

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

ALINE DE PAULA BRAGA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: análise do direito à saúde frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

**Três Pontas
2017**

ALINE DE PAULA BRAGA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: análise do direito à saúde frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel, sob orientação da Professora Especialista Ana Flávia Penido.

**Três Pontas
2017**

ALINE DE PAULA BRAGA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: análise do direito à saúde frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em: / / .

Orientadora: Professora Especialista Ana Flávia Penido

Professor Especialista Ricardo Morais Pereira

Professor Especialista Diego Salomé

OBS.:

Aos meus pais, Leonardo e Neusa por sempre acreditarem em mim e fazerem do meu sonho o sonho de vocês. Mãe, seu cuidado e dedicação foi o que me deu, em algumas situações, a esperança para seguir. Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que sempre iluminou meus passos durante toda esta caminhada, aos meus familiares, amigos, colegas e professores pelo apoio, pela compreensão e pela amizade durante esta trajetória.

“De tudo, ficaram três coisas: a certeza de que estamos sempre começando, a certeza de que é preciso continuar e a certeza de que seremos interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo. Fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sono uma ponte, da procura um encontro.”

Fernando Sabino

RESUMO

O presente trabalho trata da judicialização da saúde no Brasil. Para esse intento traz primeiramente um breve histórico da Seguridade Social, trazendo posteriormente o conceito da mesma, a sua forma de financiamento e seus princípios constitucionais. A saúde pública é tratada no segundo capítulo, de forma a levar ao conhecimento do leitor relatos históricos, o direito à saúde previsto nas constituições brasileiras e o surgimento do Sistema Único de Saúde. Alguns aspectos da saúde suplementar e dos planos privados de saúde também são tratados. As diretrizes do SUS são tratadas no capítulo posterior. O direito à saúde é de competência comum dos entes federados, assunto tratado no terceiro capítulo. Por fim, a pesquisa traz o conceito do mínimo existencial, direito conferido a todos, e relata sobre a dignidade da pessoa humana. Nessa feita, é tratado também na monografia sobre a intervenção do Poder Judiciário na administração pública, a fim de garantir o direito à vida e conseqüentemente, à saúde.

Palavras-chave: Saúde. Judicialização. Princípio do mínimo existencial. Princípio da reserva do possível.

ABSTRACT

This paper deals with the judicialization of health in Brazil. For this purpose, it first brings a brief history of Social Security, bringing later the concept of it, its form of financing and its constitutional principles. Public health is dealt with in the second chapter, so as to bring to the attention of the reader historical accounts, the right to health foreseen in Brazilian constitutions and the emergence of the Unified Health System. Some aspects of supplementary health and private health plans are also treated. The SUS guidelines are discussed in the later chapter. The right to health is the common competence of the federated entities, subject matter discussed in the third chapter. Finally, the research brings the concept of the existential minimum, right conferred to all, and reports on the dignity of the human person. It is also discussed in the monograph on the intervention of the Judiciary in public administration, in order to guarantee the right to life and, consequently, health.

Keywords: *Health. Judicialization. Principle of the existential minimum. Principle of possible reserve.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 SEGURIDADE SOCIAL	10
2.1 Breve histórico	10
2.2 Conceito	12
2.3 Princípios constitucionais da seguridade social	13
2.3.1 Universalidade de cobertura e atendimento.....	14
2.3.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	14
2.3.3 Seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços.....	15
2.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios	15
2.3.5 Equidade na forma de participação no custeio	16
2.3.6 Diversidade da base de financiamento	16
2.3.7 Caráter democrático e descentralizado da administração.....	16
2.4 Formas de financiamento da seguridade social	17
3 SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.....	21
3.1 Relatos históricos	21
3.2 Direito à saúde previsto nas constituições brasileiras	23
3.3 Surgimento do Sistema Único de Saúde (SUS)	26
3.4 Aspectos da saúde suplementar	30
4 COMPETÊNCIA COMUM DA POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA.....	32
4.1 Saúde: direito constitucional conferido a todos	32
4.2 Da solidariedade dos entes federados	35
4.3 Das diretrizes do Sistema Único de Saúde.....	37
5 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL	41
5.1 A eficácia imediata do artigo 196 da Constituição Federal	41
5.2 A intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública	43
5.2.1 O mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana	44
5.2.2 Teoria da reserva do possível e o direito à vida	46
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar uma visão sobre a saúde pública no Brasil e sua efetivação através dos órgãos do Poder Judiciário, haja vista, este tema possuir uma grande amplitude, pois abrange matérias na esfera social, econômica e jurídica.

A Carta Magna de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito fundamental, entretanto, este desponta entre o rol das normas constitucionais de eficácia limitadas às quais contêm efeitos jurídicos reduzidos, ficando sua consumação fundada no exercício futuro do Poder Público.

A Constituição Federal prevê acesso universal e integral ao direito à saúde, ficando a cargo do (SUS), Sistema Único de Saúde, o dever de efetivar as políticas públicas na prestação dos serviços em garantia à saúde do povo brasileiro, o qual é incapaz de suprir as necessidades da população frente à falta de investimentos e insuficiência de recursos alegadas pelo ente público.

Devido a escassez da saúde no País, a via judicial passou a ser o dispositivo suplicado face a omissão ou lacuna da Administração Pública no cumprimento do seu encargo assistencial.

A pessoa prejudicada vai em busca do Poder Judiciário, para valer-se da garantia efetiva de um direito, fazendo que a Administração Pública sofra com os gastos provenientes de tais processos, necessitando por muitas vezes desviar verbas de outras áreas, ou de determinados fins, para cobrir os rombos deixados com o custeio de medicamentos e tratamentos impostos pelo órgão judiciário.

Para que a pesquisa cumpra sua finalidade, serão abordados pontos como a evolução histórica da saúde no Brasil, sua forma de implementação e funcionamento, previsão constitucional, suas diretrizes executórias, a ineficácia de recursos alegada pelo Poder Público, as pessoas que gozam efetivamente do direito a saúde a competência do Ente Federativo no cumprimento da obrigação imposta pelo Judiciário.

2 SEGURIDADE SOCIAL

2.1 Breve histórico

A proteção social inicialmente era garantida pelo próprio núcleo familiar, onde os integrantes mais novos e fortes eram naturalmente responsáveis por aqueles que por algum motivo estavam incapacitados ou impossibilitados para determinada atividade.

Ocorre que nem todas as pessoas eram dotadas de proteção familiar e, mesmo quando esta existia, era por muitas vezes precária, motivo pelo qual se fazia necessária a ajuda de terceiros.

O início da seguridade social: “está relacionado às atividades assistenciais, representadas por atos de caridade praticados, geralmente, por instituições religiosas em socorro dos mais necessitados” (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 22).

A intervenção do Estado dá início ao desenvolvimento da seguridade social.

A doutrina resume os principais fatos que marcaram a evolução da seguridade social na história. Vejamos:

Quadro 01 – Evolução histórica da Seguridade Social

Idade Média	Instituições mutualistas – restritas a algumas organizações ou corporações profissionais, principalmente os armadores de navios – passaram a formar fundos ou caixas de socorros para proteção de seus membros.
1601 – Inglaterra – Lei dos Pobres: a Poor Law Act ou Act of the Relief of the Poor	(Lei dos Pobres), editada pela rainha Isabel I, surgiu na Inglaterra, estabelecendo uma contribuição obrigatória, arrecadada da sociedade e administrada pela Igreja (por meio de suas paróquias), que teria como propósito a manutenção de um sistema protetivo em favor dos necessitados e das pessoas carentes, especialmente crianças, velhos, inválidos e desempregados. Esta lei é definida pela doutrina como o marco inicial da assistência social no mundo , posto que esta tem exatamente esse papel, ou seja, atender pessoas necessitadas que não têm como providenciar o seu sustento.
1789 – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão	Marca, de fato, a ampliação da ideia de seguridade social, não mais atrelada à questão exclusivamente social, passando a ser considerada direito de todos. É a proposta de universalização do sistema.

1883 – Alemanha – Otto Von Bismarck	Em virtude de pressão exercida pelos trabalhadores, a previdência social, ou seguro social propriamente dito, surge no ano de 1883, na Alemanha, com a Lei de Bismarck, chanceler alemão que, à época, instituiu um seguro-doença em favor dos trabalhadores da indústria. O sistema de Bismarck funcionava da seguinte forma: deveriam contribuir para o Estado o trabalhador e o seu empregador, e as contribuições de ambos seriam utilizadas na manutenção de um sistema protetivo em favor dos trabalhadores.
1917 – Constituição mexicana	Foi a primeira Constituição a tratar da seguridade social com <i>status</i> constitucional.
1919 – Organização Internacional do Trabalho (OIT)	Convenções que tratam também de seguridade social.
1935 – EUA – Security Act	Evolução do sistema rudimentar original alemão, constituía um sistema previdenciário com ampla margem de atuação.
1941 – Reino Unido – Plano Beveridge	Surgiu como proposta apresentada ao Parlamento, em 1942, elaborado pela Comissão dos Problemas de Reconstrução, criada pelo Ministro Arthur Greenwood e presidida por Willian Beveridge. Tinha como propósito ser implantado ao final da Segunda Guerra Mundial e visava à reformulação completa do sistema previdenciário vigente no Reino Unido. A ideia do Plano Beveridge, como foi definido pela imprensa da época, era a proteção “do berço ao túmulo” , ou seja, toda pessoa, em qualquer momento da sua vida, teria ampla proteção do Estado em caso de necessidade. O Plano Beveridge visava a atender a toda a sociedade, e não apenas aos trabalhadores.
1948 – Declaração Universal dos Direitos Humanos	A seguridade social é direito de qualquer pessoa.

Fonte: (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 22-25, grifo do autor).

Em relação ao Brasil, a seguridade social passou por diversos eventos marcantes, conforme evolução histórica abaixo:

Quadro 02 – Evolução histórica da Seguridade Social no Brasil

1543	Braz Cubas cria plano de pensão para empregados da Santa Casa de Santos
1835: MONGERAL	Montepio Geral dos Servidores do Estado: primeira entidade privada organizada de previdência. Montepios eram sociedades privadas, de ingresso voluntário, em que os participantes pactuavam pagamentos de determinado valor, de modo que pudessem usufruir benefícios no futuro. O Montepio não contava com o Poder Público, portanto não havia direito subjetivo do participante em demandar daquele uma prestação previdenciária.
1891	Constituição Federal assegura aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos.
Lei Eloy Chaves	Considerada a primeira lei previdenciária brasileira , criou caixas de aposentadorias e pensões para os trabalhadores das estradas de ferro.
1934	Constituição Federal prevê tríplice forma de custeio e as contribuições obrigatórias, em clara busca do equilíbrio financeiro.
A partir de 1930	Criação de Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP), divididos em categorias profissionais. Ex.: IAPI, que seria o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriais.
1960: Lei n. 3.807	LOPS, ou seja, Lei Orgânica da Previdência Social, que unificou a legislação sobre a previdência social.
1967	Unificação dos Institutos com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social
1988	Constituição Federal – instituição da expressão “seguridade social”.
1990	Criação do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social e unificação do Ministério do Trabalho e

	Previdência Social (hoje separado novamente).
1991: Lei n. 8.212 (custeio) e Lei n. 8.213 (benefícios)	Criação das principais leis previdenciárias atualmente em vigor.
1998	Reforma da Previdência pela EC n. 20
2003	Reforma da Previdência pela EC n. 41.
2005	Reforma da Previdência pela EC n. 47

Fonte: (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 26-28, grifo do autor).

Com as desigualdades cada vez mais acentuadas, o Estado teve que assumir a responsabilidade e garantir proteção social aos mais necessitados, garantindo o mínimo para a própria sobrevivência.

2.2 Conceito

A Seguridade Social com fulcro no artigo 194 da Constituição da República Federativa do Brasil é tratada como: “o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Ressalte-se que o dispositivo acima não trata do conceito da Seguridade Social, mas tão somente de seus componentes.

De acordo com Wagner Balera:

Para uma completa compreensão da seguridade social, é necessário vislumbrar-se a importância e alcance dos valores do bem-estar e justiça sociais, os quais são, de fato, bases do Estado Brasileiro, assim como diretrizes de sua atuação. A seguridade social é então meio de atingir-se a justiça, que é o fim da ordem social (BALERA, s.d *apud* IBRAHIM, 2013, p. 05).

A participação do Estado é obrigatória e necessária para a concretização do bem social e, a intervenção social, fundamental para o aperfeiçoamento desta finalidade.

De acordo com Fábio Ibrahim Zambitte, a Seguridade Social pode ser conceituada como:

A rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes,

providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna (ZAMBITTE, 2013, p. 5).

Hugo Goes, ao trazer o conceito de seguridade social, destaca a importância da previsão legal e das suas espécies:

A seguridade social engloba, portanto, um conceito amplo, abrangente, universal, destinado a todos que dela necessitem, desde que haja previsão na lei sobre determinado evento a ser coberto. É na verdade, o gênero do qual são espécies a Previdência Social, Assistência Social e Saúde (GOES, 2011, p. 7).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) na Convenção 102, de 1952, ratificada no Brasil pelo Decreto-Legislativo n.º 269/08, definiu Seguridade Social da seguinte forma:

[...] é a proteção que a sociedade oferece aos seus membros mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que, de outra forma, derivam do desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência, como consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e também a proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias com filhos (OIT, 1952)

O Direito à Seguridade Social pode ser definido como o conjunto de princípios e regras e instituições que visam estabelecer um mecanismo de proteção social contra eventualidades que impeçam a promoção das necessidades básicas da sociedade (MARTINS, 2001).

A Seguridade Social não é composta apenas por um conjunto de normas e princípios, mas sim formada a partir de várias partes estruturadas, que juntas formam um sistema concreto, composto por instituições e entidades que formulam e executam os direitos sociais.

A atuação da Seguridade Social não se funda apenas no risco, mas, sim, na imprevisibilidade que gera a consequência da necessidade, objeto da proteção. O que importa é a consequência que o fato produz, ou seja, a relação jurídica de seguridade social que nasce após a ocorrência do imprevisto, para, então, reparar a necessidade decorrente.

2.3 Princípios constitucionais da seguridade social

Para o doutrinador Sérgio Pinto Martins os princípios “são as proposições básicas que fundamentam, inspiram e orientam as ciências” (2011, p. 46).

Dispõe o artigo 194 da Carta Magna:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988)

De acordo com o parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal de 1988, compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos objetivos, considerados verdadeiros princípios, elencados nos incisos de I à VII, conforme será demonstrado a seguir.

2.3.1 Universalidade de cobertura e atendimento

A universalidade de cobertura consiste nas possibilidades que poderão ser atendidas pela nossa Seguridade Social, como por exemplo a morte, o acidente de trabalho impossibilitando o sujeito de retornar ao trabalho, a idade avançada, entre outras. Já a universalidade do atendimento diz respeito à entrega das ações, prestações e serviços de Seguridade Social a todos que dele necessitar, sem exceção.

Sobre o princípio, assevera a doutrina:

A seguridade social deve garantir a proteção universal. Do ponto de vista objetivo (universalidade da cobertura), a seguridade social deve garantir amparo diante de toda e qualquer situação de vida que possa conduzir a um estado de necessidade. Por exemplo, a invalidez impossibilita o exercício de atividade remunerada pelo indivíduo. Logo, a invalidez é uma situação de vida que dá ensejo a um estado de necessidade. Consequentemente, deve ser amparada pelo sistema de seguridade social. A universalidade do atendimento, por sua vez, é a dimensão subjetiva da universalidade (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 32).

A proteção universal deve ser garantida pela seguridade social.

2.3.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

A uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais trata-se da reafirmação da isonomia entre trabalhadores urbanos e rurais, garantida na Constituição Federal de 1988.

De acordo com Sérgio Pinto Martins:

A uniformidade vai dizer respeito aos aspectos objetivos, às contingências que irão ser cobertas. A equivalência vai tomar por base o aspecto pecuniário ou do atendimentos dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo do tempo de contribuição, coeficiente de cálculo, sexo, idade etc (MARTINS, 2011, p. 56)

Ressalte-se que os benefícios serão ofertados igualmente a todos. Entretanto, não necessariamente os valores deverão ser iguais.

2.3.3 Seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços

A seleção das prestações vai depender da situação econômica-financeira da Seguridade Social. Assim, nem todos poderão usufruir de todos os benefícios e serviços, pois serão primeiramente selecionados.

Infelizmente, o Estado é limitado em suas ações, ainda que o assunto seja a seguridade social, uma vez que não dispõe de todos os recursos orçamentários capazes de garantir a proteção universal.

Por essa razão, diante da reserva do possível¹, não resta alternativa a não ser selecionar prioridades, estabelecendo critérios de escolha.

Noutro giro, a distributividade deve ser entendida como o direcionamento da atuação do sistema protetivo para as pessoas com maior necessidade, definindo o grau de proteção.

Primeiro há a seleção de quais benefícios serão ofertados e depois a quem serão distribuídos.

2.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Depreende-se da leitura que os benefícios serão, sempre, irredutíveis. No entanto, talvez não seja isso que ocorra, já que o benefício previdenciário ano após ano tem “seu valor reduzido”, pois o aumento concedido pelo governo federal não acompanha a inflação.

¹ “O condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos é que recebe a denominação de Reserva do Possível.” (SALAZAR, 2009, P. 93-94).

A jurisprudência do STF – Supremo Tribunal Federal, se firmou no sentido de que a irredutibilidade do valor do benefício é a nominal e não a real, que envolve o que se pretende receber para que não haja perda do poder aquisitivo em decorrência da inflação (RE 263.252/PR, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 23-6-00).

Nesse sentido é o entendimento doutrinário:

Porém, será que o beneficiário pode receber o mesmo montante, sem qualquer reajuste, durante vários anos? Vários autores defendem que a irredutibilidade referida no parágrafo único do art. 194 também engloba a impossibilidade de redução do valor real do benefício, como forma de assegurar o seu respectivo poder de compra, protegendo-o da perda inflacionária. Porém, de acordo com o STF, a acepção da irredutibilidade do valor dos benefícios, prevista no art. 194 da CF/88, é mais restrita, impondo somente a obrigação negativa de não reduzir o benefício, considerando o disposto no art. 201, § 4º da CF/88, que já prevê expressamente a necessidade de revisões periódicas da prestação previdenciária (MS 24.875-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 6-10-2006) (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 40-41).

Portanto, não se pode reduzir o valor nominal do benefício, mas sim o poder aquisitivo do mesmo pode ser reduzido indiretamente.

2.3.5 Equidade na forma de participação no custeio

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2011, p. 58) esse princípio é “um desdobramento do princípio da igualdade”, pois conforme tal princípio, aquele que tiver condição financeira superior a outro, contribuirá com um valor superior, fazendo uma espécie de justiça fiscal.

Saliente-se que somente haverá justiça se duas máximas forem observadas: capacidade contributiva e risco social.

2.3.6 Diversidade da base de financiamento

A seguridade social não possuiu apenas uma fonte de custeio. São inúmeras. Pela Constituição de 1988, artigos 195, I a IV², entende-se que será custeada por meio de

² Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

empresas, dos próprios trabalhadores, dos entes públicos, dos concursos de prognósticos e do importador de bens e serviços do exterior. Ou seja, possui pluralidade na forma de custeio.

2.3.7 Caráter democrático e descentralizado da administração

A administração da Seguridade Social será feita de forma democrática, com a participação do governo, dos aposentados, dos trabalhadores e empregadores. Assim, conseqüentemente, não será centralizada em uma única classe interessada, mas poderá contar com a participação de todos os interessados.

São quatro as classes interessadas na administração do sistema, de onde se extrai a composição quadripartite. Por conseguinte, a gestão quadripartite é uma decorrência do caráter democrático da administração da seguridade social [...] Desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, a gestão é quadripartite (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 53).

O princípio em comento permite que a gestão dos recursos seja feita de forma mais justa através de programas, serviços e ações, abrangendo todas as espécies da Seguridade Social e todas as esferas de poder.

2.4 Formas de financiamento da seguridade social

Para o desenvolvimento viável do sistema, necessário se faz organizar uma forma eficaz de custeio. No Brasil, o modelo implantado foi o tripartite, sendo custeado pela iniciativa privada, empregados e o próprio e Estado.

O legislador constituinte atribuiu à sociedade em geral o financiamento da seguridade social, conforme previsto no art. 195 da Constituição Federal, que determina que a seguridade social seja financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das contribuições sociais (ROSAS, 2011).

A Constituição Federal em seu artigo 195 diz sobre esse financiamento:

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
 III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
 IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar [...] (BRASIL, 1988).

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)³ (BRASIL, 1988)

Assim, formas de financiamento podem ser entendidas como os recursos econômicos, e financeiros obtidos destinados à manutenção das prestações da Seguridade Social.

Segundo Sergio Pinto Martins são três as fontes que patrocinam a Seguridade Social: dos empregadores; trabalhadores e sobre a receita de concursos de prognósticos, além das fontes a que se referem o artigo 154 da Constituição Federal, oriundas da instituição de impostos, conforme abaixo demonstrado:

Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação (BRASIL, 1988).

Leciona Maria Ferreira dos Santos (2016), que o financiamento se dará de forma direta e será feito com o pagamento de contribuições sociais previstas nos incs. I a IV do art. 195, da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), conforme artigo 239⁴, destinadas a financiar o

⁴ Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento) [...] (BRASIL, 1988)

programa do seguro-desemprego e o abono previsto no § 3^o do mesmo dispositivo, pago aos empregados que recebem até dois salários mínimos de remuneração mensal. O financiamento de forma indireta é feito com a subvenção de recursos orçamentários da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, que devem constar dos respectivos orçamentos dos entes federativos.

A contribuição prestada pela União tem o dever de suprir as insuficiências financeiras nos pagamentos de benefícios de prestação continuada, de acordo com a lei orçamentária anual. Dessa forma deve ser repassado mensalmente os recursos provenientes das contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro das empresas e sobre a arrecadação feita pela Receita Federal (ROSAS, 2011).

A contribuição social oriunda da iniciativa privada corresponde a um percentual decotado da folha de pagamento, faturamento e o lucro percebido pelas empresas.

O empregado também é solidário no pagamento das contribuições, este arca obrigatoriamente com um percentual decotado do seu salário mensal.

Diante da diversidade das pessoas e bases econômicas das contribuições para o custeio, a seguridade social alcança, não de forma modelar, mas satisfatoriamente, a finalidade da norma constitucional de pluralidade de fontes de financiamento.

Portanto o método adotado para as contribuições que integram o custeio da seguridade social é viável e representa o mínimo de garantia para implementação de alguns dos Direitos Sociais, visto que a natureza jurídica atribuída pela Constituição Federal a essas contribuições tem caráter tributário e exprimem uma segurança aos contribuintes, vez que são limitados pela própria Carta Magna no poder de legislar sobre Direito Tributário.

⁵ § 3^o Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição [...] (BRASIL, 1988).

3 SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

3.1 Relatos históricos⁶

No período do Brasil Colônia, no modelo de exploração implantado no país por Portugal, a saúde pública era definitivamente um ponto irrelevante. Os meios normalmente buscados para a cura das enfermidades se davam através da medicina obtida pela fitoterapia, ou seja, a cura das doenças advinha das plantas. A medicina era exercida de modo informal, baseando-se em conhecimentos empíricos, costumes culturais e crenças religiosas, os tratamentos iam de cantos à manipulação e ervas.

Durante o período, esse padrão ultrapassava os limites das classes sociais, uma vez que no Rio de Janeiro, apesar de ter os melhores pagadores, possuía um número escasso de médicos.

Dispõe a doutrina:

A saúde pública praticamente inexistiu no Brasil Colonial: trabalho de curandeiros (ervas) e boticários (comercialização de medicamentos preparados nas boticas).
 - Houve escassez de médicos com formação acadêmica durante o período colonial.
 - No final do século XVI, o Rio de Janeiro tinha cerca de 1.000 moradores e nenhum médico formado.
 - No final do século XVIII, em todo o Brasil não existiriam mais de 12 médicos formados (MUÑOZ, 2017, p. 4).

Na época do Brasil imperial, onde a Corte Portuguesa buscou refúgio no Brasil em 1808, foi necessária uma estruturação da saúde pública, visando solucionar as epidemias alastradas pelo país, tais como varíola e febre amarela, que assombravam o Brasil. Também se implementou mudanças na área de saúde, bem como em toda a administração pública colonial, com intuito de promover uma estruturação sanitária mínima, entretanto, a medida foi ineficaz.

A professora Rilva Souza Muñoz relata sobre as peculiaridades do Brasil no Século XIX, que se distinguem dos dois primeiros séculos de colonização:

A Saúde Pública Brasileira teve seu nascimento no século XIX, por peculiaridades históricas que distinguem esse período dos dois primeiros séculos da colonização.
 . As Ordenações Filipinas de 1604, que regiam as câmaras municipais de Portugal e das colônias, fixava como atribuição das câmaras, zelar pela limpeza das cidades.
 . O porto era um local da cidade privilegiado como objeto da ação municipal, já que é ponto de contato entre o interno e o externo, via penetração de pestes.

⁶ Esse tópico foi baseado no Blog MV que dispõe sobre a gestão da saúde, dentre outros tópicos.

- . Fiscatura: órgão máximo para as questões de saúde - era na verdade, um tribunal, com leis, alvarás, regimentos - poder restrito à regulamentação da profissão.
- . 1808: Decreto estabelecendo o cargo de físico-mor.
- . 1810: Regimento: divisão de responsabilidades entre as práticas médicas relativas à prescrição de remédios (físico-mor) e de intervenções cirúrgicas (cirurgião-mor).
- . O físico-mor e seus delegados eram responsáveis pelo controle da medicina exercida por diferentes curadores (físicos, cirurgiões, barbeiros, sangradores e parteiras), funções legalizadas à época.
- . Também cabia à fiscatura-mor fiscalizar as boticas e o comércio de medicamentos, com inspeções periódicas dos estabelecimentos.
- . Escravos, forros e mulheres desenvolviam atividades menos prestigiadas, como os ofícios de sangrador, parteira ou curandeiro.
- . Os conhecimentos e as práticas de cura populares eram formalmente desvalorizados pela Fiscatura-mor.
- . Os médicos, cirurgiões e boticários consideravam o seu saber superior ao dos terapeutas populares, mas não os desqualificavam totalmente pelo seu conhecimento sobre a natureza da região.
- . Terapeutas populares foram reconhecidos como possuidores de um saber legítimo e autorizados a exercer as suas atividades (MUÑOZ, 2017, p. 5-7).

Logo após, em 1822, Dom Pedro I declarou a independência, e, alguns pontos merecem destaque:

Em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I declarou a independência brasileira tornando-se imperador. Por mais que os avanços na saúde pública tenham sido pequenos durante seu reinado, merecem destaque a instauração da vacinação contra a varíola em todas as crianças, a criação do Instituto Vacínico do Império, a instauração das juntas municipais (que deveriam se responsabilizar pelas atribuições sanitárias) e o estabelecimento da Lei da Junta Central de Higiene Pública. Vale ressaltar que, além da varíola, as medidas buscavam controlar a disseminação da tuberculose, da malária e da febre amarela (MV INFORMÁTICA NORDESTE LTDA, 2016. p. 1)

O Império trouxe mudanças significativas na medicina e nos serviços de saúde.

A doutrina resume as principais mudanças do período:

- . Processo de institucionalização e profissionalização da medicina: primeiras instituições médicas em território brasileiro - Escola de Cirurgia da Bahia (1808) e Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro (1811), criação da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro (1829).
- . 1828: Após a Independência, foram extintos vários órgãos então identificados com a política lusitana, como a própria Fiscatura-mor.
- . Lei de Municipalização dos Serviços de Saúde: criação das Juntas Municipais - ligadas às câmaras municipais - funções exercidas anteriormente pela Fiscatura-Mor.
- . Demarcação da prática oficial de cura frente às camadas populares “subalternas”.
- . Médicos eram os agentes oficiais de cura enquanto cirurgiões, barbeiros, sangradores, curandeiros, parteiras, boticários, eram subalternos.
- . Década 1840: gradativa desmunicipalização dos serviços sanitários - passaram à esfera do Ministério de Negócios do Império.
- . Final década 1870: novas teorias que ambicionavam tornar-se o novo paradigma dominante, relativas aos microrganismos como agentes específicos de doenças (MUÑOZ, 2017, p. 10-11).

O império chega ao fim agravando ainda mais as condições de saúde, se atrelando ao país uma imagem de país doente.

Em 15 de novembro de 1889, com o Golpe Militar, a República do Brasil foi instaurada, onde se iniciou uma reforma urbana e sanitária na cidade do Rio de Janeiro, comandada pelo sanitarista Oswaldo Cruz, conforme os ensinamentos da comunidade de saúde MV Informática Nordeste Ltda:

Baseando-se nos conhecimentos do Instituto Soroterápico Federal, criado em 1900, e na necessidade de reforma urbana e sanitária da cidade do Rio de Janeiro, o sanitarista Oswaldo Cruz iniciou uma fase de intensas mudanças na saúde pública brasileira. Por meio de medidas autoritaristas e militares, casas foram demolidas, pessoas desalojadas, mosquitos combatidos, doentes isolados e vacinações realizadas à força, tudo em nome da saúde pública. O detalhe é que a população não foi educada sobre por que motivo tudo aquilo vinha acontecendo. O desagrado com as medidas de Oswaldo Cruz culminou em uma revolta, em 1904. Carlos Chagas, sucessor de Oswaldo Cruz, conseguiu equilibrar melhor as ações, progredindo sem oposição popular (MV INFORMÁTICA NORDESTE LTDA, 2016, p. 1).

O médico sanitarista deixou seu nome impresso na história como pioneiro da vacinação em massa⁷.

No que pesem essas mudanças, o sistema de saúde não saiu da informalidade e não previa, além de consultas particulares.

No fim do século XIX, até a década de 1920, o país começou a passar por várias reformas urbanas e sanitárias, tendo uma estrutura realmente eficaz a partir de 1953 com a implantação do Ministério da Saúde.

3.2 Direito à saúde previsto nas constituições brasileiras

As Constituições têm por objeto a estruturação do Estado, a organização de seus órgãos e suas funções, a forma e a delimitação do Poder, a efetividade dos direitos e garantias dos indivíduos, com intuito de fixar o regime político, bem como os fundamentos da economia, cultura e estruturação social (SILVA, 2013).

Na evolução de toda história o Brasil já passou pela elaboração de oito Constituições, sendo quatro promulgadas, formuladas de modo democráticas pela Assembleia Nacional Constituinte (1891, 1934, 1946 e 1988), e quatro outorgadas de maneira autoritária pelo

⁷ Com o apoio do presidente Rodrigues Alves ao projeto de Oswaldo Cruz, este montou uma estratégia sanitarista impondo a realização da vacinação de toda a população à força (MUÑOZ, 2017, p. 24).

Estado, elaboradas sem a participação de parlamentares, legítimos representantes da população (1824, 1937, 1967 e 1969) (NEVES, 2012).

Acerca do direito a saúde, cada uma destas Constituições tratou este tema sob um prisma diferente.

Em 1824, surge a primeira Constituição, proclamada após Independência do Estado brasileiro, ocorrida em 1822, trazendo em corpo um texto repleto de sequelas do período colonial.

A Lei Maior de 1824 concentrou de forma única os poderes, não possuindo o Direito à Saúde maiores observações. Embora estivesse repleta de ideais de liberdade, as enormes desigualdades sociais vigentes a época dificultaram essa noção. A realidade bem se sabe é que a garantia de tais direitos só servia à elite e ao contrário da estruturação e reorganização social que ocorria na Europa, no país havia a intenção de extinguir o colonialismo, sendo que os interesses eram mantidos em favor da alta classe, não trazendo apontamentos de grande importância no que se referia à Saúde Pública (NEVES, 2012).

Como as desigualdades sociais eram acentuadas na época e o poder era centralizado ao Imperador, o Direito à Saúde não ganhou lugar. Nesse sentido, a doutrina:

[...] o Direito à Saúde não tomou acento, vez que o que se buscava era a concentração dos poderes nas mãos do Imperador. Bonavides explica que o texto Constitucional de 1824 serviu de modelo para a Constituição de Portugal de 1826. Nessas Constituições, embora se tivesse a intenção de almejar os ideais libertários, os mesmos não foram atingidos dadas as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época. Silva ensina que a Constituição de 1824 deu lugar aos Direitos do Homem no art. 179 (com seus 35 incisos que estabeleciam um rol de direitos e garantias), nos quais era declarado e garantido o direito à inviolabilidade dos direitos de liberdade, de igualdade, de segurança individual e de propriedade. O texto Constitucional chega a mencionar, no inciso XXIV do art. 179, que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”, entretanto o objetivo, como se faz claro, é garantir o exercício da atividade laboral e não o Direito à Saúde (RIBEIRO, 2010, p.449).

Já a segunda Constituição, datada de 24 de março de 1891, foi promulgada em um momento de transição, onde a Monarquia estava em crise e não contava mais com o apoio dos fazendeiros, devido à abolição da escravatura. E neste mesmo contexto histórico era proclamada a República em 1889 (NEVES, 2012).

A Constituição de 1891 se encarregou de tratar das garantias e direitos como liberdade, segurança e de propriedade, porém a saúde não foi incluída. Previu também direito

de associação, reunião e o *habeas corpus*, entretanto, por ser uma época onde o coronelismo prevalecia mais uma vez os direitos garantidos não foram aplicados (NEVES, 2012).

Logo, em seguida, promulga-se a Constituição de 1934 a qual teve como estímulo as revoluções de 1930, que puseram fim ao regime da denominada República Velha, e de 1932, quando em São Paulo aconteceu a Revolução Constitucionalista. A revolução de 1930 tinha como foco a ideia de um Estado liberal, todavia, a revolução de 1932 tinha por objetos fins econômicos. Porém, foi nesta Constituição de 1934⁸, que se vislumbrou a primeira referência ao Direito à Saúde, em seu artigo 10 inciso II, dispunha que era de competência concorrente da União e dos Estados, cuidar da saúde e assistências públicas (NEVES, 2012).

No ano de 1937, é instituída a Carta Magna conhecida como “A Polaca”, imposta por Getúlio Vargas, que coibiu qualquer direito fundamental, pois seu texto possuía caráter amplamente autoritário. Assim explica a estudante de história Marília Ruiz e Resende:

Em 1937, Getúlio Vargas concretizou um golpe de estado que iniciaria um período de ditadura de oito anos, que se estendeu até 1945: o Estado Novo. Curiosamente, essa ditadura estava prevista na Constituição, que legitimava os poderes absolutos do ditador, enquanto direitos humanos eram recorrentemente violados pelo aparelho repressor do Estado – a Polícia Especial. A Constituição de 1937, que recebeu apelido de Polaca, por ter sido inspirada no modelo semifascista polonês, era autoritária e concedia ao governo poderes praticamente ilimitados (RESENDE, 2017, p. 1)

A Constituição 1937 teve como foco a concentração de poderes no âmbito executivo, embora trouxesse algumas evoluções acerca dos direitos sociais. Ainda que não programasse a efetividade dos Direitos Fundamentais e não garantisse o Direito à Saúde, no art. 16, inciso XXVII, afirmou que caberia à União legislar privativamente sobre: “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”. (BRASIL, 1937).

Promulgada após a segunda Guerra Mundial, a Constituição de 1946 trouxe como fundamento a consolidação o fortalecimento dos Direitos Fundamentais e do Constitucionalismo, mesmo sem ter salientado o Direito a Saúde, a Constituição de 1946 previu na alínea “b” do inciso XV do art. 5º a competência da União para legislar sobre as normas gerais de defesa e proteção da saúde, destacou o regime das liberdades individuais e estabeleceu o princípio da Justiça⁹, do trabalho digno e da educação baseada na ideia de solidariedade humana (NEVES, 2012).

⁸Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas (BRASIL, 1934)

⁹Art. 5º - Compete à União: [...] XV - legislar sobre: b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário (BRASIL, 1946)

O golpe militar de 1964 trouxe consigo a imposição da Carta Constitucional de 1967, que imputou o regime totalitário, onde imperava a doutrina da segurança nacional. Não fazendo esta qualquer previsão ao direito à saúde. Entretanto esta repetiu a norma da Constituição de 1946, acrescentando a competência da União para legislar sobre um plano nacional de saúde (NEVES, 2012).

Surge em 1988 a Constituição que faz o retorno à era democrática, que rege o Estado Democrático de Direito. O artigo desta 5ª Constituição possui 78 incisos sendo o maior rol de garantias fundamentais de todas as Constituições que o país já possuiu (NEVES, 2012).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 explicita no seu artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988 trata a saúde, como uma das espécies da Seguridade Social, nos artigos 196 a 200. Estabelece também o inciso II do art. 23 da Lei Magna que atribui a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública (MARTINS, 2009).

A Lei Maior de 1988 incorpora evidentemente o direito à saúde ao estabelecer, em seu art. 196, que ele será: “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Portanto, o direito à saúde foi constitucionalizado em 1988 sendo este um direito público subjetivo a prestações estatais, ao qual corresponde o dever dos Poderes Públicos desenvolverem as políticas que venham garantir esse direito (LIPPEL, 2006).

Tal forma de constitucionalização é o ponto de partida para análise da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde.

3.3 Surgimento do Sistema Único de Saúde (SUS)

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em seu artigo 196, prescreve que 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.” E o mais importante: independe de contribuição.

Entretanto, em um passado bastante recente (1974), quando da existência do INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – as ações e serviços relacionados à saúde não eram concedidos a todos. Para fazer jus, era necessário que o trabalhador contribuísse para manter o regime, e assim, utilizar-se de seus benefícios relacionados à saúde, bem como os benefícios relacionados à previdência social. Sobre o INAMPS, a doutrina complementa:

O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal, foi criado em 1977, pela Lei nº 6.439, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas), definindo um novo desenho institucional para o sistema previdenciário, voltado para a especialização e integração de suas diferentes atividades e instituições. O novo sistema transferiu parte das funções até então exercidas pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) para duas novas instituições. A assistência médica aos segurados foi atribuída ao INAMPS e a gestão financeira, ao Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (Iapas), permanecendo no INPS apenas a competência para a concessão de benefícios (CARVALHO; FLEURY, 2017, p.1)

Quem não fosse contribuinte, ou seja, aqueles excluídos do sistema poderiam contar com atendimento médico e outros benefícios correlacionados à saúde, tão somente, das Santas Casas de Misericórdia.

Mas com a promulgação da atual Constituição, essa característica muda e a saúde passa a ter organização completamente distinta da previdência social. O INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – é extinto e as ações relacionadas à saúde passam a ser de responsabilidade do Ministério da Saúde, através do SUS – Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, a doutrina:

O INAMPS foi extinto em 1993, pela Lei nº 8.689, e suas competências transferidas às instâncias federal, estadual e municipal gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Constituição de 1988, que consagrou o direito universal à saúde e a unificação/descentralização para os estados e municípios da responsabilidade pela gestão dos serviços de saúde.

Seus 16 anos de existência correspondem ao período em que o país transitou de um sistema de saúde segmentado, voltado principalmente para a prestação de serviços médico-hospitalares a clientelas previdenciárias, nos marcos da idéia meritocrática de seguro social, para um sistema de saúde desenhado para garantir o acesso universal aos serviços e ações de saúde, com base no princípio da seguridade social. Nesse período, representou também um espaço institucional privilegiado onde se ensaiaram propostas de mudança do sistema, tornando-se uma das principais arenas setoriais onde se disputou e decidiu a agenda de reformas que mobilizou o país ao longo da década de 1980, dando-lhe uma nova configuração institucional e novo

padrão de políticas sociais, especialmente na área da saúde (CARVALHO; FLEURY, 2017, p.1)

Ressalte-se que antes de 1988 a sua estruturação era descentralizada, sua gerência delegada a vários ministérios e sua competência exclusivamente da União.

Atualmente o SUS é considerado um dos maiores sistemas públicos unificados de saúde.

Com a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), o acesso à saúde tornou-se direito de todos, assegurado na Constituição como um direito fundamental, já que até então o acesso à saúde era mitigado em três categorias: os que podiam pagar por serviços de saúde privados, os que tinham direito à saúde pública, por serem segurados pela previdência social (trabalhadores com carteira assinada) e os que não possuíam direito algum.

Sob a ótica constitucional a saúde pública é um dever do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e direito de todos, pois visa o desenvolvimento de políticas sociais e econômica na busca da redução de riscos e de doença e de outros agravos através de ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Da Carta Magna de 1988, infere-se a concepção de que o SUS seria uma instituição baseada na formulação de um modelo de saúde voltado para as necessidades sociais.

Apesar de a Lei Maior ter assegurado o direito igualitário a saúde, somente em 1990 com a promulgação da lei 8.080/90¹⁰, também conhecida como a Lei Orgânica da Saúde, este direito é regulamentado, propondo um modelo organizacional de funcionamento.

Assim, o SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. E a iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar, conforme os ensinamentos do Conselho Nacional de Secretários de Saúde:

A iniciativa privada pode participar do SUS, de forma complementar, com preferência para as entidades filantrópicas. A participação dá-se mediante convênio (serviços filantrópicos) ou contrato de prestação de serviços de saúde (entidades lucrativas) firmado com o gestor do SUS (estadual ou municipal). Integrados ao SUS, as entidades privadas submeter-se-ão a regulação, fiscalização, controle e avaliação do gestor público correspondente, conforme as atribuições estabelecidas nas respectivas condições de gestão (CONASS, 2007, p. 41)

¹⁰ Ementa: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (BRASIL, 1990).

O Sistema Único de Saúde – SUS – é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes e a ele compete, além de outras atribuições, nos termos do art. 200 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 200: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988)

Como principal característica, o Sistema Único de Saúde prestará os serviços de saúde de forma gratuita¹¹, ou seja, para usufruir de tais serviços, não será necessário que o trabalhador contribua de qualquer forma para a Seguridade Social.

Os serviços de saúde também são de abrangência universal¹². Portanto, o Estado não poderá, em nenhuma hipótese, negar atendimento a determinada pessoa alegando que sua condição financeira permite que ela utilize do sistema particular de saúde.

A doutrina dispõe sobre a universalidade:

Nestes termos, fica explícito que o Brasil optou por um sistema público e universal de saúde, que deve garantir atendimento integral para todos os cidadãos, não cabendo, em nenhuma hipótese, a limitação de seus atendimentos a um “pacote” mínimo e básico de serviços de saúde, destinado à parcela mais pobre da população (CONASS, 2007, p. 14)

Enfim, mesmo que uma pessoa extremamente rica e que não exerça nenhum tipo de contribuição, requerer atendimento pelo Sistema Único de Saúde, a ela será concedida esse direito. Do mesmo modo, se uma pessoa carente que não contribuir de qualquer forma, precisar de atendimento médico, a ela também será disponibilizado da mesma forma como foi

¹¹ Conforme a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990: “Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”.

¹² Vide tópico 2.3.1 - Princípio da universalidade

para o rico não contribuinte e como será, também, para aqueles que contribuirão por algum meio.

3.4 Aspectos sobre a saúde suplementar

A saúde, além de ser considerada um direito universal, é um bem jurídico tutelado pelo próprio Estado, conforme expressamente estabelecido pela Constituição Federal da República de 1988.

Devida a grande dificuldade encontrada por aquelas pessoas que desejavam ser beneficiadas com o sistema público de saúde, muitos cidadãos começaram a buscar atendimento em grupos privados de medicina, como os próprios planos de saúde, o que foi seguido por diversas empresas que tinham como meta oferecer uma assistência médica melhor, visando um melhor desenvolvimento profissional de seus funcionários e conseqüentemente o aumento do lucro.

Em 1998 foi promulgada a Lei dos Planos de Saúde – Lei nº. 9.656, que regulamentou os planos e os seguros de saúde, já que até então não havia qualquer tipo de regulamentação.

Conforme é estabelecido no ordenamento jurídico, o plano de saúde privado é um serviço que visa garantir e cobrir prestações relacionadas a saúde à pessoas contratantes, cujo prazo é indeterminado e os valores determinados contratualmente.

O conceito formal está expresso no artigo 1º, inciso I da Lei nº. 9.656/1998 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *In verbis*:

Artigo 1º: Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor. (BRASIL, 1998)

A lei estabelece objetivamente que um contrato de plano de saúde deve ser pactuado sem limite temporal e financeiro, no âmbito médico, hospitalar ou odontológico, dependendo

do tipo de serviço parcial ou integral contratado a ser realizado por profissionais da área de saúde, de livre escolha do contratante.

Os contratos de planos de saúde são os mais usados atualmente e se identificam pela previsibilidade e opção de escolha do contratante estabelecida na relação entre o contratante e a operadora.

Também classificados como contratos de adesão, os contratos de planos de saúde não permitem a direta negociação entre o fornecedor dos serviços e o contratante, conseqüentemente gerando uma relação de hipossuficiência entre as partes.

Os segurados ao firmarem planos de saúde esperam das prestadoras, além da previsibilidade, segurança e proteção acerca de riscos futuros, sendo essencial aos contratos a observância de tais valores, cabendo aos profissionais do Direito uma análise minuciosa do negócio jurídico celebrado visto a vulnerabilidade do contratante ao se deparar à cláusulas abusivas.

O SUS, está sujeito ao orçamento público, ao passo que os prestadores privados e o mercado de saúde suplementar se sujeitam apenas à regras privadas. Explica a doutrina:

O setor privado, independentemente do mercado, opera com indicadores similares: variação de lucro, do patrimônio líquido, da participação de mercado, do retorno de investimentos para os acionistas.

Nesse último indicador, é importante lembrar que o investidor sempre busca o melhor retorno para os seus investimentos/patrimônio, e, isso também ocorre em relação ao mercado de saúde suplementar, ou seja, deve haver resultado positivo superior a outras possibilidades de investimento, caso contrário não haverá razão para alocar recursos nesse mercado.

Ou seja, ao contrário do setor público, que dadas as suas características e finalidades, não abre falência, o setor privado se não houver eficiência, eficácia, efetividade e rentabilidade, sairá do mercado (NOBRE, 2011, p. 284).

Diante todas as circunstâncias expostas, é evidente que os cidadãos não estariam dispostos a investir na saúde pública, tendo preferência em escolher onde alocariam os seus recursos.

4 COMPETÊNCIA COMUM DA POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA

4.1 Saúde: direito constitucional conferido a todos

O direito à vida, previsto no artigo 5º, *caput*, da CF/88, é o mais importante de todos os direitos. Tem um significado amplo, já que se conecta à vários outros como: à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à **saúde**, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (BULOS, 2015, p. 543, grifo nosso).

Classificada como um dos direitos sociais previstos nos artigo 6º, da Constituição Federal, o direito à saúde se desdobra em outras prescrições constitucionais, elencadas entre os artigos 196 a 200 da Carta Magna.

A Constituição Federal (artigo 196) dispõe que ao Estado cabe a tarefa de prover à saúde e para isso, estruturar as políticas sociais e econômicas necessárias à reduzir o risco de doenças.

A garantia universal e igualitária à todas as pessoas que necessitem de atendimento também é prevista constitucionalmente, uma vez que o sistema protetivo garante o direito à saúde e exige que a execução do serviço seja feita pelo Estado, independente do fato de os cidadãos arcarem com contribuições prévias.

Conforme já exposto o direito à vida está interligado ao direito à saúde. Desta forma, analisando esse aspecto de maneira isolada, a saúde se enquadraria nos direitos fundamentais de primeira geração : “Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito **à vida**, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc” (BULOS, 2015, p. 529, grifo nosso).

Noutro giro, analisando os direitos sociais, o direito à saúde se encontra aos direitos fundamentais de segunda geração.

Nesse sentido o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos:

A segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem.

Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice (BULOS, 2015, p. 529)

Ressalte-se que o direito à saúde não pode ser considerado individualmente, pois diz respeito à todos os indivíduos, que envolve a vida e o comportamento dos homens.

Nesse ponto, a doutrinadora Joseane Suzart Lopes da Silva menciona que a saúde é enquadrada pela doutrina como um direito de primeira, terceira e quinta geração:

A importância da saúde é premente, sendo qualificada como direito de primeira geração, já que corresponde a um bem jurídico primário, sem o qual os seres humanos não conseguem sobreviver e nem realizar os seus projetos. A saúde não pode ser analisada, apenas, sob a ótica individual, visto que todos os indivíduos têm direito a condições de vida que lhes possibilitem um bem estar físico e mental, sendo, ainda, enquadrada como um direito de terceira geração entre os direitos transindividuais (difusos e coletivos). Há, ainda, quem sustente que a saúde seria um direito de quinta geração, porque, para a sua satisfação, os indivíduos devem ter acesso a todos os instrumentos tecnológicos e avançados que satisfaçam seu particular estado de bem-estar (SILVA, 2010, p. 467).

Partindo do fato que, as gerações representam o desenvolvimento das liberdades públicas conhecidas pela doutrina, um só direito pode ter várias dimensões¹³ (BONAVIDES, 1993), pois as gerações demonstram a ideia de conexão entre uma geração à outra, ou seja, reconhecem as etapas que os direitos fundamentais atravessaram.

Os direitos fundamentais não se confundem com as garantias fundamentais, visto que os direitos são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal e as garantias, ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem.

A saúde, bem como todos os direitos e garantias, é um direito fundamental, histórico, universal, cumulável, irrenunciável, inalienável, imprescritível e relativo. Assim, pondera a doutrina:

Históricos - derivaram de longa evolução, participando de um contexto histórico perfeitamente delimitado. Nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender das circunstâncias. Exemplo: direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII).

Universais - ultrapassam os limites territoriais de um lugar específico para beneficiar os indivíduos, independentemente de raça, credo, cor, sexo, filiação etc. Exemplo: princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

Cumuláveis (ou concorrentes) - podem ser exercidos ao mesmo tempo. Exemplo: direito de informação e liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV e XXXIII).

Irrenunciáveis - podem deixar de ser exercidos, mas nunca renunciados. Exemplo: não ajuizamento do mandado de segurança, algo que não o retira da Constituição (CF, art. 5º, XXIII).

Inalienáveis - são indisponíveis. Os seus titulares não podem vendê-los, aliená-los, comercializá-los, pois não têm conteúdo econômico. Exemplo: a função social da propriedade não pode ser vendida porque não corresponde a um bem disponível (CF, art. 5º, XXIII).

¹³ As etapas de evolução dos direitos fundamentais podem ter várias nomenclaturas usadas pela doutrina: famílias, dimensões e gerações (BULLOS, 2015).

Imprescritíveis - não prescrevem, uma vez que não apresentam caráter patrimonial. Exemplo: direito à vida (CF, art. 5º, *caput*).

Relativos (ou limitados) - nem todo direito ou garantia fundamental podem ser exercidos de modo absoluto e irrestrito, salvo algumas exceções (BULOS, 2015, p. 534, grifo do autor).

Saliente-se que em relação à última característica, a limitação não pretende criar uma redoma para a ilicitude, eximindo de responsabilidade os infratores.

A única finalidade das limitações são assegurar o respeito dos direitos e a liberdade das demais pessoas, satisfazendo as exigências da moral, da ordem pública e do bem estar de toda a sociedade.

Os destinatários dos direitos e garantias fundamentais são os indivíduos.

As normas constitucionais primeiramente, são voltadas ao Poderes Executivo, Poder Legislativo e Judiciário, já que os mesmos são responsáveis por efetivar os direitos e garantias fundamentais.

Como destinatários indiretos, os cidadãos, pois dependem de aplicação do direito para a efetividade.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei, e as autoridades competentes são responsáveis por efetivar esse enunciado. Explica a doutrina:

Com efeito, transposta a etapa de concretização das liberdades públicas pelos órgãos executivo, legislativo ou judiciário. elas voltam-se para a proteção das pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, desde que estejam no território pátrio.

A partir daí, todos têm direito à vida, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos instrumentos de tutela constitucional (BULOS, 2015, p. 536).

Note-se que o artigo quinto da Carta Magna, referiu-se apenas, a brasileiros, incluindo-se os natos e naturalizados, bem como os estrangeiros residentes no País.

Contudo, além dos estrangeiros que residem no Brasil, os passantes também fazem *jus* aos direitos fundamentais, nos limites da soberania. Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal:

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - ESTRANGEIROS - A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais. PRISÃO PREVENTIVA - EXCESSO DE PRAZO - Uma vez configurado o excesso de prazo, cumpre, em prol da intangibilidade da ordem jurídica constitucional, afastar a custódia preventiva. Idas e vindas do processo, mediante declarações de nulidade, não justificam a manutenção da custódia do Estado. O mesmo acontece se o acusado é estrangeiro. Evasão do território nacional corre à conta do poder de polícia, presumindo-se esteja o Estado aparelhado para coibi-la. PRISÃO - RECURSO DA DEFESA - INVIABILIDADE - Exsurge conflitante com a proibição legal de chegar-se à reforma prejudicial ao recorrente decretar-se prisão, na oportunidade do julgamento

do recurso da defesa, ainda que isso ocorra via provimento judicial no sentido da nulidade do processo no qual imposta, inicialmente, a custódia - Precedente: habeas-corpus nº 70.308-ES, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante a Primeira Turma, cujo acórdão restou publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 152/170 (BRASIL, STF. HC 74051, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, 1996)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido (BRASIL, STF. RE 161243 - Rel. Min. CARLOS VELLOSO - 1996).

Isto posto, os estrangeiros e não residentes, em situação regular, também dispõem de meios jurisdicionais para tutelar direitos fundamentais e não podem ser alvos de discriminação.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, de crivo universal, não se atém a sexo, credo, cor ou origem.

4.2 Da solidariedade dos entes federados

Estabelece a Carta Magna sobre a competência comum em relação à saúde entre os entes federados:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...]
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência [...] (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal estabeleceu a gestão da saúde pública como obrigação de todos os entes, conforme o art. 198, § 1º, CF, determinando o financiamento de recursos orçamentários da seguridade social, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes. Cita-se o art. 198, § 1º, da CF:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Nesse sentido, a Lei nº 8.080/90, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, em seu artigo 4º estabelece:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).
 § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.
 § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar (BRASIL, 1990).

Corroborando o entendimento acerca da responsabilidade solidária dos entes federados, segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (BRASIL, STF. RE 855178 RG / SE - SERGIPE - Relator(a): Min. LUIZ FUX, 2015).

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: Clopidrogrel 75 mg. 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 (BRASIL, STF. STA 175-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010).

O site do Governo Federal¹⁴, reconhece a parceria entre os entes, entretanto define particularidades na função de cada um conforme texto abaixo:

¹⁴ O site <http://www.brasil.gov.br>, traz uma visão geral aos cidadãos sobre cidadania e esporte; ciência e tecnologia; cultura; defesa e segurança; economia e emprego; educação; esporte; governo; infraestrutura; meio ambiente; saúde e turismo.

União

É responsabilidade da União coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos. Por meio do Ministério da Saúde, a União planeja e fiscaliza o SUS em todo o País. O MS responde pela metade dos recursos da área; a verba é prevista anualmente no Orçamento Geral da União.

Estados

É papel dos governos estaduais criar suas próprias políticas de saúde e ajudar na execução das políticas nacionais aplicando recursos próprios (mínimo de 12% de sua receita) além dos repassados pela União. Os Estados também repassam verbas aos municípios. Além disso, os estados coordenam sua rede de laboratórios e hemocentros, definem os hospitais de referência e gerenciam os locais de atendimentos complexos da região.

Municípios

É dever do município garantir os serviços de atenção básica à saúde e prestar serviços em sua localidade, com a parceria dos governos estadual e federal. As prefeituras também criam políticas de saúde e colaboram com a aplicação das políticas nacionais e estaduais, aplicando recursos próprios (mínimo de 15% de sua receita) e os repassados pela União e pelo estado. Igualmente os municípios devem organizar e controlar os laboratórios e hemocentros. Os serviços de saúde da cidade também são administrados pelos municípios, mesmo aqueles mais complexos.

Distrito Federal

Em relação ao Distrito Federal, acumulam-se as competências estaduais e municipais, aplicando o mínimo de 12% de sua receita, além dos repasses feitos pela União (BLOG DO PLANALTO, 2014, p. 1, grifo do autor)

Em relação à competência comum, ou seja, no sentido de que todos os entes federativos poderem atuar, o objetivo é evitar não só conflitos como a dispersão de recursos, mas também procurar estabelecer mecanismos de otimização dos esforços em prol de toda a sociedade.

4.3 Diretrizes do Sistema Único de Saúde

A partir da sua criação na Constituição Federal de 1988, o SUS vem sendo alvo de instrumentos normativos, a fim de regulamentar o sistema e garantir seus objetivos, diretrizes e princípios.

As diretrizes do Sistema Único de Saúde estão estampadas no artigo 198 da Constituição Federal de 1988.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo;

II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - **participação da comunidade**.

[...]

(BRASIL, 1988, grifo nosso).

A descentralização consiste na transferência de poder do ente federal para os entes estadual e municipal. Assim explica a professora Natale Souza:

A descentralização da gestão do sistema implica a transferência de poder de decisão sobre a política de saúde do nível federal (MS) para os estados (SES) e municípios (SMS). Essa transferência ocorre a partir da redefinição das funções e responsabilidades de cada nível de governo com relação à condução político administrativa do sistema de saúde em seu respectivo território (nacional, estadual, municipal), com a transferência, concomitantemente, de recursos financeiros, humanos e materiais para o controle das instâncias governamentais correspondentes (SOUZA, 2016, p. 1)

O Sistema Único de Saúde é voltado integralmente ao atendimento de sua própria população e inserido de forma indissociável no SUS, em suas abrangências estadual e nacional, conforme estabelece a Portaria GM/MS n. 2203/1996¹⁵.

Sobre a integralidade, dispõe o Portal Educação:

Integralidade: As ações de promoção, proteção e reabilitação da saúde não podem ser fracionadas, sendo assim, os serviços de saúde devem reconhecer na prática que: se cada pessoa é um todo indivisível e integrante de uma comunidade, as ações de promoção, proteção e reabilitação da saúde também não podem ser compartimentalizadas, assim como as unidades prestadoras de serviço, com seus diversos graus de complexidade, configuram um sistema capaz de prestar assistência integral.

Ao mesmo tempo, o princípio da integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, como forma de assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

Para organizar o SUS a partir dos princípios doutrinários apresentados e considerando-se a ideia de seguridade social e relevância pública existem algumas diretrizes que orientam o processo. Na verdade, trata-se de formas de concretizar o SUS na prática (PORTAL EDUCAÇÃO, 2013, p. 1)

A participação da sociedade é essencial ao bom desenvolvimento do Sistema Único de Saúde, e faz parte de uma concepção atual do sistema de saúde, descentralizado e administrado democraticamente com a participação social de forma organizada, trazendo conseqüentemente mudanças significativas nas relações do poder político e na distribuição de responsabilidades entre os entes federais e às pessoas que convivem em sociedade.

A Lei nº. 8.142/1990 é responsável por dispor sobre a participação social¹⁶.

¹⁵ 4. SISTEMA DE SAÚDE MUNICIPAL

A totalidade das ações e de serviços de atenção à saúde, no âmbito do SUS, deve ser desenvolvida em um conjunto de estabelecimentos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, e disciplinados segundo subsistemas, um para cada município - o SUS-Municipal - voltado ao atendimento integral de sua própria população e inserido de forma indissociável no SUS, em suas abrangências estadual e nacional (BRASIL, 1996).

Ressalte-se que além das diretrizes elencadas na Constituição Federal de 1988, o artigo 7º da Lei 8.080/1990 traz outros princípios que se complementam, *in verbis*:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.
- XIV - organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017) (BRASIL, 1990).

Princípio é uma norma com alto grau de abstração que traz o valor de uma sociedade sobre determinado ponto, e quanto ao ordenamento jurídico dessa mesma sociedade pode consequentemente limitar regras pelas quais acontece o relacionamento, integrando lacunas e acompanhando a interpretação de leis, e até mesmo gerando direitos subjetivos.

Alguns doutrinadores¹⁷, como a professora Natale Souza dividem os princípios em doutrinários - Constituição Federal - e organizativos, que são os treze princípios dispostos no dispositivo acima, abrangendo a universalidade, a noção de integralidade, o princípio da

¹⁶ Ementa: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências (BRASIL, 1990).

¹⁷ Professores Rogério de Mesquita Spínola e Natale Souza

equidade, reforçando a descentralização, a regionalização e a hierarquização, e a integração entre as ações promocionais.

5 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Atualmente, a escassez de saúde no Brasil é significativa e esse fato não pode ser justificado simplesmente pela questão de recursos financeiros. Nesse sentido o doutrinador Gustavo Amaral:

[...] forçoso é dizer que a característica do dinheiro de equivalente geral faz com que muitas das questões de escassez sejam reduzidas a dinheiro. Trata-se de menos que meia verdade. A questão, nos parece, é que o dinheiro é sempre algo finito, portanto, escasso. Sendo finitas as capacidades financeiras e as capacidades de obtenção de recurso, então, se põe a questão da administração e da gestão (AMARAL, 2010, p. 92)

Ao se tratar de saúde, administrar significa gerir recursos limitados para atender necessidades ilimitadas, uma vez que as necessidades da existência humana não tem limites.

Anseios utópicos e distantes não levam na maioria das vezes soluções justas e concretas, pois as ações da administração no âmbito da saúde dependem de recursos finitos.

Deste modo, contraditório é dizer que todos serão atendidos conforme preconiza a legislação, pois na prática, as soluções para os problemas de saúde deveriam atingir um mínimo de generalidade e um nível adequado de não contradição.

5.1 A eficácia imediata do artigo 196 da Constituição Federal

O direito à saúde, direito fundamental, se submete à regra interpretativa que lhe confere aplicação imediata, a qual deve ser a mais eficaz possível, conforme o princípio da máxima efetividade, tal como pode ser extraído do disposto no art. 5º.,§1º)¹⁸, da Constituição Federal de 1988 e artigo 2º¹⁹ da Lei 8.080 de 1990.

Sobre a aplicação imediata prevista no §1º, do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe a doutrina:

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata [...] (BRASIL, 1988)

¹⁹ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (BRASIL, 1990)

[...] pode afirmar-se que em qualquer situação envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais sociais, sejam os originários ou derivados, prestacionais ou negativos, a ponderação dos direitos em jogo deve levar em consideração o princípio da máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, consoante estatui o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

[...]

Desta feita, cabe ao operador do direito, aplicar o princípio da máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e zelar pela máxima efetivação dos preceitos constitucionais, em especial dos direitos fundamentais sociais, eis que neles estão consubstanciadas as prestações essenciais, como saúde, educação e assistência social, a serem fornecidas pelo Estado, a fim de que o cidadão tenha uma existência mais digna e, por que não dizer, mais feliz (SOUZA, 2012, p. 1)

No mesmo sentido, segue posição majoritária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - MENOR - PORTADOR DE TRANSTORNO DE DÉFICIT DE ATENÇÃO E HIPERATIVIDADE - RITALINA LA 100MG - REQUERIMENTO CONSISTENTE EM MEDIDA PROTETIVA À SAÚDE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO POR NORMA DE EFICÁCIA IMEDIATA - RETENÇÃO DA RECEITA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA (BRASIL, TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0223.15.016739-1/001. Rel Des.(a) Audebert Delage - 2017).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA - DIREITO À SAÚDE - TRANSFERÊNCIA HOSPITALAR - SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS - IMPRESCINDIBILIDADE DEMONSTRADA - DEVER CONSTITUCIONAL - MULTA COMINATÓRIA - POSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

I. A saúde, como condição essencial à própria vida e dignidade humana, é direito fundamental social a ser assegurado pelo Estado a todos os cidadãos, por meio de políticas públicas que garantam a sua plena eficácia.

II. A atribuição conjunta, em regime de colaboração e cooperação de todos os entes federados para a prestação dos serviços à saúde, foi pauta de recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, que manteve a tese da responsabilidade solidária dos entes federativos frente aos aventados óbices administrativos ou orçamentários (RE 793319 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 12/06/2014).

III. É direito constitucional do paciente, comprovadamente portador de grave patologia, de receber os tratamentos prescritos nos receituários médicos, uma vez que comprovado o risco de sequelas ou morte em caso de não realização, bem como sua hipossuficiência financeira.

IV. É viável a imposição de multa cominatória em face dos entes públicos, eis que necessária para garantir a própria efetividade e imediata observância do provimento jurisdicional (BRASIL, TJMG. Apelação Cível 1.0145.14.068396-5/001 - Rel. Des.(a) Carlos Roberto de Faria, 2017).

Conforme Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a saúde é uma condição essencial ao direito à vida, e por esse motivo as políticas públicas devem garantir a sua plena e imediata eficácia.

A saúde é direito fundamental social a ser assegurado pelo Estado a todos os cidadãos, por meio de políticas públicas que garantam a sua eficácia plena e imediata.

5.2 A intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública

A presença do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas de saúde, também chamada pela doutrina de judicialização da saúde, é cada vez mais forte.

Segue abaixo o conceito doutrinário de judicialização:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o legislativo e o executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês - a chamada democracia ao estilo de Westminster -, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito (BARROSO, 2011 *apud* NOBRE, 2011, p. 356-357).

Saliente-se aqui que "o direito à saúde, como está assegurado no art. 196, da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele", como se extrai do RE nº 261.268/RS, Rel. Min. Moreira Alves, sendo publicado no dia 05/10/01.

A judicialização da saúde tem crescido aceleradamente e conseqüentemente gerando debates sobre os deveres dos entes governamentais, questionando o direito universal à saúde.

Em pesquisa realizada em 2015, pela Interfarma²⁰, mostra a demanda crescente dos processos em face do Estado na busca de medicamentos. Nessa análise, as justificativas apresentadas pelo Governo são:

O volume de ações judiciais é crescente e tem causado desequilíbrio nas contas;
São gastos valores altos para beneficiar poucos pacientes;
Despesas "inesperadas" podem ameaçar políticas de saúde, já que orçamentos só preveem remédios incluídos na lista do SUS;
Há distorções em algumas solicitações -em SP, por exemplo, já houve pedidos de itens como lenços umedecidos, colchão de solteiro e até remédio para cachorro (DECISÃO..., 2016, p. 1)

Já os representantes dos pacientes alegam:

Os pacientes acionam a Justiça por causa da demora na incorporação e oferta de tratamentos pelo SUS ou na análise de novos medicamentos pela Anvisa;
O conceito de "alto custo" deve ser olhado do ponto de vista do paciente;

²⁰ Pesquisa informada pelo site do jornal UOL - Folha de São Paulo.

Trata-se de remédios que já foram aprovados por agências de outros países, como a americana FDA;

Decisão contrária pode inviabilizar o acesso à saúde a pacientes pobres ou com doenças raras, por exemplo, cujo tratamento só está disponível no exterior (DECISÃO..., 2016, p. 1).

A advogada-geral da União entende que algumas decisões na verdade desestabilizam o sistema. Justifica:

São decisões judiciais, muitas vezes liminares, que acabam desestabilizando completamente o sistema", disse no STF a advogada-geral da União, Grace Mendonça. Ela defende que o governo não tem obrigação de fornecer "tudo a todos", mas sim fornecer a todos "tudo o que estiver disponível no SUS" (DECISÃO..., 2016, p.1).

Já para Carlos Paz, defensor público geral da União:

[...] o custo dos medicamentos deve ser olhado da perspectiva de quem precisa. "Para uma população de baixa renda, o que é alto custo pode ser algo muito mais acessível", disse ele, para quem os processos judiciais colaboram para a incorporação de alguns tratamentos no SUS –e, assim, para redução dos preços. "Ao invés de ver isso como algo que dificulta a vida do Estado, vemos como algo que contribui para melhorar a política de saúde." Paz defende ainda que a existência de registro ou não dos medicamentos não seja impeditivo para que casos semelhantes sejam analisados pelo Judiciário (DECISÃO..., 2016, p.1) .

Ressalte-se que a advogada-geral da União versa a favor do Estado e no defensor público não devem existir impedimentos que isentem essa obrigação estatal.

5.2.1 O mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana

O princípio do mínimo existencial é um direito fundamental e essencial e não necessita de estar expressamente na lei, uma vez que é inerente a qualquer ser humano.

Conceitua Antônio Pires:

Mínimo se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível "viver como gente". É um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, e se refere aos direitos positivos, pois exige que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos.

Os direitos abrangidos pelo mínimo existencial são os que estão relacionados com os direitos sociais, econômicos e culturais, previstos na Constituição Federal (como o trabalho, salário mínimo, alimentação, vestimenta, lazer, educação, repouso, férias e despesas importantes, como água e luz). São direitos de 2ª geração que possuem caráter programático, pois o Estado deve desenvolver programas para que esses direitos alcancem o indivíduo.

O mínimo existencial, portanto, abrange o conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para todo ser humano ter uma vida digna.

Ele é tão importante que é consagrado pela Doutrina como sendo o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III da CF (PIRES, 2013, p. 1)

O mínimo existencial possui dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país, do avanço da cooperação internacional entre os Estados e dos laços de solidariedade social para garantia do mais fundamental dos direitos: a vida.

Utilizando-se de uma visão social, percebe-se a existência dos direitos econômicos e sociais e, por reflexo, a reserva do possível, ou seja, dos desígnios da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração pública.

Cumpre destacar ainda que, apesar do princípio da reserva do possível não prevalecer sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, como adiante será demonstrado, não se pode fazer a conclusão de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento.

No entanto, negar o mínimo existencial significa recusar o próprio direito à vida, designo de qualquer outro direito fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, consiste nos dizeres de Francisco Lima:

O princípio da dignidade da pessoa humana, como um atributo de toda pessoa humana, é um valor em si absoluto, sendo fundamental para a ordem jurídica, pois, como o fundamento dos direitos humanos é também a condição prévia para o reconhecimento de todos os demais direitos, devendo sua presença na Carta Magna ser uma condição “sine qua non” para a validade do contrato social, tudo pelo motivo de ser este princípio fundado no respeito mútuo entre os seres humanos e ser esta a condição mínima para a existência dos nichos sociais, sendo assim sempre ocupou um lugar de destaque no pensamento filosófico, político e jurídico, inclusive tendo sido positivado por inúmeras constituições (LIMA, 2017, p. 1)

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. É através deste princípio que a sociedade busca o reconhecimento de determinados valores primordiais para sua ordem e seu desenvolvimento.

Pelo fato de que grande parte dos possíveis objetos de direitos estarem ligados à pessoa têm-se tamanha importância o princípio da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento da dignidade se faz inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, e é o fundamento da liberdade, da justiça, da paz e do desenvolvimento social.

Importante mencionar que a Constituição Federal estabelece como titular de direitos fundamentais toda e qualquer pessoa, orientada pelo princípio da dignidade humana²¹.

5.2.2 Teoria da reserva do possível e o direito à vida

O direito à vida inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, constituindo um direito fundamental tanto a expectativa de vida exterior como a vida extrauterina (BULOS, 2015).

A teoria da reserva do possível consiste na razoabilidade da pretensão do indivíduo proposta frente à sua concretização.

Para Ingo Sarlet, essa teoria se desdobra em dois elementos:

Para o mesmo autor, pode-se desdobrar a ideia da teoria da “Reserva do Possível” em dois elementos: um fático e outro jurídico. O fático refere-se à disponibilidade de recursos financeiros suficientes à satisfação do direito prestacional, e o jurídico à existência de autorização orçamentária, portanto legislativa, para o Estado despende os respectivos recursos (SARLET, 2003 *apud* ÁVILA, 2013, p. 1).

É sabido que a implementação dos direitos sociais por parte do Estado demandam um custo financeiro que, por sua vez, impactam o orçamento público. Sendo assim, em determinadas situações, o administrador, invocando a cláusula da reserva do possível, pode eleger quais as políticas deverão ser atendidas com prioridade.

Contudo, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada quando a própria Constituição Federal, a par da fundamentalidade do direito posto em questão, não permite outra solução ao administrador que não o seu integral atendimento, na medida em que integra o chamado mínimo existencial.

Nesse sentido, em sede doutrinária, acerca do conflito entre o argumento da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, colhe-se a seguinte orientação:

[...] a garantia de proteção e implementação do denominado ‘mínimo existencial’, ou seja, das condições materiais mínimas à vida humana com dignidade e saúde, passam pelo fornecimento de prestações materiais que assegurem a vida saudável, ou o mais próximo disso (quando as condições do indivíduo não mais lhe permitam uma vida saudável [...])
O conflito entre o argumento da ‘reserva do possível’ e a garantia do ‘mínimo existencial’ já aparece na jurisprudência e, de modo geral, tem-se resolvido em favor da prevalência deste último, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à proteção da vida e da saúde (FIGUEIREDO, 2015, p. 56)

²¹ Art. 1º, III CF/88

É o que ocorre com o direito à saúde, que ao lado de outros direitos fundamentais²², não pode sofrer os condicionamentos da cláusula da reserva do possível, sob pena de transformar a Constituição uma simples folha de papel, no qual se consignou meras promessas, sem qualquer responsabilização do ente público.

O direito à saúde está alçado à categoria de direito fundamental, seja pela sua previsão no art. 6º²³, da Constituição Federal de 1988, seja porque é um direito decorrente do direito à vida, previsto no art. 5º, *caput*²⁴, da Carta Magna, seja porque é um direito intrínseco ao baluarte da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil esculpido no art. 1º²⁵, da CF/88.

Conclui-se, portanto, que por constituir-se como direito fundamental, é um direito plenamente exigível, não se subsumindo às quaisquer contingências orçamentárias, cabendo ao Estado, enquanto guardião de tais direitos, o dever de disponibilizar todos os meios para sua efetivação.

Acerca da prevalência do direito à vida e à saúde, visando a proteção do mínimo existencial, em detrimento da reserva do possível, segue a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO À SAÚDE - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PORTADOR DE TRANSTORNO DE DÉFICIT DE ATENÇÃO E HIPERATIVIDADE (TDAH) - FORNECIMENTO GRATUITO DE TRATAMENTO - FÁRMACO NÃO DISPENSADO PELO SUS - DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE - GRAVIDADE DA DOENÇA E URGÊNCIA DO PEDIDO ATESTADAS EM LAUDO MÉDICO IDÔNEO - POSSIBILIDADE DE MULTA EM FACE DO ENTE PÚBLICO - JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO EG. STJ - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - INOBSERVÂNCIA - LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS - IRRELEVÂNCIA - DISPONIBILIZAÇÃO CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE RECEITUÁRIO ATUALIZADO - SENTENÇA CONFIRMADA, EM REMESSA NECESSÁRIA.
1. A Constituição da República garante o direito fundamental à saúde e à vida, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo dever do(s) ente(s) público(s), nas três esferas, assegurar o acesso aos insumos e medicamentos que se fizerem necessários

²² Direito à vida, liberdade, educação, propriedade, etc.

²³ 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 (BRASIL, 1998)

²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (BRASIL, 1998).

²⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 1988)

- ao restabelecimento e promoção dos referidos direitos.
2. A responsabilidade em relação ao fornecimento de medicamentos gratuitamente, e o consequente implemento do direito à saúde, constitucionalmente previsto, é concorrente entre a União, Estados e Município.
 3. Ainda que os fármacos pleiteados não façam parte daqueles dispensados pelo ente público, a Constituição da República garante o direito de acesso à saúde.
 4. Comprovado por relatório médico circunstanciado, subscrito por profissional especialista, que a paciente apresenta quadro de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade, sendo que ela não tem condições de suportar os custos do tratamento e, levando em consideração que o não uso do medicamento requerido pode causar prejuízos a sua qualidade de vida, impõe-se o fornecimento do fármaco pelo ente público.
 5. É razoável condicionar o fornecimento do tratamento à apresentação de receita médica atualizada, uma vez que impede a dispensa indiscriminada dos fármacos, bem como a respectiva utilização de maneira inadequada, possibilitando o fornecimento racional.
 6. A invocação do princípio da reserva do possível e limitação financeira do ente público e o suposto prejuízo aos cidadãos, por si só, não pode justificar o desatendimento à ordem constitucional de facilitação do acesso aos serviços de saúde
 7. É cabível a cominação de multa em face do ente público, como forma de assegurar o cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa, conforme o disposto nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil/1973, repetido no art. 537 do novo CPC, e jurisprudência dominante do Eg. Superior Tribunal de Justiça.
 8. Sentença confirmada, em remessa necessária (BRASIL, TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0223.15.015845-7/001 - Rel.Des.(a) Sandra Fonseca, 2017).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO À SAÚDE - TRANSFERÊNCIA DE HOSPITAL - CIRURGIA - ART. 196 DA CR/88 - MÍNIMO EXISTENCIAL E CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - URGÊNCIA DA MEDIDA - COMPROVAÇÃO - MULTA COMINATÓRIA - RECURSO NÃO PROVIDO.

- Em sendo a saúde indissociável do direito à vida, a Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de oferecer atendimento integral, devendo atender às necessidades individuais do cidadão de acordo com as peculiaridades de cada caso, envidando todos os esforços possíveis para preservar-lhe a saúde e a vida, sob pena de comprometer bens jurídicos maiores e que se encontram sob risco de perecimento.

- Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve o Poder Público garantir o acesso de todos aos mecanismos necessários à preservação da saúde, em observância ao "mínimo existencial", no que se refere às normas constitucionais programáticas com reflexo nos direitos fundamentais.

- Recurso não provido (BRASIL, TJM. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.16.069512-8/001 - Rel. Des.(a) Luís Carlos Gambogi, 2017).

O direito fundamental à saúde não se expõe, no curso de sua efetivação, ao exame discricionário do administrador público de concretizá-lo ou não. Isso porque o comando constitucional que determinou aos entes políticos o dever de prestar os serviços de saúde, artigo 23, II²⁶, da Constituição Federal de 1988, não lhes determinou uma obrigação

²⁶ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

facultativa, mas sim um dever inafastável e, especialmente, um dever prioritário em face de outras finalidades que também devem ser perseguidas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Poder Judiciário, esta em consonância com a Lei Maior e visa apenas a efetivação dos preceitos legais nela previstos, não invencendo na esfera de outro Poder da República.

O Direito à Seguridade Social pode ser definido como o conjunto de princípios e regras e instituições que tem a finalidade de estabelecer um mecanismo de proteção social contra fatos eventuais que possam impedir a promoção das necessidades básicas da sociedade.

A Constituição de 1988 trata a saúde, como uma das espécies da Seguridade Social, estabelecendo também a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública.

O Sistema Único de Saúde tem a finalidade de prestar os serviços de saúde de forma gratuita, ou seja, para usufruir de tais serviços, não será necessário qualquer contribuição para a Seguridade Social.

A cláusula da reserva do possível muitas vezes é invocada a fim de justificar o não atendimento de direitos básicos aos cidadãos.

O direito à saúde, direito fundamental e ligado diretamente ao direito à vida, se submete à regra interpretativa que lhe confere aplicação imediata, a qual deve ser a mais eficaz possível, conforme o princípio da máxima efetividade.

O mínimo existencial, direito inerente a todos, possui dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país, do avanço da cooperação internacional entre os Estados e dos laços de solidariedade social para sua concretização.

Deste modo, o princípio da reserva do possível não prevalece sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, pois assim estaria negando próprio direito à vida.

Assim, a judicialização ocorre justamente diante da ineficiência dos poderes e possui forte impacto na administração pública.

O direito à saúde não pode ser analisado de forma facultativa pelo Estado, por se tratar de direito fundamental e, portanto, obrigatório. É inadmissível que o poder estatal coloque qualquer obstáculo orçamentário nesse ponto, uma vez que tem o dever de zelar pela saúde e disponibilizar os meios adequados para a devida efetivação.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1. ed. Minas Gerais: Fórum, 2011
- ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; LEITÃO, André Studart. **Direito Previdenciário I**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 10.out.2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BLOG DO PLANALTO. **União, estados e municípios têm papéis diferentes na gestão do SUS**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>>. Acesso em: <21.set.2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01.ago.2017.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1834**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23.abr.2017.
- _____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1837. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23.abr.2017.
- _____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1846. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23.abr.2017.
- _____. **Lei nº. 9.656 de 03 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 13.out.2017
- _____. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Lei do SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em : 03.jun.2017.
- _____. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 03.jun.2017.
- _____. **Portaria 2.203 de 5 de novembro de 1996**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 28.set.2017.
- _____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Ap Cível/Rem Necessária 1.0223.15.016739-1/001. Rel Des.(a) Audebert Delage - 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegi>>

stro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0223.15.016739-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30.set.2017.

_____. Apelação Cível 1.0145.14.068396-5/001 - Rel. Des.(a) Carlos Roberto de Faria, 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.14.068396-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 30.set.2017.

_____. Ap Cível/Rem Necessária 1.0223.15.015845-7/001 - Rel.Des.(a) Sandra Fonseca, 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0223.15.015845-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 30.set.2017.

_____. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.16.069512-8/001 - Rel. Des.(a) Luís Carlos Gambogi , 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.069512-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 30.set.2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 855178 RG / SE. Relator(a): Min. Luiz Fux, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28855178%2ENUME%2E+OU+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zvpkg9k>>. Acesso em: 09.set.2017.

_____. RE 161243. Rel. Min. Carlos Velloso, 1996 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28161243%2ENUME%2E+OU+161243%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlmdlsh>>. Acesso em: 10.out.2017.

_____. HC 74051. Rel. Min. Marco Aurélio, 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874051%2ENUME%2E+OU+74051%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpepvk7>>. Acesso em: 10.out.2017.

_____. STA 175-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+175%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblsmom>>. Acesso em: 10.out.2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
CARVALHO, Antônio Ivo de. Fleury, Sônia. **Instituto Nacional De Assistência Médica Da Previdência Social: INAMPS**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/instituto-nacional-de-assistencia-medica-da-previdencia-social-inamps>>. Acesso em: 20.set.2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONASS. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Assistência de média e alta complexidade no SUS. 1. ed. Brasília: 2007. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro9.pdf>. Acesso em: 30.set.2017.

DECISÃO do STF sobre fornecimento de remédios guiará ações pelo país. Folha de São Paulo Online, São Paulo, 24/09/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-aco-es-pelo-pais.shtml>>. Acesso em: 04.out.2017.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: Leis n.º 8.080/90 e 8.142/90. 4. ed. São Paulo: Juspodvm, 2015

FILIPPO, Filipe de. Os **princípios e objetivos da Seguridade Social, à luz da Constituição Federal**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2012>. Acesso em 04.jun.2017.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JUSBRASIL. **Princípio da reserva do possível**. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/artigos/396818165/principio-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 22.set.2017.

LIMA, Arnaldo Rodrigues de. **O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11138>. Acesso em: 12.out.2017.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade**. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/>>. Acesso em: 23.abr.2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a seguridade Social** - 10 edição São Paulo: Atlas, 2009

_____. **Direito da Seguridade Social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUÑOZ, Rilva Sousa. **História da Saúde Pública no Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/rilvalopes/histria-da-sade-pblica-no-brasil>>. Acesso em: 10.set.2017.

MV INFORMÁTICA NORDESTE LTDA. Líder em Sistemas de Gestão em Saúde. **Um breve relato da história da saúde pública no Brasil**. 2016. Disponível em:

<<http://www.mv.com.br/pt/blog/um-breve-relato-da-historia-da-saude-publica-no-brasil#>>. Acesso em: 10.set.2017.

NEVES, Diemerson Leonardo da Silva. **Judicialização da saúde: a obtenção de tratamentos pela via judicial**. 2012. 07 f. Monografia (conclusão do curso)- Universidade Presidente Antônio Carlos – Unipac Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena, Barbacena.

NOBRE, Milton Araújo de Brito. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Da denominada “Judicialização da Saúde”. 1º ed. Minas Gerais: Fórum, 2011.

PEREIRA, Ricardo Morais. Antônio Pereira Gaio Jr; Evandro Marcelo dos Santos (org.). Reflexões do Direito Brasileiro na contemporaneidade. **Reflexões acerca da judicialização da saúde**. CRV: Curitiba, 2017.

PIRES, Antônio. **Mínimo existencial x reserva do possível**. Disponível em: <<https://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 12.out.2017.

PORTAL EDUCAÇÃO. **SUS: princípios e diretrizes**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/sus-principios-e-diretrizes/38572>>. 2013. Acesso em: 13.out.2017.

RESENDE, Marília Ruiz e. **A Constituição de 1937: a Polaca**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/constituicao-de-1937-a-polaca/>>. Acesso em: 10.set.2017.

ROSAS, Daniella Ribeiro de Andrade. **Sistema de Custeio da Seguridade Social no Brasil**. Disponível em:< https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5941> Acesso em: 04.jun.2017.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática**. São Paulo: Verbatim, 2009. P. 93-94.

SANTOS, Maria Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Queops de Lourdes Barreto. **A aplicabilidade imediata e a eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aplicabilidade-imediata-e-a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais,40230.html>>. Acesso em: 13.out.2017.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva: Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. 2. ed. Salvador-BA: JusPodivm, 2010.

SPÍNOLA, Rogério de Mesquita. **Aula - SUS Princípios doutrinários e Organizacionais**. Disponível em: < <https://pt.slideshare.net/rogeriospinola/aula-sus-principios-doutrinrios-e-organizacionais>>. Acesso em: 13.out.2017.

SOUZA, Natale. **SUS: Princípios/Diretrizes, Regionalização e Gestão do SUS – Marcos Jurídicos. 2016.** Disponível em: <<http://blog.concursosdasaude.com.br/sus-principios-diretrizes-regionalizacao-e-gestao-do-sus/>>. Acesso em: 30.set.2017.