existentes.

O trabalho de Rogério Nery da Silva e Juliana de Oliveira aborda a temática da justiciabilidade de políticas públicas na área de saúde, buscando contribuir e inovar o debate existente, a partir da análise do atual fenômeno de precarização do serviço a partir da crise econômica e da respectiva atuação do judiciário em ações movidas pelos usuários, nesse contexto. Realiza-se, nesse trabalho, uma contextualização crítica da aplicação do mínimo existencial e da reserva do possível nessas questões.

Desejamos aos leitores um ótimo proveito quanto aos textos aqui publicados, certamente capazes de incrementar a análise dos temas abordados.

Profa. Dra. Maria Claudia Crespo Brauner – FURG

Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho – UFG

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: CRITÉRIOS DE JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

JUDICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS: CRITERIA FOR JUDICIALIZATION OF RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL

Rogério Luiz Nery Da Silva ¹
Juliana De Oliveira ²

Resumo

O artigo tem por tema a justiciabilidade dos direitos sociais, quanto aos critérios de judicialização do direito à saúde. O pressuposto do estudo é a exigibilidade dos direitos fundamentais na Constituição – com base conceitual. Adota por problema de pesquisa, como compreender as razões de expansão das ações judiciais para efetivação do direito à saúde? O método adotado foi o dedutivo analítico, com foco nos efeitos dessas decisões judiciais sobre a administração pública e a matriz toma por base interpretativa as noções de Mínimo Existencial e Reserva do Possível em matéria de Saúde a visa encaminhar possíveis soluções ao problema.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direitos sociais, Direito à saúde, Judicialização, Justiciabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the justiciability of the social rights, regarding the criteria of judicialization in matter of health as a right. The research seeks for the enforceability of the fundamental rights under the Constitution – by conceptual issue, its research problem: how to realize the reasons for expansion of lawsuits to enforce the right to health? The research method: analytical deductive, focuses on the effects of the judicial decisions on public administration and it investigates the interpretive basis of Existential Minimum and State Financial Possibilities Theses in matter of Health to address possible solutions to the problem.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Social rights, Right to health, Judicialization, Judiciability

¹ Pós-Doutor: Droit/Science Politique (Université Paris X); Pós-Doutor: Constitutional Law (New York Fordham University); Doutor em Direito Público. Professor de Mestrado (UNOESC); Advogado; Professor da EMERJ. CLattes: <http://lattes.cnpq.br/1275400369932551>. Email: dr.rogerionery@gmail.com.

² Mestre em Direitos Fundamentais (UNOESC). Professora universitária em direito constitucional, internacional e empresarial (UNOESC). Advogada (Oliveira e Rohr Advocacia) e Assessora Jurídica do Município de Saudades. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7725931101588344>. E-mail: juliana.oliveira@unoesc.edu.br.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca ter como tema a justiciabilidade dos direitos sociais e por recorte central o estudo dos critérios de judicialização do direito social à saúde. A Constituição Federal de 1988 é fruto de uma evolução social inspirada em cartas constitucionais de outros países, com a consequente implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais. O dever da Assembleia Constituinte de 1988 – certamente - era o de assegurar a todos a igualdade e o bem-estar social, bem como amparar os menos favorecidos e marginalizados promovendo o mínimo necessário para uma vida digna, obedecendo às diretrizes do princípio da dignidade humana.

O pressuposto do estudo é a exigibilidade dos direitos fundamentais na Constituição – com base conceitual, pois no intuito de constituir um estado democrático de direito foram ampliadas as possibilidades de participação e de questionamento judicial em decorrência do Princípio do Acesso à Justiça. Essa possibilidade, entretanto, teve como efeito derivado uma ampliação contundente das demandas judiciais pela efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais, em especial no tocante ao direito à saúde.

A pesquisa adota por problema a busca da compreensão das razões de multiplicação das ações judiciais relativas à saúde, que, apesar de ser um direito constitucional e legítimo, a utilização massiva de ações judiciais para a efetivação dos direitos fundamentais passou a gerar séria sobrecarga, não apenas ao Poder Judiciário, mas também aos Poderes Legislativo e Executivo.

A determinação judicial à União, aos Estados ou Municípios de cumprir a obrigação de fornecer determinado medicamento, internação, tratamento médico ou procedimento cirúrgico tem afetado gravemente a estrutura hospitalar, os meios de pessoal e os cofres públicos, o que tem também gerado severos questionamentos quanto ao potencial ou suposto desrespeito à Separação dos Poderes constituídos.

O método adotado foi o dedutivo analítico, com foco nos efeitos dessas decisões judiciais sobre a administração pública, que toma por base interpretativa as noções de: Mínimo Existencial e Reserva do Possível em matéria de Saúde a guisa de encaminhar possíveis soluções ao problema.

Para este fim, em um primeiro momento, se fará uma aproximação conceitual e do reconhecimento histórico dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. O fato de ser o direito à saúde um direito social e constituir dever/obrigação prestacional do Estado,

justifica-se destacar sua difícil evolução conceitual e acanhado processo de normatização legislativa no âmbito de certos Estados, daí a importância de conhecer seus princípios regentes para melhor compreender o fenômeno de judicialização da saúde. Na análise da judicialização do direito à saúde, serão evidenciados os critérios adotados pelos tribunais e uma visão de justiciabilidade para a concessão desse social no Brasil.

2. DIREITOS SOCIAIS: o reconhecimento histórico e de amplitude conceitual

Os direitos fundamentais elencados e garantidos pela Constituição Federal de 1988 sofreram grandes transformações até chegarem ao patamar em que se encontram nos dias atuais. Portanto, é imperioso conceituar e conhecer a trajetória desses direitos para compreender sua consolidação e relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos humanos, segundo Sarlet (2015), são considerados como pilares e fundamentos dos direitos e garantias fundamentais. Para Moraes (2011) os direitos humanos fundamentais são inerentes ao ser humano e seu objetivo é resguardar o respeito à dignidade humana, os protegendo das arbitrariedades do Estado. Assim, o conjunto desses direitos tem o condão de garantir condições mínimas de sobrevivência e desenvolvimento da personalidade humana.

Neste sentido na definição de Ferrajoli (2011), os direitos fundamentais são todos os direitos subjetivos que dizem respeito a todos os seres humanos em razão do status de pessoa. Nesta definição, direito subjetivo, é qualquer expectativa à proteção ou não lesão vinculada aos sujeitos por intermédio de uma norma jurídica.

A expressão “direitos fundamentais”, de acordo com Delevatti (2012), visa a conferir significado aos direitos subjetivos, previstos ou não, expressamente na Constituição, a qual serve como pilar do Estado. Ainda, para Russomano (2011) os direitos sociais básicos são direitos humanos e sem os mesmos a personalidade do homem não atinge sua plenitude. Neste sentido Cademartori e Grubba (2012) compreendem que os direitos fundamentais são meios para que se alcance uma vida digna¹.

Sem dúvida, caracteriza a referida expressão o papel maior de servir de “fundamento” para a edificação do ente superior em encargos denominado Estado.

¹ No mesmo sentido, Canotilho (2003) afirma que os direitos fundamentais têm como uma de suas funções a defesa da pessoa humana e sua dignidade diante dos poderes do Estado.

Assim, para melhor compreender os direitos a serem abordados no decorrer da pesquisa, cumpre conceituar alguns direitos fundamentais existentes no texto constitucional como, por exemplo, os direitos econômicos, sociais, culturais e o direito à saúde. Ademais, os direitos fundamentais abrangem direitos individuais, políticos e sociais e ainda, devem ser considerados os direitos econômicos (SILVA, 2016).

Os direitos sociais, culturais e à saúde são tidos como direitos às prestações materiais, vale dizer, são prestações devidas pelo Estado, concebidas com o exato propósito de amenizar solidariamente as desigualdades da sociedade, possibilitando a um número maior de indivíduos usufruir de algumas prestações.

Ferreira Filho (2006) classifica os direitos sociais como direitos subjetivos, como poderes de exigir prestações concretas do Estado, sendo este o responsável pelo fornecimento e garantia dos direitos sociais. A garantia a estes direitos é conferida pela instituição dos serviços públicos, portanto, é uma garantia institucional.

Os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, sejam como direitos de defesa ou como direitos prestacionais, exigem a concretização da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, os direitos sociais de natureza prestacionais buscam a igualdade e liberdade material, objetivando a proteção da pessoa contra as necessidades de cunho material, isto é, assegurar sua existência com dignidade, garantindo um mínimo existencial (SARLET, 2015).

Neste sentido, Canotilho (2003) narra que a função prestacional dos direitos fundamentais esta associada a três problemas dos direitos sociais, econômicos e culturais, quais sejam, direitos sociais originários, ou seja, a (im) possibilidade de exigir pretensões prestacionais a partir da norma constitucional; direitos sociais derivados, isto é, exigir atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais; e dimensão objetiva juridicamente vinculada ao poder público no sentido de obrigá-los à efetivação das políticas sociais.

Os direitos sociais não são fruíveis ou exequíveis individualmente. Desse modo, geralmente, em razão de seu caráter de generalidade e publicidade, dependem da atuação do poder executivo e legislativo para sua eficácia. Entretanto, os direitos individuais e coletivos que resultam de uma abstenção do ente estatal tem visível sua eficácia por não gerar qualquer ônus ao Estado (DELEVATTI, 2012).

Comparativamente, pode-se dizer que o direito econômico tem dimensão institucional o que faz diferir dos direitos sociais² que tutelam o indivíduo. No entanto, o direito econômico

² Também deles diferem os direitos culturais – conforme preveem os artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988, pelo qual o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais, bem como o acesso às

é o direito de realização de uma determinada política econômica, visando organizar as atividades de mercado tendo como inspiração o interesse social (SILVA, 2016).

Por terem como objeto a prestação por parte do ente estatal os direitos sociais prestacionais possuem uma extensão economicamente relevante, já os direitos de defesa podem ser considerados destituídos de tamanha dimensão econômica, ou seja, podem ser assegurados juridicamente independentemente das circunstâncias econômicas encontradas (SARLET, 2015).

Além dos conceitos acima abordados, sobre alguns dos direitos fundamentais que encontram sua proteção na Constituição vigente, é importante relembrar alguns aspectos históricos da sua consolidação na história da humanidade e na legislação brasileira, alguns inclusive, considerados marcos dos direitos fundamentais.

Ao falar de direitos fundamentais é imprescindível abordar o princípio da dignidade humana. Este princípio teve sua origem na religião e com o iluminismo migra para a filosofia tendo como fundamento a valoração moral do indivíduo. No entanto, é após a Segunda Guerra Mundial, motivado pelo pós-positivismo, que o princípio da dignidade da pessoa humana passa para o ordenamento jurídico. Por conseguinte, passou a estar presente em vários documentos nacionais e internacionais, bem como nas Constituições dos Estados democráticos (BARROSO, 2010).

Ademais, o princípio da dignidade humana tardou a aparecer no texto constitucional brasileiro, no entanto, em comparação com os demais países que o incluíram em suas cartas constitucionais, o Brasil o reconheceu precocemente. A primeira aparição do princípio da dignidade humana nas constituições brasileiras foi em 1934 em decorrência da grande influência da Constituição de Weimar de 1919 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

O reconhecimento dos direitos em comento representa uma conquista da sociedade, pois nos tempos primitivos o poder era da totalidade, ou seja, exercido por toda sociedade. No entanto, com o desenvolvimento da apropriação privada passou a existir um poder dominante exercido pelos proprietários sobre os não proprietários e assim surgiram as primeiras preocupações do homem com opressões sociais e políticas (SILVA, 2016).

A consolidação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de mudanças ao longo dos anos, o que significa que referidos direitos não são imutáveis. Deve-se salientar entendimento bem aceitos na atualidade de que os direitos fundamentais assumem

fontes da cultura nacional, e ainda, apoiará e incentivará as manifestações culturais. É garantida também a proteção ao patrimônio cultural brasileiro (BRASIL, 1988).

especial importância quando da inversão da relação entre Estado e sujeito, de possuidor de direitos, para depois, sujeito com deveres para com o Estado (MENDES; BRANCO, 2016).

De acordo com os ensinamentos de Delevatti (2012), as revoluções sociais buscavam a aplicação do direito a todos os cidadãos, garantia que o estado liberal não proporcionava vez que estabelecia a exploração capitalista. Durante o estado liberal grande parte da sociedade ficava destinada a marginalização devido à individualização estabelecida pelo regime político. Desta forma, surgiu a necessidade de uma nova ordem política que propiciasse o desenvolvimento econômico e social, diante das novas necessidades sociais. Assim, surge o Estado Social.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, segundo Comparato (2017), foi o maior benefício do movimento socialista que teve seu início na primeira metade do século XIX. Acresce que o titular desses direitos não é o ser humano abstrato, mas sim os grupos sociais marginalizados e miseráveis.

Conforme Machado (2009), apesar do vínculo existente entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, a adoção daqueles nas constituições dos Estados ocorreu muitos anos após a concessão destes. Isto nos remete a uma divisão dos direitos denominada por alguns doutrinadores como gerações de direitos e por outros como dimensões de direitos fundamentais.

No século XIX surgem os direitos de primeira geração que são os direitos de liberdade e igualdade, ou seja, os chamados direitos civis e políticos, que inauguraram o constitucionalismo. Já no século XX não sendo mais suficientes os direitos civis e políticos, surgem os direitos de segunda geração, os quais se caracterizam por propiciarem à sociedade direitos e prestações sociais, tais como a educação, saúde, trabalho, entre outros (MACHADO, 2009).

Da mesma forma, Mendes e Branco (2016) trazem a evolução histórica dos direitos fundamentais dividida em três gerações. Os direitos de primeira geração são os destinados à igualdade e liberdades individuais, os direitos de segunda geração como sendo os direitos sociais, e os direitos de terceira geração são os direitos difusos ou também chamados coletivos. Assim podem ser considerados direitos de terceira geração o direito à paz, ao desenvolvimento, a qualidade do meio ambiente, entre outros.

Segundo Sarlet (2015), a Constituição Federal de 1988, contando com o amparo da IX emenda da Constituição norte-americana, deu início a construção do rol de direitos e garantias fundamentais. Esta proteção não se restringe apenas a Carta Magna, ou seja, estes direitos são protegidos e tutelados por outras legislações, inclusive tratados internacionais.

Ao tratar de Estado democrático Silva (2016) afirma que a democracia é um conjunto de valores de convivência humana, que compreendem os direitos fundamentais. Neste sentido compreende-se que a proteção e importância concedida a esses direitos esta relacionada com os regimes políticos adotados em determinada época.

Ademais, com o advento da democracia instaurada pela Constituição Federal de 1988 obteve-se grande avanço legislativo dos direitos e garantias individuais, bem como a proteção de determinados setores da sociedade considerados mais vulneráveis. Ainda, a Constituição de 1988 ao aumentar a quantidade de bens a serem tutelados consequentemente amplia os direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2016).

Cumprе salientar que a grande evolução nas declarações de direitos foi a garantia da efetividade desses direitos através de um conjunto de medidas e recursos jurídicos que passaram a chamar-se garantias constitucionais dos direitos fundamentais. No entanto, a seguridade de efetivação desses direitos só foi possível em razão de sua positivação nas constituições visto que as declarações estavam carentes de proteção por não ter sua inscrição em texto legal (SILVA, 2016).

É notória a importância dos direitos fundamentais partindo do pressuposto de reconhecimento da dignidade humana pela Constituição Federal de 1988, como garantidora dos direitos fundamentais, a adotar, sobretudo, o princípio da dignidade humana como pilar de reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais.

3. DIREITO SOCIAL À SAÚDE – um enfoque legitimador

Tema de grandes debates, o direito social à saúde vem causando preocupação tanto ao poder executivo, como ao Judiciário. A multiplicação de ações postuladas nos tribunais requerendo a prestação da saúde por parte da União, Estados ou Municípios traz a tona uma série de questionamentos quanto ao amparo legislativo e sua efetividade.

Assim como a história do país o direito à saúde também sofreu grandes evoluções. Durante o período colonial inexistia um sistema estruturado de saúde, sendo que os únicos que possuíam acesso aos profissionais legais da medicina eram os senhores do café. Entre a proclamação da república e a revolução de 1930 ocorreu a delineação da política nacional da saúde com a criação do Ministério da Educação e Saúde a qual era limitada a apenas alguns segmentos de trabalhadores (BERTOLOZZI; GRECO, 1996).

Diante de grandes transformações no cenário político e econômico do país, no ano de 1953 foi criado o Ministério da Saúde o qual possuía uma estrutura frágil e recebia somente um terço do orçamento que era destinado para o antigo Ministério da Educação e Saúde. Durante o período da ditadura militar as políticas de planejamento versavam quanto à privatização dos serviços médicos através da compra desses serviços pela previdência (BERTOLOZZI; GRECO, 1996).

Neste contexto, em 1988 iniciou uma nova fase do ordenamento jurídico brasileiro com a implementação da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesta Carta foram consagrados importantes princípios e direitos fundamentais, dentre eles o direito social à saúde. Devido a expansão dos direitos fundamentais a Carta de 1988 foi reconhecida como a constituição cidadã (AMORIM, 2018).

Segundo Amorim (2018) o princípio utilizado como base pelo movimento que gerou o texto constitucional atual foi o princípio da dignidade humana, e, por conseguinte foi por meio deste princípio que todos os demais direitos fundamentais foram incorporados ao texto.

De acordo com Limberger e Saldanha (2011), o neoconstitucionalismo estabeleceu no Brasil, assim como nos demais países da América Latina, os alicerces para o Estado de bem-estar social através da aprimoração das políticas públicas e universalização dos direitos sociais.

Desse modo, cumpre destacar o conceito de direito à saúde citado em 1964 no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS): “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS 1964).

Conforme dispõe Gontijo (2010), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o documento jurídico de maior relevância na consolidação dos direitos sociais estabelecendo em seu artigo XXV que todo homem deve ter um padrão de vida capaz de assegurar para si e sua família saúde e bem-estar social.

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³, o qual pontuou claramente que à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem o ideal de ser humano livre não pode existir se

³ Em 1966, o Pacto surgiu com o intuito de tratar, não somente das liberdades individuais clássicas, mas também para dar relevância aos direitos sociais e econômicos, que têm por objeto as políticas públicas de amparo às classes desfavorecidas (COMPARATO, 2017). No ordenamento jurídico nacional o Decreto nº 591 de julho de 1992 é o responsável pela internalização do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, trazendo maior amparo legislativo às disposições versadas.

não houver condições que permitam a cada ser humano gozar⁴ plenamente de seus direitos econômicos, sociais e culturais (BRASIL, 1992).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira constituição brasileira a tratar expressamente em seu texto legal o direito à saúde como um direito social fundamental. As cartas anteriores à de 1988 abordavam apenas disposições esparsas sobre o referido direito, não o elencando como direito social fundamental (MENDES; BRANCO, 2016).

Diferente dos demais direitos sociais apenas o direito à saúde tem sua garantia vinculada às políticas sociais e econômicas, tendo previsão no texto constitucional⁵ em seu Título II, o qual trata sobre os direitos e garantias fundamentais, assim como encontra sua estipulação no Capítulo II que elenca os direitos sociais. A partir da sua localização no texto da Constituição é possível afirmar que o direito à saúde se classifica como um direito fundamental bem como um direito social (BRASIL, 1988).

De acordo com Machado (2009) o direito à saúde, como direito fundamental social, diz respeito à preservação da vida e da dignidade humana, portanto, a sua garantia é requisito fundamental para que seja alcançada a justiça social. Ademais, as ações e serviços de saúde possuem caráter de relevância pública.

Logo, o dever de zelar pela saúde é tarefa incumbida a todas as esferas políticas da federação, ou seja, de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Portanto, a Constituição vigente não isentou nenhuma esfera de poder político em proteger e cuidar da saúde, assim a expressão dever do estado significa que a responsabilidade é da União, Estados, Distrito Federal e Municípios solidariamente (DALLARI, 2008).

Neste sentido é possível dizer que a ação do Estado é condição fundamental para a efetivação do direito em comento, sendo assim, não há possibilidade de impor limites à garantia da saúde. Em outras palavras, nenhum ente federado poderá eximir-se da obrigação de garantir condições para que os cidadãos usufruam da boa saúde (MACHADO, 2009).

⁴ O artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais expõe que os Estados participantes reconhecem o direito das pessoas de desfrutarem do mais alto nível de saúde tanto física como mental. Ainda, as medidas a serem adotadas por estes Estados deverão objetivar a diminuição da mortalidade e mortalidade infantil, melhoria da higiene do trabalho e do meio ambiente, prevenção e tratamento de doenças endêmicas, epidêmicas e profissionais, bem como a criação de condições para assegurar a todos assistência e serviços médicos (BRASIL, 1992).

⁵ A Constituição traz, em seu artigo 196, detalhadamente a proteção ao direito à saúde estabelecendo que o mesmo é um direito de todos e um dever do Estado, o qual deverá ser garantido através de políticas sociais e econômicas que visem o acesso igualitário às ações e serviços para sua proteção, promoção e recuperação (BRASIL, 1988).

Em 1990, a fim de regularizar o disposto no artigo 197 da Constituição, o legislador editou a Lei nº 8.080 que regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS). Esta Lei estabelece em seu artigo 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano e que tem o Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (BRASIL, 1990).

De acordo com Machado (2009) são considerados fatores determinantes e condicionantes do direito à saúde a alimentação, moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, a renda, a educação, entre outros tantos. Portanto, é possível concluir que existem muitos direitos correlacionados com o direito à saúde.

Além de regulamentar o Sistema Único de Saúde (SUS), a Lei nº 8.080 de 1990 preceitua que os níveis da saúde determinam a organização social e econômica do país. Em seu artigo 7º lista a universalidade, a integralidade e a igualdade como princípios a serem observados pelas ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 1990).

O direito social à saúde esta, ainda que de forma indireta, atrelado aos princípios da universalidade e igualdade, segundo os quais todas as pessoas, apenas pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, independentemente de qualquer diferença racial, étnica ou econômica (SARLET, 2015).

Quanto ao princípio da integralidade, segundo Limberger e Saldanha (2011) a expressão integralidade refere-se às ações preventivas da saúde, as quais a Constituição prevê como prioritárias, mas não no sentido de totalidade. Portanto, a interpretação equivocada da palavra integralidade esta trazendo prejuízos aos cofres públicos, pois o fornecimento da totalidade de medicamentos e tratamentos médicos é insuportável a qualquer país.

O direito à saúde é intrinsecamente relacionado ao direito à vida e à dignidade humana. Essa vinculação ao princípio da dignidade humana confere ao direito à saúde a aplicabilidade a todos os que se encontram em território nacional, independentemente de sua nacionalidade, sendo o Estado o principal responsável pela sua garantia e os entes federativos solidários ao que concerne a proteção e concessão da saúde sendo que a família e a sociedade não se isentam de sua obrigação juntamente com o ente estatal.

Como resposta parcial ao problema de pesquisa, tem-se no entendimento de Ferrajoli⁶ (2011) que o direito à vida se encontra ameaçado devido à escassez dos bens sociais, como

⁶ Para Ferrajoli (2011) os medicamentos, são bens sociais sendo, portanto, considerados objeto do direito social à saúde, direito fundamental que visa prestação por parte do ente estatal. A observância do direito social à saúde como direito fundamental à sobrevivência é um fenômeno recente, sendo a sua inserção nos textos constitucionais uma derivação às alterações na compreensão do direito à vida, ou seja, ambos estão extremamente vinculados um ao outro.

por exemplo, a água, os alimentos e os medicamentos essenciais ao ser humano. Portanto, sobreviver com tamanha carência de bens sociais vem se tornando cada vez mais um fato social e não natural passando a compreender que a garantia a tais bens sociais possui caráter público.

Por isso, no direito à saúde, é necessário compreender os motivos justificadores da judicialização desse direito, no contexto da justiciabilidade reconhecida aos direitos fundamentais.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E JUSTICIABILIDADE

Em um panorama composto de uma população mais informada, com maior acesso às redes de comunicação e que demanda - cada vez mais – por ação do Poder Público na efetivação dos direitos assegurados na Constituição Formal, faz-se cada vez maior a procura pelo Poder Judiciário com o intuito de obter a solução para as carências, insuficiências, ausências ou omissões na efetiva garantia dos direitos fundamentais.

Neste contexto o exercício do direito à saúde vem ganhando grande destaque no cenário brasileiro, fazendo com que cada vez mais o Judiciário tenha que lidar com as políticas públicas de saúde e determinar que os gestores públicos garantam seu fornecimento ao cidadão (MARQUES, 2008).

Segundo Limberger e Saldanha (2011), é grande o número de brasileiros que dependem exclusivamente da saúde pública o que gera uma distorção na adoção das políticas públicas, ou seja, saiu da órbita do poder executivo e legislativo e adentrou no Poder Judiciário, gerando a chamada judicialização da saúde. Neste sentido, de acordo com Barroso (2012, p. 366) “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.

Política pública, de acordo com Bucci (2001), são instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns. Considera-se elementos de uma política pública o fim da ação governamental, as metas a serem alcançadas por este fim, os meios para sua realização e finalmente os processos para sua realização.

Portanto, a efetiva materialização dos comandos abstratos da Constituição se por intermédio dos atores de política pública, a construírem ações baseadas em critério aferíveis e controláveis, voltados a produzir os efeitos necessários em termos de oferta de serviços públicos de qualidade.

A lógica aplicável aos direitos sociais reclama sua concretização pelos gestores executivos por meio de políticas públicas, o brasileiro ao buscar em decisões judiciais a efetivação desses direitos faz com que o Poder Judiciário exerça o controle sobre as referidas políticas, e não raras às vezes, os tribunais recebem críticas quanto aos critérios e parâmetros adotados em suas decisões (LEAL; ALVES, 2016).

O direito à saúde faz parte dos direitos fundamentais incluído no grupo das inovações democráticas que possibilita ao indivíduo, quando houver falhas por parte dos poderes originariamente responsáveis, como o executivo e legislativo, reivindicar através de intervenção judiciária sua efetivação (LIMBERGER; SALDANHA, 2011).

A crescente busca pela efetivação do direito à saúde traz a tona não apenas a maior utilização da cidadania pelo povo brasileiro, mas também uma maior tensão dos administradores do poder executivo, que cada vez mais, têm atendido ordens judiciais para garantir as mais diversas prestações. E, conseqüentemente ao atender as decisões dos tribunais ocasionam maiores prejuízos aos cofres públicos, assim como grandes impactos a gestão pública de saúde (MARQUES, 2008).

Ademais, a busca ao direito à saúde individual tem gerado dificuldades na concessão da prestação a coletividade, isto é, ao conceder a completa assistência médica em favor de apenas um indivíduo é possível acarretar a carência na prestação aos demais. Isto posto, compreende-se que é necessária uma cautela maior ao decidir sobre o tema em comento, para que não haja priorização do direito de uma minoria em detrimento da maioria (GONTIJO, 2010).

Os direitos e garantias fundamentais não podem ser considerados absolutos, mas sim relativos e limitados. Seguindo esta linha de raciocínio, embora o direito à saúde preceitue o acesso universal e integral, é preciso ponderar que as políticas públicas dependem de prestações materiais que são submetidas a planejamentos orçamentários dos entes federativos. Faz-se, também, necessário a adoção de planejamento econômico para que o acesso ao Poder Judiciário não venha a se tornar o único meio para a concretização e efetividade do direito à saúde (GONTIJO, 2010).

De acordo com Alexy (2011), quando se fala em direitos fundamentais sociais como, por exemplo, o direito à assistência à saúde faz-se menção à direitos a prestação em sentido estrito, ou seja, são direitos do indivíduo em face do Estado a algo que se o indivíduo tivesse condições financeiras suficientes ou então se houvesse oferta suficiente no mercado, ele poderia obter, também, de particulares.

Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016) a Constituição assegura que todos tenham acesso igualitário ao sistema público de saúde, mas não que cada indivíduo em qualquer situação tenha um direito subjetivo definitivo a toda e qualquer prestação oferecida pelo Estado ou que envolva a proteção de sua saúde, até mesmo porque o próprio texto constitucional autoriza sistemas privados de prestação de serviços de saúde.

Para Bucci (2001) o grande dilema existente nos direitos a prestação por parte do Estado diz respeito a sua justiciabilidade que significa a possibilidade de através de ações exigir do Poder Judiciário medidas quanto ao desatendimento do direito. O problema da justiciabilidade de um direito social se expande abarcando todo seu caminho de positivação até a sua implementação em um programa governamental para sua efetivação.

Diante do cenário de conflitos quanto à judicialização do direito à saúde vários doutrinadores utilizam dois grandes princípios para esclarecer seus posicionamentos quanto ao assunto. Assim, cumpre abordar os princípios do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível.

A expressão mínimo existencial foi forjada em 1953, na Alemanha, como parte de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo, sendo incorporada no país alemão pela jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional. De acordo com Alexy (2011) a principal intenção do Tribunal alemão foi afirmar que a dignidade humana justifica a ideia de um direito a um mínimo existencial, o que segundo o autor o torna um direito definitivo.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016) utiliza a argumentação de que o mínimo existencial transcende a ideia de um mínimo para mera sobrevivência para garantir a vida em si, mas sim uma vida saudável, com certa qualidade. O princípio do mínimo existencial esta intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, portanto, afirmar que o indivíduo possui o direito em manter um mínimo existencial significa dizer que ele tem direito em ter o mínimo para uma vida digna.

De acordo com Caldas e Maciel (2018) a garantia de um mínimo social para o exercício dos direitos fundamentais emanados do texto constitucional deve ser respeitado pelo Administrador Público que tem o dever de atuar de maneira eficaz e garantidora.

O princípio da reserva do possível diz respeito à destinação, criação e distribuição de recursos materiais e humanos de acordo com a capacidade econômica e financeira suportada pelo Poder público para efetividade dos direitos sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Segundo Caldas e Maciel (2018), o princípio da reserva do possível vem sendo utilizado pelas Procuradorias Estaduais e Municipais para fundamentar e justificar o não

fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos em vários casos que tramitam no Poder Judiciário. Ao fazer uso deste princípio alegam que ao fornecer de forma integral o medicamento pleiteado pelo cidadão a Administração Pública teria suas finanças abaladas.

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal, ao negar provimento do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 745.745 Minas Gerais, fundamentou sua decisão no sentido de que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse as ações e serviços de saúde como prestação de relevância pública, legitimando o Poder Judiciário nas situações em que os órgãos estatais deixassem de respeitar o preceito constitucional (STF, AgRg no Re com Ag. 745.745/MG, Rel. Min. Celso de Mello, segunda turma, DJ 2.12.2014).

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal afirma que o princípio da reserva do possível não pode nem deve ser invocado pelo Estado com a finalidade de exonerar-se das suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo, o que significa que a impossibilidade de prestação de ações ou serviços de saúde deverá ser demonstrada pelo Poder Público (STF, AgRg no Re com Ag. 745.745/MG, Rel. Min. Celso de Mello, segunda turma, DJ 2.12.2014).

Ainda, a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem adotando o entendimento de que é necessária a observância da proibição do retrocesso, princípio este que impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, neste caso, o direito à saúde (STF, AgRg no Re com Ag. 745.745/MG, Rel. Min. Celso de Mello, segunda turma, DJ 2.12.2014).

Ao justificar a não prestação dos direitos fundamentais na quebra dos cofres públicos, ou melhor, no princípio da reserva do possível, o Poder Público causa uma visão negativa do país, ou seja, passa uma ideia de retrocesso da nação brasileira (CALDAS; MACIEL, 2018).

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é dever do Estado de fornecer, de forma gratuita, às pessoas carentes os medicamentos necessários o correto tratamento médico de acordo com a premissa do art. 196 da Constituição Federal, bem como que a responsabilidade em matéria de direito da saúde é solidária entre os entes federativos (STJ, Resp 1.488.639/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, segunda turma, DJe 20.11.2014).

Entretanto, é fato que, face à crescente necessidade do cidadão buscar a efetividade dos direitos fundamentais por meio de decisões judiciais, vem se acirrando a discussão relativa à utilização possível dos recursos financeiros dos entes estatais para garantir o direito em favor de um indivíduo em detrimento dos demais.

5 CONCLUSÃO

Da estudo realizado, verificou-se que os direitos fundamentais atravessaram grande evolução com o passar dos anos (historicidade), enfrentando conflitos econômicos, políticos e pressões decorrentes das demandas crescentes da sociedade. Ademais, juntamente com essas alterações vieram as modificações legislativas positivando nas cartas constitucionais os direitos econômicos, sociais e culturais.

O direito à saúde foi positivado pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social. Este direito possui um vínculo direto com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, princípio este que serve como pilar da Constituição Brasileira. Ainda, o texto constitucional prevê o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado, abarcando nesta expressão todos os entes federativos.

Diante da grande massa populacional que depende exclusivamente da saúde pública no país, além das inovações tecnológicas na área da saúde e do aumento das possibilidades de tratamentos médicos o Estado não tem conseguido financeiramente prestar o direito à saúde. A incapacidade de fornecimento das ações e serviços de saúde tem forçado os brasileiros a acionar o Poder Judiciário para a garantia de seus direitos.

Devido à justiciabilidade dos direitos fundamentais, conclui-se que a efetividade do direito à saúde demanda a adoção de um paradigma adequado do que representa a noção de mínimo existencial - para que o ser humano possa viver com dignidade – e se somente o seu mero atendimento já se faz suficiente a desonerar o poder Público. De outra sorte, a reserva de limitação orçamentária do Poder Público para atender às garantias mínimas é sério limitador dessas prestações, o que provoca um acúmulo de demandas judiciais por essas insuficiências, cabendo desvelar os casos em que as alegadas limitações são – de per si – justificadoras da não entrega do serviço para diferenciá-los de outros em que o argumento é utilizado de forma vulgar e leviana, apenas a justificar o desatendimento do comando constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (trad). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMORIM, Erica Ribeiro Guimarães. Acesso à justiça e a concessão de medicamentos terapêuticos pelo estado: o controle jurisdicional do direito à saúde. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – Acesso à justiça II, 27., 2018, Salvador. **Anais...** Salvador, 2018. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/v5n81bbi/4N5mv5T7Jd4ZNGuy.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERTOLOZZI, Maria Rita; GRECO, Rosangela Maria. As políticas de saúde no Brasil: reconstrução histórica e perspectivas atuais. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo: v. 30, n. 3, dez. 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62341996000300004&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 24 ago. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari et al. **Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos**. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo: Pólis, 2001.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. **Revista Direito GV**, São Paulo: v.8, n.2, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200013&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 16 dez. 2017.

CALDAS, Diogo Oliveira Muniz; MACIEL, Alvaro dos Santos. A problemática dos custos no campo da execução dos direitos fundamentais: alternativas soluções para o cumprimento do mínimo existencial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – Direitos e garantias fundamentais III, 27., 2018, Salvador. **Anais...** Salvador, 2018. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/h90v91jy/8FTfFGRO2Qsv962r.pdf>> Acesso em: 12 ago. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. Revista de direito sanitário, São Paulo: v.9, n.3, p.9-34, nov.2008/fev.2009. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>> Acesso em: 12 ago. 2018.

DELEVATTI, Alex Faturi. **A educação básica como direito fundamental na constituição brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Dioesc, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. SALIM, Alexandre; COPETTI NETO, Alfredo; CADEMARTORI, Daniela; ZANETI JÚNIOR, Hermes; CADEMARTORI, Sérgio (trad). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONTIJO, Guilherme Dias. **A judicialização do direito à saúde**. Revista Med Minas Gerais, Belo Horizonte: v. 20. n. 4, p. 606-611, out. 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/v20n4a18.pdf> Acesso em: 06 maio. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais pelo Poder Judiciário: o projeto de lei n. 8.058/2014 e os desafios em sede de controle jurisdicional de políticas públicas**. Espaço jurídico journal of law, Joaçaba: v. 17. n. 3, p. 933-1012, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9817/pdf>> Acesso em: 06 maio. 2018.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A judicialização da política pública e o direito à saúde: a construção de critérios judiciais e a contribuição do supremo tribunal federal**. Espaço Jurídico, Joaçaba: v. 12. n. 2, p. 283-302, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/1325/668>> Acesso em: 06 maio. 2018.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **O direito à saúde na interface entre sociedade civil e estado**. Revista Trabalho, educação e saúde, Rio de Janeiro: v.7. n.2, jul./out.2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462009000200009&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 17 dez. 2017.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de direito sanitário**, São Paulo: v.9, n.2, p.65-72, jul./out.2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/issue/view/1050>> Acesso em 08 ago. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos humanos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS:

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. **Promulga o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO) – 1996, **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo – USP**. 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: 19 ago. 2018.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.488.639 Sergipe**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 20 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=m%EDnimo+existencial&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com agravo nº 745.745 Minas gerais**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2 dez. 2014. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MINIMO+EXISTENCIAL%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zs4a7n9>> Acesso em: 25 ago. 2018.