

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CAIO VINICIUS PIRES

**“O ACESSO À JUSTIÇA COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO SOCIAL À SAÚDE”**

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO – MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO, SP
2020**

**“O ACESSO À JUSTIÇA COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO
SOCIAL À SAÚDE”**

Dissertação de Mestrado apresentada como exigência parcial ao Programa de Mestrado Acadêmico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, necessário à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Linha de pesquisa: O acesso à justiça, efetivação dos direitos sociais relacionados à saúde e o entendimento contemporâneo do Supremo Tribunal Federal.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Flávia Cristina Piovesan

SÃO PAULO, SP

2021

“O ACESSO À JUSTIÇA COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE”

Data do Exame: 10/02/2021

Banca Examinadora:

Profa. Flavia Cristina Piovesan (Orientadora)
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo-SP

Prof. Vidal Serrano Nunes Júnior (Avaliador Titular)
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo-SP

Profa. Inês Virgínia Prado Soares (Avaliadora Titular - externa)
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo-SP

Prof. Roberto Baptista Dias da Silva (Avaliador Suplente)
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo-SP

Profa. Maria Cecília Cury Chaddad (Avaliadora Suplente -
externa)
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo-SP

À minha mãe Valéria Pires e meu pai Tércio Pires,
minhas maiores inspirações.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devo agradecer a Deus por ter me dado saúde, forças e calma para ultrapassar as dificuldades inerentes ao desenvolvimento deste Trabalho.

Depois, agradecer imensamente à minha família. A começar pela minha mãe, Valéria Pires, uma guerreira, que com todo amor e carinho sempre esteve ao meu lado direcionando minha jornada. Meu pai, Tércio Pires, responsável pelo meu crescimento profissional, sempre me impulsionando, de quem orgulho-me diariamente e em quem me espelho, o meu melhor amigo.

Aos meus irmãos, Victor e Helena, amigos de sempre e para sempre!

À minha orientadora, Professora Flávia Cristina Piovesan, pela gentileza, cautela e toda a dedicação com a elaboração deste Trabalho, cujo papel foi fundamental para o resultado final.

Um agradecimento especial ao Professor Vidal Serrano Nunes Júnior, com quem tive a honra de aprender muito e participar de suas aulas na qualidade de Assistente, algo que contribuiu significativamente à minha desenvoltura e possibilitou sem sombra de dúvidas meus primeiros passos acadêmicos.

A todos que fizeram parte da minha formação, meu muito obrigado.

Resumo

A presente Dissertação tem por objetivo analisar o Direito Social à Saúde previsto na Constituição Brasileira, sua relação com outros Direitos Fundamentais como o Direito à Vida e a solução que a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal tem dado aos casos concretos quando provocados ou em caso de violação destes direitos essenciais. O direito à saúde tem sido objeto de intensa judicialização no Brasil, com notório crescimento de ações ajuizadas ano após ano. Este cenário tem gerado debates acerca do alcance deste relevante direito fundamental e suas repercussões na administração judiciária e nos orçamentos públicos. Este Trabalho estuda a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no campo do direito à saúde, mediante análise evolutiva de sua jurisprudência. Para tanto, deve-se estudar a dissidência de entendimentos dos Ministros do STF e suas posturas a partir de critérios objetivos, bem como pelo acesso indiscriminado ao Poder Judiciário. De outro lado, a obrigatoriedade de preservação do Direito Social à Saúde em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, a postura jurisprudencial garantista da Suprema Corte, com o equilíbrio entre as necessidades do cidadão e a racionalidade das políticas públicas em questão da saúde, que segue, em sua maioria, protegendo e dando efetividade ao Direito à Saúde por intermédio das decisões protetivas do Poder Judiciário.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Acesso à Justiça. Obstáculos. Judicialização. A Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The purpose of this dissertation is to analyze the Social Right to Health provided for in the Brazilian Constitution, its relationship with other Fundamental Rights such as the Right to Life and the solution that the Inter-American Court of Human Rights and the Federal Supreme Court has given to concrete cases when provoked or in case of violation of these essential rights. The right to health has been subject to intense judicialization in Brazil, with a notable growth in lawsuits filed year after year. This scenario has generated debates about the scope of this significant fundamental right and its repercussions on the judicial administration and public budgets. This paper studies the position adopted by the Federal Supreme Court in the field of the right to health, through an evolutionary analysis of its jurisprudence. To this end, it is necessary to study the dissent of understandings of the STF Ministers and their positions based on objective criteria, as well as the indiscriminate access to the Judiciary. On the other hand, the obligation to preserve the Social Right to Health, taking into account the principle of human dignity. Finally, the guaranteeing jurisprudential stance, with the balance between the needs of the citizen and the rationality of public policies in health issues, which, when faced with doubt, mostly, protecting and giving effectiveness to the Right to Health through decisions protective measures of the Judiciary.

Keywords: Fundamental rights. Right to Health. Access to Justice. Obstacles. Judicialization. The Inter-American Court of Human Rights. The Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
 PARTE I – PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	 4
 1.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO.....	4
1.1.1. A estrutura dos Direitos fundamentais.....	4
1.1.2. A exigibilidade e os limites dos direitos sociais.....	13
 1.2. DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	 19
1.2.1. O nascimento do Estado Social e a proteção aos Direitos Sociais.....	19
1.2.2. O desenvolvimento da Saúde Pública no Brasil e o SUS.....	27
 1.3. DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	 30
1.3.1. A dignidade humana como suporte de todos os direitos fundamentais.....	30
1.3.2. O Direito à Saúde como garantia estatal.....	45
 PARTE II – PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA ORDEM INTERNACIONAL.....	 52
 2.1. DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E COLETIVOS)	 52
2.1.1. A estrutura normativa global e a compatibilidade com a Constituição Federal.....	52
2.1.2. A Proteção global e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.....	66

2.2. DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS (CONVENÇÃO AMERICANA E PROTOCOLO DE SAN SALVADOR)	83
---	----

2.2.1. A convivência dos instrumentos normativos no Sistema Regional Interamericano.....	83
--	----

2.2.2. As atribuições da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	87
--	----

2.2.3. A Proteção do Direito à Saúde na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador.....	91
---	----

2.3. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE.....	99
--	----

2.4. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE CONTRA O BRASIL.....	108
--	-----

PARTE III – PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	121
---	------------

3.1. ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS DE JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	121
--	-----

3.1.1. Análise de Votos divergentes dos Ministros do STF.....	123
---	-----

3.1.2. As decisões garantistas do Plenário do STF.....	135
--	-----

3.2. DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE.....	142
--	-----

3.2.1. A escassez de investimentos destinados às Políticas Públicas.....	142
--	-----

3.2.2. As consequências do acesso indiscriminado ao Poder Judiciário.....	159
---	-----

3.3. PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE.....	168
--	-----

3.3.1. A estrutura orçamentária e a progressividade das Políticas Públicas.....	168
---	-----

3.3.2. A Justiciabilidade dos direitos sociais para efetivação da Saúde.....	180
--	-----

3.3.3.A Justiciabilidade dos Direitos Sociais e a litigância estratégico-estrutural.....	191
--	-----

CONCLUSÃO - PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA JURÍDICO MULTINÍVEL E DOS DIÁLOGOS JURISDICIONAIS.....	197
--	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	201
--	------------

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional tem sido palco de inúmeros debates na eficácia dos direitos sociais prestacionais. A doutrina e jurisprudência conferiam caráter programático às normas de direito constitucional, o que inviabilizava a exigência de referidas prestações do Estado, razão pela qual praticamente não eram manejadas ações para que o Poder Judiciário interviesse para a salvaguarda dos direitos fundamentais, também porque a função típica do Poder Judiciário não era a da realização de prestações estatais, e sim a de resolver casos controvertidos, de modo que sua participação no controle das políticas públicas, afrontaria o princípio da separação de poderes.

Atualmente, o cenário se alterou significativamente. É extremamente comum o ajuizamento de ações judiciais que quando solucionados, seguem decisão no caminho da determinação de realização de prestações de direitos sociais destinadas aos jurisdicionados. Cabe ao Poder Judiciário a proteção destes direitos fundamentais sociais e a solução em caso de omissão do Poder incumbido da prestação de direitos sociais por meio de uma ordem judicial, justamente porque a ninguém será atribuído o ônus de sofrer as omissões estatais, principalmente quando estão em jogo a problemática da inclusão social e do princípio da dignidade da pessoa humana.

O contraponto de se privilegiar o acesso aos direitos sociais à Saúde por intermédio do Poder Judiciário é a insuficiência de recursos disponíveis e pelo fato de que para se realizar a prestação de direitos sociais é indeclinável o dispêndio de dinheiro público pelo Estado. Existe, ainda, um argumento no sentido da impossibilidade de se fornecer direitos sociais em seu maior nível, sob pena de serem violados outros direitos igualmente importantes, razão pela qual a determinação de concessão de medidas prestacionais pelo Estado, deve acompanhar certos limites constitucionais.

O Estado passa a estabelecer alguns critérios com o sopesamento do que de fato é prioritário. Devem ser cotejados com outros direitos sociais, confrontando-os com demais Direitos fundamentais, como a qualidade da alimentação pública, a

existência de hospitais suficientes para atender a sociedade, adequar a razoabilidade em conceder tratamentos específicos ou então viabilizar o acesso à Saúde em maior escala, o aumento do salário mínimo, direitos à moradia e demais direitos sociais de similar importância, ou seja, demandam aprofundada análise do cenário atual e o sopesamento com outros direitos.

A manifestação judicial positiva no campo da Saúde, por vezes acaba readequando alguns recursos públicos que estavam anteriormente destinados à satisfação de outros direitos fundamentais.

Neste sentido, menciona-se que o princípio do acesso à justiça ainda atravessa alguns desafios pela dificuldade de acesso a algumas pessoas que não têm condição de acessá-lo para discutir questões relacionadas à concessão de Saúde e então, nota-se uma forte tendência ao ativismo judicial em matéria de direitos sociais, principalmente quando relacionados à Saúde e por vezes, os recursos públicos restam direcionados a quem tenha um poder econômico privilegiado.

Ou seja, além de diferenças de ordem econômica, social, cultural, morosidade na solução da pretensão ou escassez de recursos públicos para a efetivação desses direitos, remanece a dúvida se os membros do Poder Judiciário teriam expertise para solução de demandas relacionadas à Saúde Pública e seu direcionamento dos gastos públicos, com possíveis interferências no controle de políticas públicas.

Nos últimos tempos tem-se notado uma quantidade significativa de demandas ajuizadas com vistas à efetivação do Direito à Saúde e grande parte do orçamento público acaba onerado, bem como comprometidas as políticas públicas destinadas à concessão de medicamentos quando o debate paira na taxatividade do rol dos fármacos da ANVISA e do SUS e, em hipótese de indeferimento destes acessos, a possível consequência de violação do direito à vida, saúde e dignidade da pessoa humana.

Referidos limites, sob a nossa ótica não poderiam restringir a proteção judicial da Saúde, fazendo-se forçoso, entretanto, o preparo do Poder Judiciário para o correto enfrentamento destes direitos.

Este Trabalho percorre um caminho pautado na exigibilidade dos Direitos Sociais prestacionais, com a exposição de diversos obstáculos e a sugestão do correto enfrentamento dos desafios na proteção dos direitos sociais, em especial o Direito à Saúde, por intermédio do Poder Judiciário, em casos de omissão do Poder competente, com a viabilização de acesso ao Direito Social à Saúde, inclusive na ordem internacional pelo relevante papel dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica e seu Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos - Protocolo de San Salvador e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Assim, e para que se possa cumprir com o cronograma pretendido pelo presente trabalho, será a Dissertação disposta em três partes importantes.

A Parte I conduzirá o leitor ao conceito e relação do Direito Fundamental com a Constituição, passando por uma abordagem histórica com a finalidade de se compreender a evolução da proteção dos Direitos Sociais e tratando dos dispositivos previstos pelo Texto Constitucional brasileiro, a Constituição Federal de 1988.

A Parte II estudará o Direito Social à Saúde a nível internacional, iniciando-se a exposição com os documentos que representam a proteção global da Saúde em nível mundial que é a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Também a demonstração da proteção da Saúde pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos com os documentos traduzidos pela Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador que auxiliam na proteção e fiscalização de maneira mais próxima da efetivação desse Direito, viabilizando, a responsabilização do Brasil na ordem internacional caso haja desrespeito das disposições desses documentos. Depois, serão estudadas as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que foram destaque no cenário global e, finalmente, os casos mais emblemáticos que tiveram a participação do Brasil em razão das violações relacionadas ao Direito Social à Saúde.

Por fim, na Parte III, serão analisados os casos mais relevantes que tramitaram junto ao Supremo Tribunal Federal, donde se verificou um viés protetivo deste Tribunal

que acabou por conceder em grande maioria os pleitos de fármacos e tratamentos de alto custo quando comprovada a necessidade dos jurisdicionados, mesmo quando com a medida, estivesse em jogo outro direito fundamental. A partir disso se estabelecerá os desafios para a correta prestação desse Direito; a escassez de recursos para a efetivação da Saúde e as dificuldades do acesso à Justiça seja em razão do alto custo ou da morosidade para o exercício desta garantia constitucional e as perspectivas para que haja a completa prestação estatal de modo a se viabilizar o acesso digno à Saúde.

PARTE I - PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

1.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO

1.1.1. A estrutura dos Direitos fundamentais

Os Direitos Sociais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988 se entrelaçam com a noção de direitos fundamentais; seja porque integram o núcleo duro do texto constitucional ou então porque realmente são essenciais ao ser humano, e, conjuntamente conduzem à noção de valores e princípios previstos no texto constitucional. Pela concepção de Antonio E. Perez Luño¹:

Partiendo de una teoría general de la Constitución, la normatividad de los valores y los principios se prueba por la existencia de las denominadas – normas constitucionales insconstitucionales, (verfassungswidrige Verfassungsnormen, em la terminología de la doctrina alemana), com lo que se intenta subtrayr la primacía hermenêutica de los valores, hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las propias normas constitucionales que contradigan su sentido.

Para o autor, levando em consideração a teoria geral da Constituição, a normatividade dos valores e dos princípios é comprovada pela existência das chamadas normas constitucionais inconstitucionais a fim de que se possa determinar

¹ LUÑO, Antonio E. Perez. Temas Clave de la Constitución Española: Los Derechos Fundamentales. 9ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. 234 p. 62.

a inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais que contradizem seu significado.

Em razão da latente discussão a respeito da delimitação dos direitos e princípios fundamentais, muitas vezes se percebe que ao intérprete resta uma grande dúvida a respeito do alcance de sua interpretação pela multiplicidade de possibilidades, principalmente por traduzirem conceitos em demasiado objetivos e por outras uma notória abstração.

Comum, ainda, na composição estrutural da Constituição, a discussão sobre a compatibilidade conceitual dos direitos e garantias, que, seguindo a orientação dada por Paulo Bonavides² “Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”, carregando, consigo, “uma dimensão conceitual, de cunho axiológico, muito clara, por prender-se aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção. ”

Entende, ainda, que a garantia como meio de defesa se coloca diante do direito, mas com ele não se confunde.

A garantia, pela nossa exegese é o acesso à Justiça para que se possa obter o direito, e, têm conceitos claramente distintos mas com pontos em comum; ora, se a garantia se efetiva com o acesso ao direito por meio do Poder Judiciário, o direito analisado de modo isolado, traduziria apenas uma previsão formal da Lei, indicando o que se pode ou o que não se pode fazer, e, com isso, se permitiria, caso fosse violado, bater às portas do Poder Judiciário e alcançar, então, o direito pleiteado, o que se justificaria pela garantia.

É importante, aqui, esclarecer que em linhas gerais, os princípios fundamentais, assim como os direitos e garantias fundamentais traduzem conceitos com diferentes interpretações por traduzirem situações distintas, mas que não podem ser interpretados separadamente, mesmo porque o universo do direito repousa na proteção de práticas ilegais e garantia dos direitos essenciais.

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. ed. [S. l.]: Malheiros Editores, 1996. 680 p. 481.

A interpretação dos princípios auxilia a compreensão racional dos direitos sociais, assim os princípios, na verdade, se prestam à complementação do sentido da interpretação, e a garantia figura como uma certeza de efetivação do acesso ao direito, uma vez que o Estado deve assegurar todas as medidas necessárias para que o direito seja fornecido a todos. Veja-se a explicação de Canotilho³:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma – lógica do tudo ou nada -, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu - peso – e as circunstâncias do caso. Assim, por ex., se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo de proteção das minorias (cfr. Por ex., art. 114.º sobre o estatuto de oposição); se o princípio democrático, na sua dimensão económica, exige intervenção conformadora do Estado através de apropriação política dos meios de produção (art. 83.º), isso não significa que se perseguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio da legalidade, princípio de justa indemnização, princípio do acesso aos tribunais para discutir a medida de intervenção). Os princípios estruturantes podem, de resto, ser concretizados através dos mesmos princípios, embora com acentuações diversas. Assim, por ex., o princípio da publicidade dos actos da autoridade com efeitos externos (cfr. Art. 119.º) é, simultaneamente uma concretização ou densificação do princípio democrático e do princípio do Estado de direito: a publicidade é o contrário da política de segredo (princípio democrático); a publicidade é uma exigência da segurança dos cidadãos (princípio do Estado de direito).

Assevera, ainda sobre o conflito entre os princípios fundamentais:

A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior

³ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7.ª. ed. Portugal: Almedina, 2003. 1522 p. 1182/1183

densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito, designadamente os tribunais (concretização judicial), a problemas concretos. Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios); permitem, sim, projecções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios. Como diz Dworkin, o - direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa.

O Direito Constitucional, como ciência que se destina a orientar a estrutura do Estado, deve impor seus direitos e obrigações perante a sociedade civil, não podendo desconsiderar princípios e direitos que colidam com o direito à vida ou outro direito essencial que tenha correlação com a vida.

Os direitos fundamentais apesar de muitas vezes traduzirem direitos distintos, são inseparáveis, de modo que a exemplo do direito à vida, caso seja interpretado de maneira objetiva, asseguraria tão somente a existência de um integrante da sociedade civil, e por assim dizer, ignoraria a validade de todos os demais direitos e garantias fundamentais a ele inerentes.

A concepção de direito à vida em condições dignas de sobrevivência, ou seja, abarcado pela dignidade da pessoa humana seria aquela que melhor reflete as necessidades de uma vida em sociedade, de modo que, em sentido diverso, ter-se-ia uma vida indigna, apenas a vida pela vida, sem qualidade e acessos importantes a todo ser humano.

A vida digna, portanto, é aquela que confere a todos, em um cenário de doença ou tratamento, e, inclusive para a prevenção de acometimentos indesejados, plenas condições de tratamento de suas adversidades no campo da Saúde a fim de assegurar que aquele que sofre com o mal que passa, possa entrar em hospital com condições de o receber em uma cama, com medicamentos adequados para

determinada doença, ou auxiliando com o tratamento necessário para a cura de quem quer que seja, ainda que o tratamento seja muito custoso ou de rara solução.

Veja-se que ao tratar sobre o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, a posição de Barroso⁴ abarca, dentro outros, o direito à vida e o direito à igualdade:

No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de uma série de direitos fundamentais, que incluem:

a) direito à vida: todos os ordenamentos jurídicos protegem o direito à vida. Como consequência, o homicídio é tratado em todos eles como crime. A dignidade preenche, em quase toda sua extensão, o conteúdo desse direito. Não obstante isso, em torno do direito à vida se travam debates de grande complexidade moral e jurídica, como a pena de morte, o aborto e a eutanásia;

b) direito à igualdade: todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui a igualdade formal – o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a lei – assim como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários (a igualdade como reconhecimento). É nesse domínio que se colocam temas controvertidos como ação afirmativa em favor de grupos sociais historicamente discriminados, reconhecimento das uniões homoafetivas, direitos dos deficientes e dos índios, dentre outros;

A implementação de direitos fundamentais na sociedade pressupõe a postura ativa estatal de modo integral, independentemente de distinção de raça, cor, religião ou qualquer outra condição e obriga o tratamento digno com acesso a tratamentos imprescindíveis à cura de enfermidades, independentemente da condição socioeconômica.

Relevante que se mencione a importância do direito à vida na proteção dos direitos sociais que devem receber tanto uma proteção em nível doméstico, quanto no

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. 583. P. 153.

âmbito internacional dos Direitos Humanos. Essa, inclusive, é a concepção de Victor Abramovich⁵, no seguinte sentido:

O uso do direito à vida para proteger interesses amparados por direitos sociais é outra estratégia de proteção indireta de direitos econômicos, sociais e culturais, adotada no nível doméstico, mas que poderia ser aplicada também aos mecanismos de proteção internacional de direitos humanos. No sistema europeu, o direito à vida tem sido utilizado como forma de proteger interesses vinculados ao direito à saúde e de exigir, do Estado, obrigações positivas de proteção.

Neste cenário, é imprescindível a interpretação do sentido das normas constitucionais, influenciador da ampliação ou restrição dos direitos essenciais, para que se possa extrair o sentido mais preciso e coerente do texto, sem distorções de significado. Relevante o ensinamento de Luño⁶:

Aludir a uma unidad de sentido de los derechos fundamentales constitucionales sugere, de inmediato, la cuestión de la interdependencia o mutua implicación existente entre tales derechos; ya que la unidad de sentido no aparece como una cualidad de las singulares formulaciones normativas de cada uno de los derechos fundamentales, sino como una característica de todos ellos en cuanto conjunto. El tema de la interconexión orgánica y finalística de los derechos fundamentales, es decir, su dimensión sistemática, há suscitado un interés creciente en la dogmática constitucional de los últimos años. No en vano el proceso de sistematización de los materiales normativos es un fenómeno paralelo al de la formación del Estado moderno, que há ido adquiriendo progresiva importancia en la medida en que ha crecido el número y complejidad de las reglas integrantes del derecho positivo estatal. De ahí que precisamente la sistematicidad represente uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados, en los que opera como una garantía de la seguridad jurídica. En efecto, la sistematicidad permite un conocimiento, interpretación y consiguiente

⁵ ABRAMOVICH, Victor. LINHAS DE TRABALHO EM DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: INSTRUMENTOS E ALIADOS. Sur, Rev. int. direitos human. vol.2 no.2 São Paulo 2005: [s. n.], 2005- Acesso em: 10/09/2020.

⁶ LUÑO, Antonio E. Perez. Temas Clave de la Constitución Española: Los Derechos Fundamentales. 9ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. 234 p. 137/138.

aplicación del derecho, fundada em criterios precisos y rigurosos, antes que em el arbitrio o em el azar.

Luño entende que uma unidade de significado dos direitos fundamentais constitucionais possibilita a ideia da interdependência ou existência mútua entre esses direitos, que é uma característica de todos eles. Assim, é plenamente possível que tais direitos sejam inter-relacionados, seja diante de uma análise individual ou então em se considerando que existem mutuamente em razão do caráter essencial desses direitos.

O acesso aos direitos sociais, que são direitos fundamentais e, por assim serem classificados, devem ser assegurados a todos sem distinções. Como bem pontua José Afonso da Silva⁷ sobre o Princípio da Isonomia:

Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual para situações desiguais, com suas insuficiências mostradas, a Constituição estabelece vedações expressas de discriminação por razões de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, de que trataremos sinteticamente daqui por diante.

Esta definição pressupõe o tratamento igualitário, de modo que aqueles que observam as leis e as obedecem, serão tratados da maneira igual, já os que não observam aos ditames legais estarão sujeitos a penas ou sanções. Pelos doutrinadores Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo⁸ se extrai que:

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade formal. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei.

⁷ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923.

⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 456.

No mais das vezes a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade. A locução, conquanto correta, parece não concretizar explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.

E, para que sejam esses princípios e direitos fundamentais plenamente realizados, é importante que se entenda, segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁹, que os direitos fundamentais:

são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste capítulo, direitos de resistência ou oposição perante o Estado’. Assumem o particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Robert Alexy¹⁰ tece alguns argumentos relevantes a respeito do dever de tratamento igual e tratamento desigual, conforme o que constará a seguir:

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, uma diferenciação arbitrária ocorre “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei”. Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita de diversas maneiras. Na citação acima exige-

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. [S. l.]: Livraria do Advogado, 2012. 192.

¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso Da Silva. 2ª, 5ª tiragem. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. 669.

se que se trate de um fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja objetivamente evidente. Em outras formulações exige-se que a falta de objetividade da diferenciação não seja “evidente”, em outras, ainda, é apenas exigido que o fundamento para a diferenciação seja “justificado”. O pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de “uma perspectiva orientada pela idéia de justiça.

De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. Neste ponto, interessa apenas a primeira questão. A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. Essa idéia pode ser expressa por meio do seguinte enunciado, que é um refinamento da concepção fraca do enunciado geral de igualdade, a que aqui se deu preferência: Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.

(...)

Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. Com isso, como já salientado diversas vezes, o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual.

No que concerne ao dever de tratamento desigual, Alexy¹¹ ensina que a simetria nessa formulação sugere que o dever de tratamento desigual deva ser compreendido da mesma maneira que o dever de tratamento igual. Nesse sentido, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então, é obrigatório um tratamento desigual.

Os princípios e direitos fundamentais estão relacionados na Constituição de modo a dar a maior proteção possível a direitos essenciais à vida em sociedade,

¹¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso Da Silva. 2ª, 5ª tiragem. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

exercendo um papel no sentido de dar uma completude de significado e delimitação de todos os direitos, asseverando, aqui, que quando se menciona em delimitação não se pretende restringir o uso e gozo de bens e serviços públicas, mas apenas garantí-los à sociedade de modo integral e universal.

1.1.2. A exigibilidade e os limites dos direitos sociais

Os Direitos Sociais, que são direitos fundamentais, podem ser traduzidos como aqueles direitos que devem ser assegurados pelo Estado aos particulares e demais integrantes da sociedade civil como um todo, dispensando-se, inclusive qualquer modalidade de requerimento, vez que tem a obrigação de fornecer imediatamente o que o texto constitucional prevê como direitos fundamentais.

Antonio E. Perez Luño¹² a respeito dos direitos sociais:

Los derechos sociales em su acepción estricta – em la amplia esta denominación se utiliza como sinónimo de los derechos económicos, sociales y culturales – se refieren a aquellos derechos fundamentales dirigidos a tutelar la actividad practica del homo faber, o sea, al ser humano em su condición de trabajador.

(...)

Los derechos sociales surgieron em el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, que, em palabras de Hermann Heller, supuso – la extensión del Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes. En el Estado social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidade de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana há calificado de – procura existencial – (Daseinvorsorge). El Estado social de Derecho considera como tareas propias ayudar a sus ciudadanos asegurándoles su assistência frente al paro, la enfermedad, la falta de vivienda, o la degradación del medio ambiente. De ahí que se le haya denominado, en ocasiones, Estado asistencial o Estado de bienestar (Welfare State). Estas actividades – que ya

¹² LUÑO, Antonio E. Perez. Temas Clave de la Constitución Española: Los Derechos Fundamentales. 9ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. 234. P. 193/194.

no se conciben como meras exigências Morales, sino como autênticos deberes jurídicos para los poderes públicos – han sido el fruto histórico de um largo y trabajoso proceso reivindicativo de las clases trabajadoras, cuya lucha adquirió especial intensidad y relieve desde el pasado siglo. La historia del siglo XIX es, em gran medida, la historia de la conquista del protagonismo político por las clases trabajadoras, que tuvieron uno de sus más importantes motores en las asociaciones de trabajadores o sindicatos. El movimiento asociativo de los trabajadores, que fue hostigado em la propia Francia revolucionaria (baste recordar la famosa ley de Le Chapelier de 1791), fue afirmándose, especialmente en Inglaterra a través de las Trade Unions, reivindicando inicialmente el derecho a la libertad sindical. Em nuestro tempo los sindicatos han adquirido um relieve creciente na la vida política, social y económica, ya que a ellos les corresponde la representación, defensa y promoción de los intereses de los trabajadores y el conseguiente poder de renegociar em su nombre.

Para Antonio Perez Luño, portanto, os direitos sociais podem ser entendidos como sinônimo de direitos econômicos, sociais e culturais vez que se referem aos direitos fundamentais que visam proteger a atividade do ser humano como trabalhador.

Entende que pelo fato de os direitos sociais terem surgido na transição do estado liberal para o estado social de direito, assumiu, segundo Hermann Heller influência na esfera do trabalho e da propriedade. No estado social, os poderes públicos assumem a responsabilidade de fornecer à população, serviços e benefícios públicos adequados para atender às suas necessidades vitais.

Oportuno salientar, segundo o ensinamento de Paul Hunt¹³ ao tratar sobre os Direitos Sociais como direitos humanos:

Human rights are the basic rights and freedoms that belong to everyone and which are based on shared values like dignity, fairness, justice, and equality. Human rights matter because they relate to people and issues we all care about, such as people in care, survivors of domestic abuse, decent work, safe

¹³ HUNT, Paul. Social Rights Are Human Rights: BUT THE UK SYSTEM IS RIGGED. Social Rights Are Human Rights, Centre for Welfare Reform, 1 set. 2020.

homes, and vibrant communities. Human rights are not just abstract principles. They are protected by international and national law.

Andreas J. Krell¹⁴, conceitua direitos sociais:

São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas 'políticas públicas' (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Outros autores também tecem suas considerações sobre os direitos sociais e sua exigibilidade. Langford¹⁵ entende que a exigibilidade dos direitos sociais se forma em razão da estrutura jurídica oriunda do ordenamento jurídico. Para Strapazzon¹⁶, os direitos sociais são exigíveis pois são direitos positivados, são expectativas imperativas de atuação do Estado.

Neste sentido, Christian Courtis e Abramovich¹⁷ estabelecem a seguinte reflexão:

los llamados “derechos sociales” son fruto del intento de elaboración técnico-jurídica de posiciones jurídicas subjetivas (individuales o colectivas) configuradas en consonancia con la lógica de este paradigma. Ciertamente, un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de disparidad -sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos⁶⁵, mejores oportunidades a grupos

¹⁴ KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, pp. 19-20.

¹⁵ LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 11, p. 99-133, dez/2009.

¹⁶ STRAPAZZON, Carlos Luiz; Cavalheiro, Andressa Fracaro. Nova fase dos direitos de seguridade social: um recomeço. In. Strapazzon, C.L.; Serramalera, M.B. Direitos Fundamentais em Estados Compostos (Org).
Chapécó: Unoesc, 2013, p.231-266.

¹⁷ ABRAMOVICH, Víctor. COURTIS, Christian. Derechos Sociales como Derechos. pp. 1-60.

sociales postergados, o de compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares-. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica

Para ele, há uma natureza de obrigação que vincula os titulares de direitos sociais e os particulares, no sentido de que há uma tendência atual de que o alcance desses direitos, conduzem a uma prestação positiva.

Marcos Maselli Gouvêa¹⁸ traduz a noção de direitos prestacionais: “servem para rotular qualquer dos direitos a prestações materiais (excluídas portanto as prestações normativas) do Estado”. Gerardo Pisarello¹⁹, aponta para um alargamento da perspectiva sobre os direitos sociais:

Cualquier definición de derechos sociales depende del elemento que se tome como caracterizante. Por ejemplo, existen ciertos derechos sociales, como el derecho de huelga o la libertad sindical, que presentan una configuración propia de los derechos de libertad, apesar de haber sido positivados como derechos sociales. Su satisfacción se obtiene antes por una abstención que por una intervención de los poderes públicos y privados, y en realidad podrían considerarse como derechos de libertad de ejercicio colectivo.

En el caso de los derechos sociales, su relevancia jurídica y su complejidad estructural aparecen con mayor claridad si se los considera como derechos a prestaciones de bienes o servicios, principalmente frente al Estado, tendentes a satisfacer las necesidades básicas que permitan a los individuos desarrollar sus propios planes de vida. Esta dimensión prestacional resalta el carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los más pobres y, por lo tanto, genera fuertes reticencias en aquellos cuando se pretende garantizarlos jurídicamente

Luño²⁰ tece importante conclusão a respeito dos direitos sociais ao mencionar que:

¹⁸ GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas. p. 11.

¹⁹ PISARELLO, Gerardo. Boletín mexicano de derecho comparado. Biblioteca jurídica virtual.

²⁰ LUÑO, Antonio E. Perez. Temas Clave de la Constitución Española: Los Derechos Fundamentales. 9ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. 234. P. 192/193.

en su acepción estricta – en la amplia esta denominación se utiliza como sinónimo de los derechos económicos, sociales y culturales – se refieren a aquellos derechos fundamentales dirigidos a tutelar la actividad práctica del homo faber, o sea, al ser humano em su condición de trabajador. Los derechos sociales surgieron em el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, que, em palabras de Hermann Heller, suposo – la extensión del Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes.

Em sentido amplo, traduz a ideia de sinônimo de direitos econômicos, sociais e culturais e se referem aos direitos fundamentais que visam proteger a atividade prática do homem, ou seja, o ser humano em sua condição de trabalhador.

Essa discussão mostra-se relevante principalmente quando em face dos direitos das camadas sociais menos favorecidas quando buscam seus direitos e recebem uma negativa do Estado, o que faz com que busquem ou tenham a pretensão de obter do Poder Judiciário uma solução mais efetiva pela garantia do Acesso à Justiça e seus direitos correlacionados.

Frise-se, e como bem se verificou pela linha de ideias de todos os doutrinadores mencionados acima que, no âmbito dos direitos sociais, deve existir uma atuação positiva do Estado, uma vez que só são realizáveis mediante políticas públicas conduzidas pelo Poder Executivo, ainda mais em razão da importância do Direito Social à Saúde.

Como Direito Fundamental principal desta análise, tem-se o direito de acesso igualitário à Saúde, que na verdade, é palco de desigualdades de acesso e pode ser entendido como a “estrutura complexa envolvendo desigualdades sociais, usualmente medidas pelas condições nas quais as pessoas nascem, vivem, trabalham e envelhecem, incluindo o acesso aos serviços de saúde”.²¹

²¹ VERAS, Renata Meira; TRAVERSO-YÉPEZ, Martha. Social determinants of health and preterm birth trends in Brazil and Canada. In: FLEURY, S; BAHIA, L.; AMARANTE, P. (Org.). Saúde em debate: fundamentos de reforma sanitária. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 431.

O conceito de saúde teve início com o Relatório Lalonde²² realizado no Canadá em 1974, onde se questionava o fato de que a qualidade de saúde de um país ser equivalente à qualidade da atenção médica, separando-o em 4 aspectos:

- i) a biologia humana: que compreende a herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, incluindo os fatores de envelhecimento.
- ii) o meio ambiente: que inclui o solo, a água, o ar, a moradia, o local de trabalho;
- iii) o estilo de vida: do qual resultam decisões que afetam a saúde: fumar ou deixar de fumar, beber ou não, praticar ou não exercícios e tantas outras.
- iv) a organização da assistência à saúde: esses seriam os fatores determinantes da saúde que existiriam fora da assistência médica.

Patente a existência de uma certa crise do Estado Social que pressupõe a existência de políticas públicas que deveriam assegurar o fornecimento de direitos sociais, mas não o fazem, e, assim, motivam os integrantes da sociedade a buscarem seus direitos básicos via Poder Judiciário.

Serão debatidas discussões sobre a efetividade dos Direitos Fundamentais e Direitos Sociais em caso de conflitos entre as normas essenciais e omissão do Estado na efetivação dos direitos sociais que são normas de caráter fundamental, seja porque encontram previsão na Constituição Federal ou então porque são inerentes a todo e qualquer ser humano.

Salta a importância do princípio do acesso à justiça para dar efetividade aos direitos fundamentais, estabelecendo limites para que se evitem acessos indiscriminados ao Poder Judiciário, que se sabe, conta com alta demanda e pouca quantidade de Juízes, fator prejudicial àqueles que buscam uma imediata concessão, mas que devem, concomitantemente, estabelecer limites para alcançar o Judiciário em razão das omissões do Poder originariamente responsável pela implementação dos direitos sociais, o Executivo.

²² Lalonde M. A new perspective on the health of Canadians. A working document. Arquivado maio 8, 2009 no WebCite Ottawa: Government of Canada, 1974.

Diante do que foi exposto, no tópico seguinte questões como o desenvolvimento histórico da saúde e seus reflexos na sociedade serão delineados para uma melhor compreensão de como os direitos sociais foram paulatinamente sendo considerados como relevantes a partir da evolução dos modelos de Estado, bem como com a evolução do Sistema Único de Saúde e o início de uma dificultosa missão de se implementar o Direito Social à Saúde.

1.2. DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

1.2.1. O nascimento do Estado Social e a proteção aos Direitos Sociais

A história dos direitos fundamentais e sociais decorre de uma revolução social, um descontentamento das diversas camadas da população sobre a validade dos Direitos Sociais que não se ocuparam apenas em resolver os problemas internos, mas também com assuntos de impacto extraterritorial.

Surge, então, a necessidade de promover os direitos sociais, pelas declarações de proteção aos direitos fundamentais, que mereciam uma aplicabilidade prática, vez que tais declarações determinam situações que devem ser seguidas e garantidas pelo Estado, mas que, em virtude de inúmeros obstáculos, acabam ineficazes.

Para que se possa entender como se originou a proteção dos direitos fundamentais sociais, há que se estabelecer um mapeamento da evolução histórica dos direitos sociais e como se deu a passagem do modelo de Estado liberal para o Estado Social, ocasião em que iniciam as reivindicações sociais que deram origem ao surgimento e a consequente efetivação dos Direitos Sociais.

Antes, no entanto, cumpre entender, ainda que brevemente, como é que se deu a evolução do Direito como uma ciência jurídica reguladora de atitudes e comportamentos sociais, bem como responsável pela imposição de limites a tais relações.

A ciência jurídica compreendida em sua maior abrangência, compreende a transformação e evolução, ou seja, a trajetória do direito desde os tempos remotos até a vida em sociedade nos dias mais atuais.

Tércio Sampaio Ferraz Jr²³, ensina que o direito é na verdade um reconhecimento de ideias que representam o oposto da conduta social real, mostrando um mundo de contradições e coerências, contendo, ao mesmo tempo as filosofias da obediência e da revolta. O direito existe tanto para proteger a sociedade do poder arbitrário através de leis e demais instrumentos normativos, conferindo a todos iguais oportunidades.

O Estado surgiu como resultado das ações humanas e passou a necessitar de uma melhor composição dos Poderes, com uma melhor organização da estrutura de seus Poderes e que cada um destes ficasse responsável por determinada competência, todos atendendo os interesses da sociedade.

Resguardadas as posturas de governo de cada época, se mais centralizador com a figura de um Rei ou então mais moderna com a participação da sociedade na formação do Estado, a democracia, que pressupõe a participação de um povo.

Quanto às finalidades do Estado, deve aplicar os comandos constitucionais e prezar pela proteção dos exercícios de direitos de todos. A respeito de efetividade do Direito, segue o trabalho o entendimento de Barroso²⁴:

A efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. Como foi referido, é preciso que haja, da parte do constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política, a concreta determinação de

²³ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 8. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. 583 p. 136.

tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.

O Estado, então, a fim de melhor estruturar as relações entre os poderes e os indivíduos, forma-se para organizar a estrutura dos três poderes, que, segundo sugerido por Montesquieu os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Feitas essas considerações, serão examinados os modelos de Estado a partir da época do Estado liberal até a época do Estado social para que se compreenda como se deu o desenvolvimento dos modelos estatais e, com eles, a evolução e gradual implementação dos direitos fundamentais e direitos sociais e como é que os Poderes pouco a pouco reagiram a tais direitos com o correr das fases.

O modelo de Estado liberal por ser um tanto conservador, traçava um rol de direitos do homem que se dava em âmbito das relações particulares, ou seja, a intenção era regular o relacionamento entre duas pessoas, cuidando da relação entre um particular e todos os demais particulares que constituíam a sociedade.

Não se exigia do Poder Público o desenvolvimento de uma nova sociedade ou então a alteração da sociedade que já existia, na verdade o que se buscava era a proteção do Estado em relação aos indivíduos, as liberdades individuais e a manutenção da ordem pública.

O liberalismo trazia uma série de arbitriedades do Estado com a sobreposição dos poderosos perante os mais fracos, como na Revolução Industrial diante da liberdade dos contratos, que abria as portas para a exploração excessiva do trabalho e, com ela, a exploração descontrolada da atividade econômica.

Pela necessidade de maior proteção aos indivíduos enquanto pessoas sujeitas de direitos, o Estado passou a sinalizar uma necessidade de transição de modelo

estatal. Desenhava-se a transição, um tanto conturbada, do modelo de Estado liberal para social com a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos.

Paulo Bonavides levou em consideração as fases históricas a partir de valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram como primeiro momento aquele influenciado pelo modelo constitucional francês e inglês do século XIX. Depois, num segundo momento, após a ruptura, o modelo norte-americano e a terceira fase, atual, em que se evidencia uma forte influência daquele modelo adotado pela Alemanha em razão da presença dos traços fundamentais protegidos.

Em síntese, o Brasil atravessou três etapas históricas: o Constitucionalismo do Império em que se nota a presença da inspiração francesa e inglesa, o constitucionalismo da Primeira República com influência do modelo norte-americano com federalismo e presidencialismo e, por último, o momento em que o Brasil encontra, o Estado Social, com a notória exaltação dos direitos fundamentais e direitos sociais trazidos também pelas Constituições de Weimar e Bonn.

A iniciar pela época Imperial, estendeu-se do ano da proclamação da Independência (1822) até (1889), ano em que as instituições imperiais monárquicas passaram por uma crise em razão da república oriunda do golpe de Estado realizado por militares em razão do sistema centralizador imperial.

Como marcos políticos desta fase menciona-se o decreto de 3 de julho de 1822 que convocou uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa como previa o decreto, a instalação da Assembleia Constituinte em 3 de maio de 1823 no Rio de Janeiro com D. Pedro I que já era à época o Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, a dissolução da Constituinte em 12 de novembro de 1823 em razão de um golpe de Estado de caráter militar encabeçado por ele próprio, a outorga da Constituição Política do Império do Brasil em 25 de março de 1824 por ato de D. Pedro I, o Ato Adicional de 12 de Agosto de 1834 durante a Regência e a Lei de 12 de maio de 1840, instrumento conservador de interpretação de alguns artigos da reforma constitucional de 1834.

Surge, a partir disso, e como se denota dos documentos acima apontados, a pretensão da Assembleia Constituinte em seguir a diretriz outrora criada por Montesquieu e que refletia na separação de Poderes de Estado em três esferas, o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Nota-se a influência da Constituição Francesa de 1791 que foi objeto de inspiração porque a partir dela é que surgiu a Garantia dos direitos individuais e políticos.

Aos três poderes, a Constituição Imperial do Brasil acrescentou o Poder Moderador em que o Imperador encabeçava a organização política do Império e, de acordo com o magistério de Bonavides²⁵:

Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial. Disso resultou, pela carência de autonomia provincial suficiente e pela ausência de poderes descentralizados, a funesta desintegração política do regime monárquico, substituído em 1889 pelo sistema republicano de governo.

A forma absolutista e totalitária do Estado, começa a perder lugar para as liberdades onde se verificava uma autonomia maior, um modelo de menor intervenção pelo Estado na atividade da sociedade; ainda que mínima, mas que começa a modificar significativamente a força estatal diante das liberdades dos particulares. Neste sentido, o ensinamento de Luño²⁶:

Estas liberdades, por su inmediata referencia al desarrollo de la personalidad humana, constituyen el núcleo de derechos personales; derechos que se consideran inherentes a toda persona e inviolables, y explicitan y concretan los valores de la libertad y la dignidad humana en el Estado de Derecho. De ahí que, pese a la íntima conexión existente entre este conjunto de derechos, se pueda trazar una distinción entre aquellos que prioritariamente se dirigen a la afirmación de la integridad moral de la persona, como

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1996. 680 p. 330.

²⁶ LUÑO, Antonio E. Perez. Temas Clave de la Constitución Española: Los Derechos Fundamentales. 9ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. 234 p. 174/175.

expresiones concretas de su dignidad, y aquellos otros que persiguen la protección de su integridade física y el despliegue de su libertad.

Assim, em razão das arbitrariedades do Poder na mão de um monarca, há a queda da monarquia absolutista e o nascimento de um Estado Liberal que estava diretamente vinculado a uma sociedade escravocrata por ser a principal mão de obra no Brasil, oriunda da venda de escravos negros que foram forçados a deixar a África e encontraram no Brasil uma espécie de refúgio que, na verdade, era a troca de alimento por trabalhos desumanos e degradantes, além de, por diversas vezes, resultar em tortura, sem falar na impossibilidade de retornar ao seu país de origem porque era no Brasil que podiam se alimentar com a troca pelo trabalho.

Surge, com o advento do fim do absolutismo, a Primeira República e com ela a Constituição de 1891, momento este em que o Brasil adentra ao segundo momento histórico cujas influências são advindas dos Estados Unidos, ou seja, transicionando do modelo francês para o norte-americano.

De fato, os princípios que mostravam a disparidade do modelo Imperial com aquele do sistema novo republicano, forma presidencial de governo, forma federativa de Estado e o funcionamento de uma Suprema Corte que tinha dentre outras, a atribuição de declarar uma inconstitucionalidade de atos do poder ou de uma norma, ou seja, rompendo com a monarquia absolutista e, por assim dizer, se inspirar em valores de estabilidade jurídica embebidos pelo conceito de liberdade no sentido individual.

Este período perdurou da promulgação da Primeira Constituição republicana do Brasil de 1891 até 1930 que marcou o fim da Primeira República e consagrou o exercício discricionário do poder pelos titulares do Governo Provisório.

Tal momento reflete a ideia de uma ditadura, que se viu contestada em 1932 com a revolução constitucionalista deflagrada em São Paulo seguida do emprego exagerado de armas e a prevalência do Poder Central. É neste momento que aparecem as ideias de constitucionalismo do Estado social, influenciado pelas Constituições de Weimar e Bonn.

A nova Constituição de 1934 consagrou uma série de direitos fundamentais vinculados à pessoa humana, ressaltando o aspecto social que, como se viu, não era aceito pelas Constituições anteriores; diferentemente da nova que buscava na Constituição de Weimar, alemã, uma orientação para mudança de caminho estatal, caminho este que percorre mais de 50 anos.

Tal período caminha em meio a dificuldades e acontecimentos políticos necessários ao adequado enquadramento da ordem constitucional, iniciando com a Constituição de 1934 que reconstitucionalizou o Brasil, seguiu para um golpe de Estado em 1945, que, diante da insatisfação com referido modelo, pretendia ver a alteração do sistema representativo por meio de uma Assembleia Constituinte que resultou na Constituição de 1946 que perdurou até 1964, com uma ascensão militar ao poder até 1988, ocasião em que foi promulgada a Constituição da República, ora vigente.

Inegável que a Constituição de Bonn, traduzida pela Lei Fundamental de Bonn de 1949, bem como a Constituição alemã de Weimar traziam um sentido novo aos direitos sociais, com a sua implementação aos textos constitucionais a partir de 1934.

A ordem social adquiriu dimensão jurídica a partir do enquadramento destes direitos no texto constitucional, que, conforme leciona José Afonso da Silva²⁷, teve início com a Constituição mexicana de 1917 e no Brasil foi implementado no ano de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar com manutenção pela de 1946 e até a atual. Segundo Bonavides²⁸ nos três textos constitucionais domina:

o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica,

²⁷ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1996. 680 p. 333.

isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.

O que se mostra claríssimo, em que pese ser uma tarefa deveras complexa o encontro e a implementação de um modelo ideal de Estado, notou-se uma evolução positiva ao migrar de um modelo de Estado Liberal para um modelo de Estado Social.

Juan Clemente Zamora²⁹ ao tratar sobre a função social do Estado, quando pontua que se pode encontrar abundantemente nas Constituições de México, Weimar, da Espanha, Iugoslávia, Polónia, Estónia, Rússia e Brasil, em 1937 a garantia de direitos ao trabalhador, transfere ao Estado a obrigação de atender os fins sociais, assegurando:

a) El derecho de los obreros a contratar colectivamente las condiciones del trabajo; sin que esto implique restricción de la libre iniciativa privada, ni de los derechos de los dueños y patronos en la dirección y administración de sus empresas. b) Las garantías de un salario mínimo, que será en cada época y lugar, no tan sólo lo indispensable para subvenir a las necesidades más apremiantes de los trabajadores, sino también suficiente para permitirles gozar de una vida higiénica, agradable y digna. c) La fijación de jornadas máximas de trabajo y de preceptos que garanticen períodos anuales de descanso retribuido. d) La determinación de las condiciones generales de higiene, salubridad, seguridad y comodidad en el trabajo. e) La prohibición absoluta del trabajo en los niños y la fijación de condiciones adecuadas de trabajo para las mujeres y los menores.

Certamente não se limitam aos direitos do trabalhador, mas sim, a proteção do trabalhador em relação ao empregador, a proteção do salário mínimo para atender as condições básicas do ser humano, saúde física e mental com jornadas de trabalho com períodos de descanso, condições dignas de higiene, salubridade e proibição de trabalho das crianças, protegendo as mulheres para que tenham condições dignas de trabalho, condições básicas para a vida digna do ser humano.

²⁹ ZAMORA, Juan Clemente. **Nuevas Orientaciones en Materia Constitucional**. Instituto Nacional de Prevision y Reformas Sociales, Cuba: Editorial Atalaya, S.A., 1939. pp. 18.

A própria Constituição da Organização Mundial da Saúde³⁰ define a Saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente pela ausência de doença ou enfermidade:

[T]he right to health embraces a wide range of socio-economic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life, and extends to the underlying determinants of health, such as food and nutrition, housing, access to safe and potable water and adequate sanitation, safe and healthy working conditions, and a healthy environment.

Os direitos sociais, em especial o Direito à Saúde, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente enunciadas em normas constitucionais que asseguram uma melhor condição de vida, evitando desigualdades sociais.

Neste sentido, é possível afirmar que o desenvolvimento e evolução do Direito à Saúde está relacionado com a evolução do modelo de Estado, eis que foi a partir do Estado Social que se passou a interferir na sociedade com implementação e ampliação da garantia de acesso aos direitos sociais

Para Maurice Duverger³¹, a importância do Estado Social está em sua intervenção na expansão do bem-estar social, para que se possa atingir um grau ideal de igualdade material, não violando o direito de liberdade, mas sim garantindo o seu exercício.

1.2.2. O desenvolvimento da Saúde Pública no Brasil e o SUS

Antigamente, na época do Brasil Colônia, a Saúde pública não era obrigação do Estado, o sujeito deveria recorrer à medicina informal, aquela oriunda de conhecimentos empíricos, com influência de costumes e crenças.

³⁰ CESCR, General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health (Art 12 of Covenant), UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, Para 4.

³¹ DUVERGER, Maurice apud DANTAS, Ivo. Teoria do Estado contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 194-195.

Sua evolução se dá em grande parte influenciada pela vinda da família real portuguesa em 1808 e o estímulo ao estudo e consequentes formações em Medicina, quando aparecem a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro e o Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar de Salvador.

No período, a crise da varíola em todas as crianças, bem como demais epidemias tais como tuberculose, malária e febre amarela, confluíram para a vacinação das doenças o que conduziu à criação do Instituto Vacínico do Império, das juntas municipais que tinham atribuições sanitárias e o nascimento da Lei da Junta Central de Higiene Pública.

Nesse período, como bem assentou o Médico Brasileiro, Francisco de Assis Acurcio ao trazer à discussão a orientação de Luz³², com a transição do período de abolição da escravidão em 1888 e a substituição da mão de obra escrava pela assalariada, que foram criados e implementados os serviços e programas de saúde pública em nível nacional (central). Assevera ainda que:

À frente da diretoria Geral de Saúde Pública, Oswaldo Cruz, ex-aluno e pesquisador do Instituto Pasteur, organizou e implementou progressivamente, instituições públicas de higiene e saúde no Brasil. Em paralelo, adotou o modelo das 'campanhas sanitárias', destinado a combater as epidemias urbanas e, mais tarde, as endemias rurais.(...) Em termos de poder, o próprio nome sugere que o modelo campanhista é de inspiração bélica, concentra fortemente as decisões, em geral tecnocráticas, e adota um estilo repressivo de intervenção médica nos corpos individual e social

Com o surgimento da Lei Elói Chaves, em 1923, foram criadas as Caixas de Aposentadoria e Pensão que eram mantidas e geridas por empresas com o fim de oferecer serviços médicos aos funcionários e a suas famílias, descontos em medicamentos e demais meios que começaram a desenhar um cenário de proteção ao Direito à Saúde.

³² LUZ, M.T. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática" - anos 80. *Physis*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 77-96, 1991.

Foi com a revolução de 1930 e a tomada de poder por Getúlio Vargas que o governo federal criou o Ministério da Educação e Saúde com o objetivo de livrar o Estado do controle político das oligarquias regionais. Vale lembrar que a Constituição de 1934 já garantia a assistência médica, a licença-maternidade e jornadas de trabalho de 8 horas.

No sentido de garantir a Saúde, a Lei Orgânica da Previdência Social, foi instaurada em 1960. Com o golpe militar, o Ministério da Saúde sofreu uma consequência que foi a redução das verbas destinadas à Saúde. Anos depois, em 1967, criou-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que unificou os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP).

A questão da saúde, como ultrapassava a capacidade de oferta do governo, era suplementado pelo sistema privado, o que possibilitou um grande crescimento da rede privada de hospitais. O Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), então, se transformou no Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e a saúde pública passou a se limitar somente ao processo curativo, sem muitos investimentos em promoção e prevenção, algo reprovável e, inclusive, objeto do debate que se travará neste Trabalho a bem de discutir os obstáculos para a promoção da Saúde e não somente ao fim curativo.

Foi no final do período da ditadura militar, ao final dos anos 70, que a saúde pública finalmente ganhou destaque. Assim, como bem ressaltou Luz³³ e o Médico Francisco de Assis Curcio, apesar de tudo conduzir à redução dos custos:

havia forte tendência de expansão do atendimento médico para os setores ainda não cobertos. Já no início da década, começara a surgir, ainda fora do aparato estatal, uma corrente contra-hegemônica que preconizava como proposta - para a melhoria da assistência médica no país - a descentralização, articulada à regionalização e à hierarquização dos serviços de saúde e à democratização do sistema, através da extensão de cobertura a setores até então descobertos, como os trabalhadores rurais. O movimento sanitário criticava o modelo hospitalocêntrico e propunha a ênfase em

³³ LUZ, M.T. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática" - anos 80. *Physis*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 77-96, 1991.

cuidados primários e a prioridade do setor público. Mas é somente na década de 80 que as propostas defendidas pelos sanitaristas passam a prevalecer no discurso oficial.

Então, foram criados o Conselho Nacional dos Secretários Estaduais de Saúde (CONASS), Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP) e o Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), o que acabou por criar o Sistema Único de Saúde (SUS).

Com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988 esta estabelece a Saúde como um direito de todos e dever do estado, adotando, por assim dizer as propostas da VIII Conferência Nacional de Saúde, a Reforma Sanitária e o SUS. O Sistema Único de Saúde passou a ocupar um patamar prioritário, ainda que atravessando sérias dificuldades com subfinanciamento, o que impedia a integralidade de assistência a toda a população, mas que, agora, tinha um viés educativo e voltado a promover e prevenir a Saúde, e não somente com a finalidade curativa, como em outro momento ocorria.

Nota-se uma dificuldade para implementação de tais Direitos Fundamentais que apesar de se dirigirem a todas as pessoas, ainda esbarram em obstáculos econômicos e sociais e impossibilitam a efetividade dos direitos sociais pelo alto custo para acesso a um Sistema de Saúde de qualidade que deveria ser gratuito; ou então, se gratuito (SUS), por não contarem com os mínimos equipamentos e pessoal qualificado ou quantidade de profissionais suficientes para atender a toda a população, ou ainda pela dificuldade de se obter um provimento favorável perante os órgãos administrativos ou judiciais.

1.3. DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

1.3.1. A dignidade humana como base para todos os direitos fundamentais

Ultrapassado o contexto do desenvolvimento histórico da Saúde que adveio também com a mudança dos modelos de Estado e em detrimento de inúmeros acontecimentos políticos, faz-se importante lembrar que a prestação do direito à saúde é medida de garantia estatal, e, em razão disto não pode se dar somente

quando houver necessidade do integrante da sociedade, mas sim, independente dela, afinal de contas, trata-se de uma prestação estatal.

Os direitos sociais se espalham por todos os ramos do direito e da vida e a todos deverão ser garantidos o acesso à educação, saúde, alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, conforme previsão expressa do artigo 6.º da Constituição Federal de 1988, ainda que fora das relações entre o particular e os Poderes Públicos.

O Estado de Direito Social considera suas próprias tarefas como as de ajudar os cidadãos, assegurando-lhes assistência em caso de desemprego, doença, falta de moradia ou degradação ambiental. Trata-se, assim, de autênticos deveres legais dos poderes públicos que foram fruto histórico de um longo processo de reivindicação das classes trabalhadoras.

A história do século XIX é, em grande parte, a conquista da proeminência política das classes trabalhadoras. O movimento de associação dos trabalhadores, que adveio da França revolucionária, estava se afirmando, especialmente na Inglaterra através dos sindicatos, com a reivindicação do direito à liberdade de associação.

Nesta mesma época³⁴, os sindicatos adquiriram uma crescente importância na vida política, social e econômica, pois cabia a eles representar, defender e promover os interesses dos trabalhadores e o consequente poder de renegociar em seu nome.

Percebe-se que há uma crescente evolução dos direitos sociais ao longo dos séculos, principalmente com a luta dos trabalhadores em terem assegurados seus direitos oriundos do trabalho, fazendo com que direitos como assistência em caso de desemprego, doença, falta de moradia ou degradação ambiental sejam plenamente assegurados.

³⁴ LUÑO, Antonio E. Perez. Temas Clave de la Constitución Española: Los Derechos Fundamentales. 9ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. 234.

Vê-se, então, uma contínua propensão de proteção aos direitos dos trabalhadores que figuram como hipossuficientes na relação; o cenário ideal, em nossa concepção seria o equilíbrio da relação trabalhista de maneira a propiciar a empregado e empregador o respeito em suas relações cotidianas, evitando abuso de direito por parte do empregador e com o respeito às diretrizes básicas do trabalho pelo empregado.

O que se percebe é que os direitos fundamentais existem justamente para dar certeza às pessoas de que elas têm direitos dos quais precisam para viver uma vida digna, e, em meio às relações sociais, exercem papel de equilíbrio na convivência de empregador para empregado, ou seja, no sentido de que o empregador não abuse da boa vontade de seus funcionários com rotinas incompatíveis, protegendo-os de eventuais arbitrariedades do empregador.

É de relevante valia a exposição, como contraponto, que ao empregador é injusto que sofra o prejuízo de uma eventual baixa produtividade de seus funcionários, ou da falta de vontade para o trabalho ou demais situações que possam impactar em seu sucesso no mercado, mas não podem sobremaneira violar os Direitos e Garantias Fundamentais, de modo que o empregador, diante de uma situação de prejuízo financeiro que colida com aspectos de saúde de seus funcionários, deverá arcar com o prejuízo para beneficiar a saúde de seus empregados.

Ou seja, é necessário um ponto de equilíbrio da relação evitando arbitrariedades pelo empregador e baixa produtividade de trabalho pelo empregado; para tanto, o direito disporá de normas constitucionais pétreas a assegurar a proteção do trabalhador contra atitudes descomedidas tomadas pelo empregador, bem como disporá a respeito dos direitos e deveres básicos do empregador.

O que é importante, aqui, é compreender que os direitos sociais abarcam uma série de direitos fundamentais, seja porque se confundem com estes ou então porque integram o núcleo duro da Constituição Federal, protegendo a todos os seres humanos sem qualquer distinção contra eventuais atos abusivos e conferindo a todos, direitos irrenunciáveis, inalienáveis e que por isso, são básicos a todos os indivíduos.

O próprio conceito de Estado Democrático de Direito já enraíza uma noção de democracia que é o governo pelo povo, o que chama a atenção pelo reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana uma vez que as pessoas passam a participar das decisões do Estado a fim de preservar seus direitos e não deixar somente a elaboração legislativa nas mãos dos legisladores.

Nessa linha de ideias, Dallari³⁵ elenca três pontos fundamentais relacionados à ideia de Estado Democrático de Direito, são eles a supremacia da vontade popular, colocando a sociedade em um patamar participativo popular, a preservação da liberdade, protegido pela noção de fazer tudo o que não interfira no direito do próximo e, por fim, a igualdade de direitos, rechaçando as distinções sociais, econômicas e em outras áreas.

É muito plausível que a exigência popular se volte à defesa dos direitos essenciais, assim como cobrando do Estado a prestação social de serviços essenciais e, com isso, a satisfação dos interesses comuns pautados nos Direitos e garantias fundamentais.

Na perseguição pela efetividade dos direitos sociais, portanto, é plenamente possível advogar uma postura no sentido de que tais direitos constituem um rol meramente exemplificativo e também pelo fato de que o Brasil segue a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, adotada pela Organização das Nações Unidas, em Assembleia Geral que em seu artigo XXII consagra a ideia de que “todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômico, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

Como bem observado por Alexandre de Moraes³⁶:

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30ª. ed. [S. l.]: Saraiva, 2011. 306 p. 150.

³⁶ DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 9ª. ed. [S. l.: s. n.], 2001.

(...) para garantir maior efetividade aos direitos sociais, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, atenta a um dos objetivos fundamentais da República – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais -, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal, para vigorar até 2010, e tendo por objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, devendo a aplicação de seus recursos direcionar-se às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Vale salientar, neste contexto, que em que pese a referida Emenda mencionada por Alexandre de Moraes ter vigência até 2010, a ideia aqui desde 1988, quando promulgada a Constituição Federal, é a de preservar todos os direitos fundamentais básicos, com atendimento gratuito pelo Estado das condições suficientes não só à sobrevivência das pessoas, mas à sobrevivência com qualidade, com acesso a escolas com ensino adequado, acesso a trabalho digno, moradia, segurança e demais direitos a todos inerentes.

Nesta senda, é indissociável o conceito de Igualdade que deve estar presente em todas as relações sociais e jurídicas, de modo a se conferir o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Tal equilíbrio conduzirá a sociedade a uma condição cada vez mais próxima do cenário ideal, com a proteção dos direitos e garantias fundamentais e provimento de tais direitos pelo Estado à sociedade civil, que estará também cada vez mais próxima à conquista da evolução social e, por óbvio, à felicidade.

Assim, diz o autor, se a felicidade é individual, se a finalidade é ínsita ao ser humano, apenas ouvindo a sociedade em sua inteireza é que se poderão definir as políticas públicas. Não é a vontade hierarquizada que a define, não é o dono do poder que pode submeter os indivíduos, não é o soberano que tem o poder de escolha sobre o que deve fazer. As necessidades devem partir daquele de quem emana o sentimento mais profundo de se satisfazer.

No Brasil e em outros países também, os direitos sociais abarcam um complexo de direitos como o direito saúde, educação, moradia, assistência social, vida digna, a proteção do trabalhador com direitos como a limitação da jornada de trabalho, igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso, liberdade de associação sindical, direito de greve e demais direitos sociais do texto Constitucional de 1988.

Importante mencionar que tais direitos por serem irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis, não podem estar disponíveis para disposição, pois são intrínsecos a toda e qualquer pessoa e compõem, portanto, aquilo que se convencionou denominar de mínimo existencial que é o conjunto básico de direitos protegidos pelo texto constitucional com os direitos e garantias básicos mínimos para que as pessoas possam viver dignamente.

Como mínimo existencial e pela visão de Vidal Serrano Nunes Júnior³⁷ a define: a ideia de mínimo vital ganha valor superlativo, na medida em que viabiliza que direitos positivados sob a forma de programas ou tarefas dirigidos ao Estado passem a integrar o rol de direitos subjetivos do cidadão”.

Peces-Barba³⁸ defende a exigência da promoção dos acessos mínimos pelos poderes públicos quando determina:

Os valores de igualdade e de solidariedade estão detrás, para expressar que não só as condições de abstenção, de participação, senão também de promoção, formam parte do bem comum da sociedade política; que não são problemas a resolver por cada um e que está entre as funções dos direitos, criar pretensões jurídicas, com correlativos deveres gerais, no âmbito da escassez e dos meios realmente disponíveis.

³⁷ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 103-104.

³⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Curso de derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 424.

Há estreito relacionamento com o princípio da dignidade da pessoa humana que é, dentre todos os princípios jurídicos, aquele que tem caráter de maior proteção, diz-se que com uma carga valorativa superior aos demais princípios.

Em sua essência, o princípio da dignidade da pessoa humana está amplamente ligado aos direitos e garantias fundamentais, sendo que o termo 'dignidade' isoladamente não vem conceituado na Constituição e, por isso, cabem aos órgãos jurisdicionais, a efetivação desse direito, com o devido cumprimento.

Em um trecho da obra de Ingo Wolfgang Sarlet³⁹, o autor estabelece a seguinte reflexão sobre a dignidade:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Cuida-se de um conceito (ou dimensão) político de dignidade, cunhado pelo pertencimento do indivíduo às elites políticas da sociedade e a vinculação da dignidade às ações humanas e seu respectivo resultado, como algo, portanto, que deve ser constantemente posto à prova, e não como uma constante antropológica. Por outro lado, já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

Parece que o conceito de dignidade para o pensamento estoico, o da razão, é o mais aceito, isto porque é certo que todos os integrantes da sociedade têm a mesma dignidade que remete à ideia de ser livre e responsável pelo seu destino. Frise-se,

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. [S. l.]: Livraria do Advogado, 2012. 192.

ninguém é obrigado a seguir o mesmo caminho, porém, todos devem seguir a lei e os direitos e garantias fundamentais e seus respectivos limites e proteções.

Dentre tais direitos irrenunciáveis, é de mencionar a função essencial que exerce o Direito à Saúde dentro da sociedade e a dignidade da pessoa humana encontra íntima ligação com todos os direitos essenciais. Neste sentido, Ingo ensina⁴⁰:

não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

Nesta perspectiva, também cabe mencionar o artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948)⁴¹: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

Dessa forma, por mais que uma pessoa venha a agir ou cometer atos indignos e contrários à legislação, a sua dignidade não deve e nem pode ser diminuída e muito

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. [S. l.]: Livraria do Advogado, 2012. 192.

⁴¹ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER (United Nations Information Centre, Portugal). United Nations Human Rights et al. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER (United Nations Information Centre, Portugal). United Nations Human Rights (org.). Declaração Universal dos Direitos Humanos. [S. l.], 22 fev. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 14 maio 2020.

menos suprimida, é inerente à pessoa humana e, portanto, um direito irrenunciável como já observado.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴²: “Os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Com isso, os indivíduos dele não podem dispor”. A ideia aqui é a se aclarar sobre a impossibilidade de renúncia, o que não se confunde, a título meramente exemplificativo, com o direito de imagem por um tempo limitado para determinado fim. Aqui, deixou-se de exercer um direito por um tempo determinado e não houve em momento algum a renúncia.

Marcelo Novelino⁴³ leciona que a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque. É o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, principalmente aquele que trata dos direitos fundamentais. Esta é a reflexão do autor, com o seguinte:

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelas constituições em diversos países ocidentais tiveram um vertiginoso aumento após a Segunda Guerra Mundial, como forma de reação às práticas ocorridas durante o nazismo e o fascismo e contra o aviltamento desta dignidade praticado pelas ditaduras ao redor do mundo.

E ainda, prossegue⁴⁴:

A escravidão, a tortura e, derradeiramente, as terríveis experiências feitas pelos nazistas com seres humanos, fizeram despertar a consciência sobre a necessidade de proteção da pessoa, com o intuito de evitar sua redução à condição de mero objeto. Tempos depois, com a queda do comunismo, a partir do início da década de 1990, diversos países do leste europeu também passaram a consagrar a dignidade da pessoa humana em seu texto constitucional.

⁴² ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 456.

⁴³ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª. ed. São Paulo: Método, 2012. 1143.

⁴⁴ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª. ed. São Paulo: Método, 2012. 1143.

Neste sentido, a respeito da valoração da dignidade da pessoa humana, leciona Flávia Piovesan⁴⁵ que “o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”, asseverando, inclusive que “o Texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e as garantias fundamentais.”

Entende que a Constituição Federal de 1988 “ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais.”

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, presente e fundamento de todos os demais direitos, de acordo com Novellino, faz com que ela deixe de ser apenas um valor moral para se converter em um valor tipicamente jurídico, passando a se revestir de normatividade, tanto assim é que no artigo 1.º, da Constituição Federal, ao estabelecer os fundamentos da República, menciona expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁶, o indivíduo deve servir de “limite e fundamento do domínio político da República”, isto porque o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

Michael Rosen⁴⁷, em sua obra: Dignidade – Sua história e significado, faz referência a Kant ao delimitar o sentido do termo dignidade, em alemão, Wurde tem relação etimológica muito próxima com Wert, que significa mérito ou valor.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 95.

⁴⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7.ª. ed. Portugal: Almedina, 2003. 1522 p. 1182/1183

⁴⁷ ROSEN, Michael. Dignity: its history and meaning. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

Neste aspecto, relaciona-se com o conceito do princípio fundamental de dignidade da pessoa humana, em que na Fundamentação aparece como valor íntimo e incondicional. Em algumas situações a discussão pode parecer abstrata, a exemplo de uma situação em que alguém diz a outra pessoa que o trabalho é digno de reconhecimento que significa, na verdade, que o trabalho crescerá muito para um grupo de pessoas com a contribuição para o desenvolvimento da ciência ou para o aprimoramento intelectual dentro da sociedade. A noção de Kant está muito próxima à de Tomás de Aquino no sentido de que dignidade possui um valor incondicional, incomparável, que lhe é intrínseco.

Portanto, se levar em consideração que todos os valores morais, podem ser ou estar relacionados à dignidade humana, o respeito para/com as pessoas, bem como o direito à vida digna das pessoas em sociedade também fazem parte da moral, e, por isso, trazem relação com a dignidade da pessoa humana.

A positivação deste relevantíssimo princípio ocupou espaço no núcleo duro da Constituição Federal, artigo 60, § 4.º, IV que, para Paulo Bonavides “retira do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias”.

Dessa forma, é proibido fazer alterações das normas que estejam protegidas pelo referido diploma constitucional e por isso, devem guardar seu sentido, sendo absolutamente vedada qualquer alteração, ainda que por meio de Emenda Constitucional.

Assim, o texto constitucional quando precisa de alterações pode e deve ser modificado apenas via Emenda Constitucional, que é a alteração prevista pelo texto constitucional, após a sua promulgação.

O Direito à Saúde, direito social que integra o plexo de direitos e garantias fundamentais, é condição de sobrevivência digna do ser humano, submetidos à obrigatoriedade de prestação integral e qualitativa pelo Estado, sem que seja necessária a provocação do Poder Judiciário para que tais direitos fundamentais sejam assegurados, eis que já previstos pela Constituição. Para tanto, a

implementação de tais direitos dentro da sociedade deve ser imediata, conforme entendimento de José Afonso da Silva⁴⁸:

Finalmente, a garantia das garantias consiste na eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais. Os direitos, liberdades e prerrogativas consubstanciadas no título II, caracterizados como direitos fundamentais, só cumprem sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade. A Constituição se preocupou com a questão em vários momentos. O primeiro em uma norma-síntese em que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Não é, pois, só a garantia dos direitos políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Essa declaração pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente.

...ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação.

Pela lição de Paulo Bonavides⁴⁹, tem-se que

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desse bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

⁴⁸ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. Pg. 467.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1996. 680. Pg. 484.

Destaca-se ainda que, quando se discute sobre os direitos fundamentais e garantias, inseparável o conceito de liberdade, intrínseco ao primeiro e ao conceito de igualdade. De qualquer maneira, assevera Bonavides⁵⁰:

Em sua lição acerca das garantias constitucionais, Rui primeiro demonstrou que “uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial”. E a seguir definiu *stricto sensu* as garantias constitucionais como sendo “as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”.

A dignidade da pessoa humana é o princípio norteador de qualquer direito social no Brasil, servindo de fundamento a estes, sendo impossível renunciar a tal princípio, nem transferido a outrem, é garantido pela Constituição Federal e intrínseco a qualquer indivíduo, considerado como o princípio que tem maior força dentre os demais princípios. Nesse sentido, destaca Flávia Piovesan⁵¹:

No universo da principiologia a pautar o direito constitucional de 1988, o direito constitucional contemporâneo, bem como o Direito Internacional de Direitos Humanos, desponta a dignidade humana como o valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX. É na dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se assim, dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno. Para Paulo Bonavides, ‘nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto significa, portanto, que os direitos sociais, aqui destacando-se o direito à saúde, tem íntima relação com o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana e reside no conjunto de prestações básicas estatais a fim de que se tenha uma vida digna.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1996. 680. Pg. 484.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Malheiros. P. 193/194.

Pontua, ainda⁵², que foi a primeira Constituição brasileira, a de 1988, a inserir na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no campo da ordem econômica e social, sem previsão no título destinado aos direitos e garantias.

Segue também similar linha de raciocínio aquele ensinado por Barroso⁵³ que esclarece que a dignidade da pessoa humana:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.

Por fim e a respeito de seus efeitos, assevera Ana Paula de Barcellos⁵⁴ que:

⁵² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 96.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. 583 p. 152.

⁵⁴ DE BARCELLOS, Ana Paula. Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], p. 187-188, 1 set. 2020.

o princípio da dignidade da pessoa humana abriga dois aspectos: um que corresponde a um núcleo mínimo, consenso público transformado em norma jurídica, decisão fundamental do constituinte originário; e outro que será desenvolvido na esfera política, mediante deliberações específicas, de acordo com as opções da população. São os efeitos que se encontram naquele primeiro espaço - o espaço jurídico - que interessam para o fim de estabelecer o que pode ser exigido com fundamento nesse princípio.

Com a finalidade de assegurar o efetivo cumprimento e atendimento aos direitos básicos que devem ser prestados pelo Estado, tem-se a ideia de que este deve fornecer boas condições de sobrevivência a todas as pessoas, o que remete ao conceito de “mínimo existencial” que traduz que todos têm direito a uma vida digna, especialmente quando diante de direitos fundamentais sociais.

Referida nomenclatura tem sido abraçada pela doutrina no sentido de proteção integral dos direitos fundamentais, como a assistência aos desamparados, educação fundamental, o acesso à justiça e, o objeto do estudo desta pesquisa, o direito à saúde básica que abarca a suficiente e eficiente prestação dos serviços relacionados à saúde.

Dentro do universo dos direitos sociais, é possível a associação, além de outros, do direito à alimentação ao direito à saúde, assim como o direito às condições dignas de trabalho, tais direitos não podem ser analisados de maneira isolada, sob pena de se estar desprestigiando algum desses direitos em detrimento de outros de igual importância.

Veja-se que uma alimentação digna, um trabalho digno e uma educação fundamental digna são direitos básicos considerados pela Carta Constitucional que tem como um princípio maior, o princípio da dignidade da pessoa humana, e por assim dizer, todos relacionados diretamente ao Direito à Saúde e figuram em patamar superior aos demais direitos básicos em razão de sua essencialidade.

A atividade de compreender e estabelecer limites para a aplicação de direitos sociais não parece muito simples, em razão de o intérprete ter de ponderar os direitos, partindo da análise do contexto em que alguém se encontra, e quais seriam os demais

direitos que poderiam ser confrontados e quais os reflexos na valorização de um desses direitos em detrimento de outro.

1.3.2. O Direito à Saúde como garantia estatal

O direito à saúde, com previsão expressa no artigo 6.º da Constituição Federal, indicando-o como um direito social, presente no rol dos Direitos Fundamentais, e como bem salientam Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo, classificando-o como um “desdobramento do próprio direito à vida”, sendo impossível não associar à noção de direito fundamental do indivíduo.

Além disso, há a previsão do artigo 196⁵⁵ da Constituição Federal prescrevendo: “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 a sua promoção, proteção e recuperação”. Apesar dessa previsão expressa, não parece concordar Barroso pela seguinte interpretação⁵⁶:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de

⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal. In: VadeMecum RT. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.85.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. 583 p. 234.

aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito.

Para José Afonso da Silva⁵⁷, referido artigo “não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde para todos e cada um se inclui entre os fins estatais, e deve ser atendido”.

O entendimento que melhor se conceberia na visão deste autor, se relaciona com a ampliação do acesso à justiça para possibilitar e dar efetividade ao direito à saúde, relacionado diretamente ao direito à vida e outros direitos fundamentais de elevadíssimo grau de importância, se não o maior.

Com o reconhecimento da Saúde como direito social fundamental⁵⁸, o Estado passa a ter a obrigação de atuar positivamente, e assim, responsável pela elaboração de políticas públicas voltadas à proteção e implementação da Saúde.

Apesar de não impor uma definição precisa do conceito de Saúde, o artigo 196 da Constituição Federal sem sombra de dúvidas alargou o limite da Saúde ao transferir ao Estado a incumbência de disposição sobre políticas públicas que viabilizem o acesso universal e igualitário aos serviços voltados à Saúde.

Pela previsão do artigo 196 da Constituição Federal, portanto, encontra-se o princípio do acesso universal e igualitário; o primeiro pode ser entendido como o conjunto de recursos e ações da saúde que são destinadas ao ser humano da maneira mais ampla possível, desconsiderando o acesso à saúde somente a determinados grupos de pessoas. Aliás este é entendimento de Vidal⁵⁹:

Sob a ótica da atual Constituição Federal, são incogitáveis mecanismos de restrição do acesso à rede e aos serviços públicos de saúde, tal como a

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.

⁵⁸ MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

restrição, outrora existente, que deferia o acesso exclusivamente àqueles que contribuíssem para a previdência social.

Pelos ensinamentos de Daniel Sarmento⁶⁰, a garantia dos direitos estatais não se limita somente à área jurídica, ela envolve uma diversidade de ações estatais que compreendem as políticas públicas, criação de procedimentos, dispêndio de recursos e outras ações que não as funções exercidas pelo Poder Judiciário.

Neste sentido deve-se garantir o acesso igualitário a todos que, pela orientação dos juristas⁶¹ “pode ser traduzido pela máxima de que pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se refere aos recursos utilizados, prazos para internação, para realização de exames, consultas etc.”

Para que haja a implementação do direito ao acesso à saúde, os serviços públicos devem ser de comum cooperação entre a União, os Estados e Municípios que devem propiciar o atendimento satisfatório e qualitativo à população, sendo que um ente deve colaborar com o outro, compreendendo-se, assim, o alcance do Sistema Único de Saúde.

A Saúde vem garantida na Constituição como direito e garantia de todos, mas não impõe limites ao exercício deste Direito e, como bem pontua Ana Paula de Barcellos⁶²:

Salvo por previsões específicas, é preciso reconhecer que o texto constitucional não oferece todas as respostas para delimitar o que é saúde mínima e, portanto, qual o conjunto de efeitos mínimos que deriva da dignidade humana no que diz respeito à saúde. Isso não significa, no entanto, que não se possa construir tal distinção, inclusive com apoio interdisciplinar em estudos médicos. Um critério, no entanto, foi indicado pela Constituição:

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

⁶¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 221, p. 185.

as atividades preventivas (v.g., saneamento básico - arts. 23, IX e 200, IV - e vacinação preventiva) não de ter prioridade.

De se considerar ainda, nesta linha de raciocínio, o conceito formulado por Ricardo Lobo Torres⁶³:

A CF distinguiu sem a menor dúvida, entre as prestações de saúde que constituem proteção do mínimo existencial e das condições necessárias à existência, que são gratuitas, e as que se classificam como direitos sociais e que podem ser custeadas por contribuições (medicina curativa). De feito, as atividades preventivas geram o direito ao atendimento integral e gratuito: as campanhas de vacinação, a erradicação das doenças endêmicas e o combate às epidemias são obrigações básicas do Estado, deles se beneficiando ricos e pobres independentemente de qualquer pagamento. (...) O grande problema do 'direito à saúde', por conseguinte, é definir os limites dentre nos quais é considerado direito fundamental, gerando a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita, ou mero direito social, fora do campo do mínimo existencial.

A concepção de saúde no contexto brasileiro atual remete principalmente à figura dos medicamentos, do hospital e demais tratamentos que porventura são precisos à cura de alguém, ou seja, a medicina curativa, quando na verdade a Saúde que deveria ser fornecida pelo Estado está muito além dos conceitos básicos de cura decorrentes de determinadas mazelas físicas ou mentais.

O conceito de Saúde ainda encontra divergência e imprecisão conceitual tanto na doutrina quanto Jurisprudência. Sabe-se que a Organização Mundial da Saúde reconheceu a proteção deste direito e que será aprofundado no capítulo referente à Proteção Global da Saúde. Neste momento, vale a abordagem conceitual sugerida por Vidal Serrano e Sueli Dallari⁶⁴ ao identificarem a Saúde como um bem jurídico que se apresenta sob três diferentes dimensões, quais sejam, a individual, coletiva e a de desenvolvimento.

⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação - Imunidades e isonomia. [S. l.]: Renovar, 1995. P. 147/148.

⁶⁴ GANDOLFI DALLARI, Sueli; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. Direito Sanitário. [S. l.]: Verbatim, 2010.

Partindo da primeira dimensão, a individual, assevera que o conceito jurídico de saúde humana deve iniciar dos traços comuns a todos os seres humanos, tratando-os, hipoteticamente, como se todos fossem idênticos, além, por óbvio, da necessidade de atenção ao conjunto de bens jurídicos protegidos pelo campo nuclear deste direito.

Quanto à dimensão coletiva, entende que é impensável tratar de Saúde sem analisar a coletividade, envolvendo a comunidade e o Estado que deve intervir por meio de ações variadas tanto em atividades prestacionais como no controle sanitário e de zoonoses, trazendo, como exemplo o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária que pressupõe a obrigatoriedade do Estado na execução de ações, bem como prestação de serviços com vistas a eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde.

O último, na verdade, pode-se dizer que é uma decorrência do desenvolvimento individual e coletivo, visando a preservação presente e futura seja do indivíduo tomado isoladamente ou então da humanidade. Diante de tais ponderações, conclui⁶⁵ que “sob o aspecto jurídico, devemos entender saúde como o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social.”

A saúde mínima, em verdade, engloba inúmeros direitos fundamentais, com conexão direta ao direito à vida e a assistência aos desamparados, e, nas palavras de Ana Paula de Barcellos⁶⁶ “é o recurso último para impedir que alguém ultrapasse a linha da miséria absoluta e da indignidade.”

Tamanha a discussão sobre o direito à saúde e sua abrangência, o que é certo é que se os recursos são escassos, fica inviável a efetivação de todos os direitos sociais pois quando houver colisão entre princípios fundamentais, dificilmente se encontrará um ponto de convergência de entendimento, em especial quando a temática é tão relevante como a Saúde.

⁶⁵ GANDOLFI DALLARI, Sueli; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. Direito Sanitário. [S. l.]: Verbatim, 2010, p. 13.

⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 221, p. 186.

Há, entretanto, um método criado pela doutrinação e jurisprudência que é a ponderação, que é compreendida, sinteticamente, como um meio termo para a correta implementação dos direitos sociais por meio da integração realizada pelos princípios.

Tanto o tema é controvertido que precisou Élide Graziane Pinto⁶⁷, baseada em entendimento do Supremo Tribunal federal ensinar que:

Tamanha é a estatura constitucional dos direitos sociais à saúde e à educação, bem como a garantia das suas eficácia imediata e consecução progressiva, nos moldes do artigo 5º, §§ 1º e 2º e do artigo 6º da CR/88, que, contra eles, não se admite a discricionária alegação da cláusula de “reserva do possível”. Para tal norte aponta a jurisprudência do próprio STF: A Administração não pode invocar a cláusula da ‘reserva do possível’ a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento da insuficiência orçamentária.

Neste contexto, segue a doutrinadora com a seguinte noção:

(...) os direitos à saúde e a educação, que reclamam prestações positivas do Estado e, por isso, estão sujeitos à vulnerabilidade fiscal das suas correspondentes políticas públicas e ao risco de descontinuidade do serviço público, devem ser amparadas pela organização estrutural e pelo dever de gasto mínimo com um verdadeiro “direito a ter custeio progressivo e suficiente de direitos”.

O STF ao conceituar o direito à vida vem confirmando que o direito à saúde é decorrência do direito à vida, determinando o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, portadoras do vírus HIV e outras doenças graves a exemplo da decisão do STF no RE 271.286 AgR/RS que enfatizou o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Neste sentido, a distribuição gratuita de medicamentos permitiria conferir efetividade aos preceitos constitucionais, representando um gesto reverente e

⁶⁷ STF reconhece o “direito a ter o custeio adequado de direitos” na ADI 5.595”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-et-12/contas-vista-stf-reconhece-direito-custeio-adequado-direitos-adi-5595>. Acesso em 14 de Maio de 2020.

solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e sua essencial dignidade.

Na mesma decisão, o STF asseverou que o sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva, que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Nessa linha de raciocínio é que se filia a presente Dissertação, que, seguindo uma postura garantista, que em nossa concepção deveria ser a única interpretação constitucional possível, reforça a importância do direito à saúde na sociedade civil, e, uma vez carente de efetividade, será direcionado para solução do Poder Judiciário, não somente, mas também entre todos os demais Poderes. Neste sentido, Augusto César Monteiro Filho⁶⁸ entende que:

Nessa linha de raciocínio, inexistindo motivação suficiente para o não cumprimento do que foi concebido normativamente como referência legislativa mínima no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual – (PPA, LDO e LOA), não haveria falar em indevida interferência pelo Poder Judiciário – o assim chamado ativismo judicial -, quando do controle de omissão, seja legislativa ou executiva, ou mesmo falha de execução, a despeito do estatuído pelo art. 2º da Lei Maior.

De fato, a questão da saúde encontra-se em um patamar hierarquicamente superior aos demais direitos e garantias fundamentais em razão da ponderação entre os direitos essenciais e, por mais que se entenda que o direito à saúde não deveria sequer colidir com a problemática orçamentária, inegável a influência da questão

⁶⁸ FILHO, Augusto César Monteiro. Perspectivas sobre a Judicialização da Saúde no Brasil sob o Enfoque do Direito e Economia. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius Constitucionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional. [S. l.]: Jus Podivm, 2019. p. 593-618, P. 605.

orçamentária e financeira do Estado em detrimento da efetivação de todos os direitos sociais.

Por isso, a fim de que se possa visualizar a abrangência de proteção do direito à saúde nacional e internacionalmente, é que serão abordados alguns documentos previstos na ordem internacional e que o Brasil deve respeitar, sob pena de sofrer eventuais penalidades e ser responsabilizado por tais violações dos direitos humanos fundamentais.

PARTE II – PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA ORDEM INTERNACIONAL

2.1. DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E COLETIVOS)

2.1.1. A estrutura normativa global e a compatibilidade com a Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 guarda íntima relação com os Tratados Internacionais e demais normas internacionais de direitos humanos uma vez que o Brasil pode recepcionar a norma internacional de direitos humanos, incorporando-as, com força vinculante, concebendo sua inter-relação por meio de valores tais como a igualdade e liberdade. Em linhas gerais os direitos humanos devem ser de fato concebidos incondicionalmente e sua origem deve pautar-se nos valores essenciais da sociedade. Aliás, para Clémerson Merlin Clève⁶⁹:

O nascimento de um conjunto de direitos de crédito frente ao Estado (saúde, alimentação, habitação, etc.) altera profundamente a natureza dos direitos humanos. Estes agora serão, a um tempo, liberdades e créditos do indivíduo (ou grupo) frente ao Estado. Se as liberdades se manifestavam através de uma prestação prevalentemente negativa do poder público (abstenção do Estado), os créditos exigem uma prestação prevalentemente positiva, ou

⁶⁹ Clémerson Merlin Clève, Sobre os direitos do homem, in Temas de direito constitucional (e de teoria do direito), p. 125-127 (Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 14.^a edição, Editora Saraiva, p. 75/76.

seja, a disposição de medidas públicas dirigidas à solução das demandas tipificadas como direitos. A concepção dos direitos fundamentais como liberdades e créditos, além de manter implícita uma teoria de Estado (mais precisamente uma teoria do exercício do poder do Estado), identificada com o que hoje chamamos burocracia, opera a fusão de duas noções até há pouco dissociadas: liberdade e capacidade.

Neste tópico se estabelecerá uma relação da Constituição Federal de 1988 com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e como os Tratados Internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Coletivos se relacionam com o texto constitucional, bem como quais os impactos no campo jurídico e político do sistema internacional de proteção de direitos humanos dentro do sistema nacional.

O que se objetivará será a análise da relação entre a Constituição Federal de 1988 e o Direito Internacional de Direitos Humanos, ou seja, a verificação da recepção e compatibilidade das normas internacionais em relação às normas brasileiras, de modo que os direitos humanos não interfiram nas leis brasileiras, apenas para reforço, conferindo um nível de proteção alargado, de modo que os direitos fundamentais sociais também ocupem proteção internacional.

Explica-se, aqui, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se distingue do Direito Internacional público porque o último busca disciplinar as relações de reciprocidade e equilíbrio entre os Estados por meio de negociações recíprocas que visam o interesse de cada Estado; o primeiro, por sua vez, encontra relação no tratamento dos Direitos Humanos em âmbito internacional, assegurando o efetivo exercício dos direitos da pessoa humana, do ser humano, um dos pilares da Humanidade.

Para que se possa estabelecer um vínculo entre a Constituição Federal brasileira e os direitos internacionais protetivos, vale a reflexão do Direito Constitucional Internacional que põe a salvo a dignidade da pessoa humana, previsto em todos estes documentos mencionados, donde se extrai a relação entre a Constituição Federal do Brasil e os tratados internacionais de direito humanos, a

Declaração Universal de 1948 e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Coletivos, todos integrantes do sistema global do Direito Internacional de Direitos Humanos.

A concepção constitucional interna e internacional em constante evolução histórica desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tem caráter universalista, de modo que independentemente de ser a norma interna ou internacional, é importante que o seu alcance seja delimitado internamente para que então seja possível conferir uma mais adequada aplicabilidade aos direitos humanos e seus limites.

O caráter que se conferiu aos Direitos Humanos em matéria internacional é um avanço inestimável à cultura e desenvolvimento nacionais, de modo que se evitam eventuais conflitos entre povos e representantes de países.

Os tratados internacionais, como documentos normativos e que devem ser obedecidos pelos povos, servirão, portanto, para delimitar o alcance e os limites da resolução de conflitos entre países; os Pactos Internacionais se prestam justamente a resguardar a aplicabilidade dos Direitos essenciais principalmente quando ocorrerem conflitos internacionais entre os Estados.

Para que se viabilize tal compreensão é importante mencionar que a Constituição Federal Brasileira vigente foi a primeira a posicionar o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado em suas relações internacionais.

Ademais, o texto constitucional se preocupou em estabelecer um rol com outros princípios específicos no artigo 4.º da Constituição Federal com as diretrizes de como as relações internacionais devem se reger por meio dos princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

Esta previsão insere o Brasil no campo internacional ao estabelecer a independência nacional, ou seja, não haverá intervenção de outros Estados no âmbito nacional sendo que cada qual seguirá suas regras, sempre prevalecendo os direitos humanos e estabelecendo a condição igualitária de direitos entre os Estados respectivos sempre buscando, ainda, a defesa da paz com solução pacífica dos conflitos e não se admitindo, sob qualquer hipótese o terrorismo e a prática do racismo, com cooperação entre os povos para que a humanidade possa progredir, inclusive permitindo a concessão de asilo político em situações de repressão política. A respeito, Flávia Piovesan destaca⁷⁰:

(...) percebe-se que a Carta de 1988 introduz inovações extremamente significativas no plano das relações internacionais. Se, por um lado, esta Constituição reproduz tanto a antiga preocupação vivida no Império no que se refere à independência nacional e à não intervenção como reproduz ainda os ideais republicanos voltados à defesa da paz, a Carta de 1988 inova ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. A orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, incisos II, III, VIII e IX.

Assevera, ainda, que⁷¹:

(...) Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. "

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704.

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida às regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana protegido pela ordem jurídica pode ser classificado como um superprincípio, e orienta, por assim dizer, tanto o Direito Internacional quanto o Direito interno, eis que não é quantificável e de incontestável observância por todos os aplicadores do Direito e estudiosos e seus respectivos povos.

O Princípio da dignidade da pessoa humana é princípio que centraliza todo o ordenamento jurídico, conferindo-o prioridade sobre os demais princípios/direitos constitucionais essenciais, assumindo, com isso, uma importância e norte da interpretação do constitucionalismo global, seja em âmbito nacional ou internacional. Reforça-se a análise que a autora⁷² faz sobre a Carta Constitucional e a dimensão dos direitos e garantias fundamentais:

O Texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (ver Capítulo II do Título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Desse modo, não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da

⁷² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704.

liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.

Faz-se imprescindível tecer considerações sobre tratados internacionais, a Declaração Universal de 1948 e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Coletivos sua recepção e compatibilidade junto à lei brasileira, asseverando-se, aqui, que foi com o movimento Pós-positivista que os princípios gerais do direito passaram a ganhar maior relevância como fonte do Direito Internacional, ganhando a partir de então uma maior compatibilidade em nível global.

Com efeito, os Tratados Internacionais podem ser denominados também como acordos internacionais em que os países se obrigam reciprocamente a respeitar e atender as disposições de referidos acordos, o que também os torna vinculantes.

Para Louis Henkin⁷³: O termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo ‘tratado’, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo) ”.

A fim de disciplinar os Tratados Internacionais, a Convenção de Viena de 1969 surgiu para determinar a possibilidade da criação de Tratados que não se aplicam indistintamente a todos os países, mas tão somente àqueles que assinaram e consentiram com sua adoção, inviabilizando a criação de direitos e obrigações recíprocas aos que não o assinaram, conforme inclusive previsão da Convenção de Viena que dispõe que todo o Tratado é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido de boa-fé.

⁷³ HENKIN, Louis. *International Law: Politics and Values*. 1ª. ed. [S. l.]: Kluwer Law International, 1996. P. 416.

Na verdade, o Estado que aderiu ao Tratado deve necessariamente atender aos comandos do texto que criam obrigações legais com efeito vinculante aos países signatários, obrigando-os reciprocamente.

No Brasil, para que tenham efetividade e sejam recepcionados são necessários alguns procedimentos; a iniciar pela assinatura do Tratado pelo Poder Executivo que, assim que o faz, está de acordo com as regras lá estabelecidas e reflete um aceite provisório, não vinculando o Brasil imediatamente.

Depois, a previsão constitucional determina a aprovação pelo poder Legislativo, e, caso assim o faça, haverá o ato de ratificação pelo Poder Executivo que nada mais é do que a confirmação formal de que o país estará obrigado ao tratado, isto é, sua aceitação definitiva e a possibilidade a partir de então, da produção de efeitos na ordem internacional.

A respeito da produção de efeitos da assinatura do Pacto, a Constituição Federal de 1988 estipulou no artigo 84, inciso VIII ser competência privativa do Presidente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Em contrapartida, a disposição do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal determina que a competência é exclusiva do Congresso Nacional para resolução definitiva sobre os tratados, acordos ou atos internacionais.

Diante desse impasse, pode-se dizer que para a efetividade dos Pactos serão necessários tanto os atos do Presidente da República quanto os do Congresso Nacional e para Flávia Piovesan⁷⁴:

Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 115.

demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo.

Ora, uma vez signatário de determinado Tratado, cabe ao Estado o respeito à norma, sob pena de descumprimento de tais deveres, o que implica necessariamente, em responsabilização internacional do Estado transgressor.

Outro aspecto é aquele concernente à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos e o que vale de pronto mencionar é que a Constituição Federal de 1988 cuidou de conferir aos tratados, o caráter de norma fundamental uma vez que encontra amparo no artigo 5.º, § 3.º ao disciplinar que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Por essa razão, e conforme já mencionado em outro momento, a Constituição Federal de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais.

Assim, em suas relações internacionais o Brasil se regerá, além do princípio maior, o da dignidade da pessoa humana, pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político, asseverando, ainda, expressamente que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Diante desses fatores, é a reflexão de Flávia Piovesan⁷⁵ no sentido de que:

⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 101/102.

a Carta de 1988 inova ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. A orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, incisos II, III, VIII e IX.

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, imediatamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional de Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

O Brasil se preocupou de maneira precípua em defender os direitos humanos em face de demais direitos e apesar de a soberania do estado ser o ponto de partida de qualquer Estado, deve-se ter como orientação anterior a ela, a noção da prevalência dos direitos humanos, resultando por assim dizer em uma relativização da soberania rompendo “com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos” como bem leciona Flávia Piovesan⁷⁶, processo este que se mostra absolutamente coerente com as exigências do Estado Democrático de Direito.

Assim, uma vez que a Constituição Federal recepciona os Tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, eles terão força de norma constitucional, integrando e complementando o rol de direitos constitucionalmente previstos, aumentando, por conseguinte, a abrangência de direitos e garantias fundamentais.

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 103.

A reflexão sobre a hierarquia dos tratados remete ainda, à importância do artigo 102, III, b, da Constituição Federal de 1988 que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário decisões recorridas que tiverem por objeto a declaração da inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Vale dizer, portanto, que em termos de relevância na ordem normativa, os tratados internacionais têm hierarquia infraconstitucional, classificados como lei ordinária, e os de direitos humanos adotados antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004 terão caráter supralegal, já os que foram adotados após a referida Emenda, desde aprovados por maioria qualificada, terão força de norma constitucional tais como as Emendas Constitucionais.

Sobre a questão, ainda, é importante lembrar que o tratado e a lei federal receberam tratamento de equiparação pelo Supremo Tribunal Federal em 1977 ao julgar o conflito entre a Convenção de Genebra a respeito da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, ou seja, tema de ordem empresarial e o Decreto-Lei n.º 427 de 1969.

Mais tarde, ao julgar o caso relativo à prisão civil por dívida, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1995, reiterou o seu entendimento anteriormente exarado, desta vez, via habeas corpus, asseverando basicamente que os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

A orientação percorrida por este trabalho vai de encontro ao quanto abordado por Francisco Rezek⁷⁷, que defende que diante de um conflito entre tratado e norma de direito interno, o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária, afirmando que não há em direito internacional positivo norma assecuratória de tal primado.

⁷⁷ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p. 126/127.

Assevera, ademais, que a sociedade internacional contemporânea descentralizada vê cada um de seus integrantes ditar, no que couber, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica, o que faz com que caiba ao Estado, por meio da Constituição nacional, ser o vértice do ordenamento jurídico e, com isso, a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado. Em suas palavras, reflete⁷⁸:

Difícilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Destacou, ainda:

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o direito das gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional. Norma deste exato feitio aparece na Constituição francesa de 1958, na Constituição argelina de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Excepcional, provavelmente única, a Constituição holandesa, após a revisão de 1956, tolera, em determinadas circunstâncias, a conclusão de tratados derogatórios do seu próprio texto, cuja promulgação é capaz de importar, por si mesma, uma reforma constitucional.

Diversamente deste entendimento proposto por Rezek e, filiando-se à posição de Flávia Piovesan⁷⁹, a noção seria diametralmente oposta, de modo que conferir uma

⁷⁸ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p. 126/127.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 126/127.

hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos acima de algumas leis federais, observado o princípio da prevalência da norma mais favorável, estará, na verdade, em total consonância com o texto constitucional ora vigente, bem como de acordo com seus direitos e princípios, principalmente com aquele de maior escalão, o da dignidade humana.

Defende que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos uma vez que o texto constitucional vigente assegura a eles “garantia de privilégio hierárquico”, de natureza constitucional, justificando-se tal entendimento na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns.

Vale dizer, os tratados internacionais têm força de lei ordinária, enquanto aqueles de direitos humanos ultrapassam este limite, isto porque objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano.

Certo é que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais e por isso terão força constitucional, esta é a disposição trazida pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, do artigo 5.º da Constituição Federal.

Deve-se considerar, ainda, que além dos diversos dispositivos constitucionais protetivos, há a regra do artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal que deixa claro que todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum para aprovação são materialmente constitucionais, e, portanto, integram o espectro constitucional.

Por isso, pode-se entender que o quórum qualificado para aprovação de tratados internacionais de direitos humanos existe a título de reforço, protegendo ainda mais os referidos tratados de modo a considerar os aspectos formais do texto constitucional, dando a estes tratados a proteção no campo da constitucionalização formal, ou seja, aquela que foi aprovada segundo os procedimentos previstos em sede

de Processo Legislativo, conferindo ainda maior proteção aos tratados internacionais de direitos humanos.

Para Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo⁸⁰ “são normas materialmente constitucionais aquelas que identificam a forma e a estrutura do Estado, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos Poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais.” Às normas formalmente constitucionais se encaixam aquelas que são colocadas no texto constitucional, sem fazer parte da estrutura mínima e essencial de qualquer Estado.

Assim, além da proteção material da norma, quando há compatibilidade do texto constitucional com seu conteúdo, é também assegurado aos tratados e demais regramentos globais, a proteção formal constitucional porque foram inseridas no texto constitucional com a observância das exigências do processo legislativo adequado.

As normas constitucionais, da forma como estão dispostas, excepcionando-se os casos específicos previstos, como regra geral não podem sofrer restrição ou supressão em detrimento de outra lei que trate de maneira específica sobre o tema; o texto constitucional, sobremaneira aquele disposto no núcleo duro da Constituição, ao serem interpretados devem englobar a maior quantidade de direitos e em caso de colisão de direitos fundamentais, poderá haver uma ponderação, nunca uma supressão.

A superveniência da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, portanto, confere caráter de norma constitucional. Luis Roberto Barroso⁸¹ segue este entendimento, veja-se:

Nos últimos anos, no Brasil, teve lugar uma interessante discussão acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem interna, com status constitucional, com base no que dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Sobre o tema, v. Flávia Piovesan, Direitos humanos e

⁸⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 456 p. 5.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. 583 p. 388.

direito constitucional internacional, 2000, p. 103; e Antônio Augusto Cançado Trindade, Tratado de direito internacional dos direitos humanos, 1999, v. II, p. 29-30. A matéria, todavia, foi superada pela aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, que deu ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal a seguinte redação: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A recepção das normas internacionais no sistema jurídico interno, teve como precursor, segundo Augusto Cançado⁸², uma resolução de Conferência Interamericana de 1938, de Lima, considerada como um verdadeiro “antecedente próximo” da Declaração Americana de Direitos Humanos, recomendando medidas conjuntas para sua salvaguarda, ainda que desprovida de efeitos mandatórios.

Vale dizer, portanto, que a natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, se respeitado o quórum qualificado para aprovação de tratados e observando-se o conteúdo da norma jurídica interna, se compatíveis àqueles presentes no texto constitucional interno, a esses novos dispositivos serão atribuídas a mesma força normativa, evitando sua exclusão do ordenamento jurídico, nem mesmo por meio de emenda Constitucional.

Portanto, uma vez atendidos os requisitos materiais e formais constitucionais do Texto Constitucional Brasileiro de 1988, ou então pelo ordenamento global da Declaração Universal de Direitos Humanos, havendo compatibilidade e sem transgressão de direitos humanos, ocorrerá a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive, com aplicação imediata dada a relevância do tema.

Frise-se que tal aplicabilidade também se dará em razão de a própria Constituição prever no artigo 5.º, §§ 1º e 2º o status constitucional e aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos, já os demais tratados terão caráter infraconstitucional e não terão aplicabilidade imediata pois ausente previsão constitucional neste sentido.

⁸² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do sistema interamericano de direitos humanos: avaliação crítica. **R. Inf. Legisl. Brasília**, [s. l.], 1982.

A fim de melhor se compreender a sistemática dos direitos sociais em meio à estrutura normativa do Sistema Global de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, bem como a estrutura normativa do Sistema Regional de Direitos Humanos ou simplesmente, o Sistema Interamericano, passar-se-á a uma abordagem da sistemática global neste próximo capítulo, para que em capítulo posterior sejam abordados os aspectos do sistema regional e seus respectivos direitos sociais, principalmente do direito à saúde objeto deste estudo.

2.1.2. A Proteção global e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Existem alguns limites à liberdade e à autonomia dos estados, devem promover a cooperação, paz e segurança internacional, assegurar também parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial (OIT, Liga das Nações e Direito Humanitário) protegendo os direitos humanos na ordem internacional.

Os Estados são passíveis de serem responsabilizados em relação à ordem internacional caso exista violação aos direitos humanos, podendo inclusive ser submetidos ao Tribunal de Nuremberg, que foi criado em 1945 e garantidor da efetivação dos Direitos Humanos na ordem internacional.

Neste sentido, a Carta de São Francisco, assinada em 26 de junho de 1945, conferiu aos Direitos Humanos um status constitucional garantindo a celebração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sendo que as convenções vindouras nela se espelhariam.

Importante mencionar que foi no contexto nazista e anti-humano, pós Segunda Guerra Mundial que os aliados chegaram a um consenso por meio do Acordo de Londres de 1945, convocando um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra, ele foi, na verdade, um marco internacional que viabilizou a responsabilização de alemães pela guerra e pelas arbitrariedades cometidas durante o referido período.

O contexto do surgimento da proteção internacional dos Direitos Humanos encontra lugar, portanto, no fim da segunda Guerra Mundial em combate ao contexto desumano do nazismo em que, na Alemanha, Hitler comandava um massacre, tratando as pessoas como descartáveis.

Vale mencionar que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir à proteção interna de um Estado, deve sim, receber tratamento de problema internacional.

A discussão a respeito da compatibilidade global das normas de direitos internacionais de direitos humanos, passam a ser palcos de maior atenção, surgindo as Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, passando a ser o assunto central na agenda das instituições internacionais, o que mostra o início da aceitação da ideia de Direito Internacional de Direitos Humanos.

Sobre a Declaração, é necessário consignar que inexiste uma data precisa da origem dos Direitos Humanos. Ressalta-se, no entanto, que existem três documentos que ocuparam posição de destaque no âmbito internacional antes da II Grande Guerra, são eles: a Declaração Inglesa de 1689 (Bill of Rights), a Declaração norte-americana de Independência e em 1789 a Declaração francesa sobre os direitos do homem e do cidadão. Foi após a Guerra que sobreveio a urgência universal da necessidade de positivação de tais direitos internacionais.

Referido Tribunal, aplicou o costume internacional de indivíduos envolvidos na prática de crime contra a paz, crime de guerra e crime contra a humanidade, e, conforme consta da previsão do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que é o órgão judicial das Nações Unidas:

Esta Corte, cuja função é decidir, de acordo com o Direito Internacional, as disputas que lhe são submetidas, deve aplicar: a) as convenções internacionais, gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados-partes; b) o costume internacional, como evidência de uma prática geral aceita como norma; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) em

conformidade com o art. 59 (que prevê que as decisões da Corte não apresentam força vinculante, exceto entre as partes do caso), decisões judiciais e a doutrina dos mais qualificados publicistas de diversas nações, como meios subsidiários para a determinação das regras de direito.

Foi a partir de então que se percebeu uma grande mudança na compreensão dos direitos humanos, como o reconhecimento universal, bem como aceitação de princípios gerais aplicados por juristas e pelas Cortes Militares, o que representou, um avanço significativo na ideia da internacionalização dos Direitos Humanos e sua aplicabilidade e efetividade. Em linhas gerais, para Flávia Piovesan⁸³ ao analisar Louis Henkin analisa que:

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional de direitos humanos.

Ressalta-se que o surgimento de uma nova ordem internacional a que fazem alusão os supramencionados autores, diz respeito à implementação em nível internacional dos Direitos Humanos, buscando primordialmente a proteção da paz e segurança internacional, desenvolvimento de boas relações entre os Estados, enfatizado, porque cerne da temática deste Trabalho, a adoção de um padrão internacional da saúde e a proteção internacional de Direitos Humanos.

Veja-se que há um importante aspecto nessa ordem internacional emergente, colocando o direito à saúde em um padrão de proteção ao nível internacional e caso haja desrespeito no campo da saúde, entre os Estados, o responsável será

⁸³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 198.

responsabilizado pelo referido Estado e pelo respectivo Tribunal Internacional. Em mesmo sentido com aquele analisado pela autora⁸⁴:

Desse modo, ao lado da preocupação de evitar a guerra e manter a paz e a segurança internacional, a agenda internacional passa a conjugar novas e emergentes preocupações, relacionadas à promoção e proteção dos direitos humanos. A coexistência pacífica entre os Estados, combinada com a busca de inéditas formas de cooperação econômica e social e de promoção universal dos direitos humanos, caracterizam a nova configuração da agenda da comunidade internacional.

A nomenclatura de direitos humanos e liberdades fundamentais, objeto de proteção pela Carta das Nações Unidas não é especificamente conceituada pela referida Carta, o que demandou dos doutrinadores a sua definição, que na visão de Thomas Buergenthal⁸⁵ ao delimitá-lo explica:

A Carta das Nações Unidas ‘internacionalizou’ os direitos humanos. Ao aderir à Carta, que é um tratado multilateral, os Estados-partes reconhecem que os ‘direitos humanos’, a que ela faz menção, são objeto de legítima preocupação internacional e, nesta medida, não mais de sua exclusiva jurisdição doméstica. No sentido de definir o significado de ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’ e esclarecer e codificar as obrigações impostas pelos arts. 55 e 56 da Carta, um vasto universo de normas jurídicas foi elaborado. Este esforço é simbolizado na adoção do International Bill of Human Rights e em inúmeros outros instrumentos de direitos humanos que existem hoje. A Organização tem, ao longo dos anos, conseguido tornar claro o escopo da obrigação dos Estados-membros em promover os direitos humanos, expandindo estes e criando instituições, com base na Carta da ONU, designadas a assegurar o cumprimento desses direitos pelos Estados. A ONU tem buscado assegurar o cumprimento dessas obrigações mediante resoluções que exigem dos Estados que cessem com as violações a esses direitos, especialmente, quando configurar ‘um consistente padrão de graves violações’ (consistent pattern of gross violations), fortalecendo a Comissão de Direitos Humanos da ONU e seus órgãos subsidiários para que estabeleçam procedimentos para apreciar as denúncias de violações.

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 203.

⁸⁵ BUERGENTHAL, Thomas. International Human Rights. [S. l.]: West Academic Publishing, 2017. P. 21/24.

É de competência dos Conselhos da ONU, portanto, a promoção do desenvolvimento humano em cada uma de suas áreas de proteção.

O cenário internacional de proteção dos direitos humanos demanda a análise do mais importante documento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que existe com o propósito de estabelecer uma ordem pública mundial baseada na dignidade humana com a proteção dos direitos essenciais, e, como bem ressalta Flávia Piovesan⁸⁶ “para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos”, sendo que posteriormente seria incorporada esta ideia por todos os tratados e declarações de direitos humanos na Sistemática Internacional de Direitos Humanos.

Esta definição de pessoa é valiosa para a compreensão de quem é o sujeito de direitos e deveres da Declaração, que ainda consagrou tanto a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos ao conjugar, como bem assevera Flávia Piovesan⁸⁷ “o catálogo dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais.”

Isto significa, em outras palavras, que os Estados passam a se preocupar com o bem-estar econômico e social da sociedade civil com a implementação dos direitos sociais e econômicos, o que pressupõe uma atuação estatal intervencionista, conferindo validade e efetividade aos direitos sociais, que, por sua vez, passam a ocupar um caráter universal, com a verdadeira proteção aos direitos humanos, abarcando não só os direitos civis e políticos mas também os direitos sociais e econômicos e é a partir da Carta que os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo do direito humanitário.

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 210.

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 210.

Partindo de todo esse esforço histórico do surgimento da proteção internacional dos direitos humanos, é essencial a análise da composição normativa e seus indicadores sociais do Sistema Global da ONU.

Para que a Declaração pudesse ter maior alargamento dos direitos lá previstos, fez-se necessária a judicialização dela sob a forma de Tratado internacional com efeito vinculante em âmbito do Direito Internacional, que, anos depois, em 1966, deram origem aos conhecidos tratados internacionais, que passaram a incorporar o rol de direitos da Declaração, por meio do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Nota-se uma postura de ampliação do reconhecimento dos Direitos Sociais, tanto é que o Preâmbulo da Declaração da ONU⁸⁸:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo no qual os seres humanos gozem de liberdade de expressão e de crença e da liberdade do medo e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando que é essencial, para que o Homem não seja obrigado a recorrer, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, que os direitos humanos sejam protegidos pelo estado de direito,

Considerando que é essencial para promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas, na Carta, reafirmaram a sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em maior liberdade,

⁸⁸ Assembleia Geral da ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". 217 (III) A. Paris, 1948. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (acessado em 10 de setembro de 2020).

Considerando que os Estados–Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, a promoção do respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da maior importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

Agora, portanto,

A Assembleia Geral,

Proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como um ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo–a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivas tanto entre as populações dos próprios Estados–membros como entre os povos dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Para Christian Courtis, a Declaração Universal não inovou com a criação de um novo regime de obrigações em relação aos direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, mas apenas considerou que os direitos estão em cenário de desenvolvimento progressivo, traduzindo obrigações positivas pelo Estado.

Com a formação da Carta Internacional dos Direitos Humanos⁸⁹ que se torna possível a inauguração do “sistema global de proteção desses direitos, ao lado do qual já se delineava o sistema regional de proteção, nos âmbitos europeu, interamericano e, posteriormente, africano.”

O sistema global reúne inúmeros Tratados Internacionais, objetivando, dentre o reconhecimento dos direitos sociais no âmbito mundial, o combate aos crimes de genocídio, tortura, discriminação racial, contra as mulheres, dentre outros, com a garantia do exercício de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos na ordem global.

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p.232.

Não se concebia, importante frisar, uma omissão do Estado nacional em detrimento de uma postura mais forte da ordem internacional; ao contrário, o Estado teria a responsabilidade primária na proteção desses direitos e os procedimentos internacionais, teriam por assim dizer, uma responsabilidade subsidiária.

Certo é que cada Estado tem autonomia para determinar suas leis e seu regramentos básicos, mas sempre em consonância com o que porventura for solidificado na ordem internacional e importante avanço para a implementação e proteção dos direitos sociais na ordem global que a ONU criou os pactos acima mencionados.

Com a pretensão de alinhar o direito internacional ao direito interno no campo da proteção dos direitos sociais, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de cunho internacional e que cria obrigações recíprocas aos Estados-membros e, ao contrário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que é autoaplicável, o primeiro tem aplicação progressiva, uma vez que os Estados devem adotar todas as medidas até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos.

Cabe esclarecer que a progressividade que consta do Pacto, impede o retrocesso social, bem como a falta de implementação ou falta de ação do Estado, de modo que deve provar que se utilizou de todas as medidas necessárias, com a máxima utilização dos recursos disponíveis em vistas a adotar pouco a pouco, a justa implementação dos direitos sociais e econômicos.

Neste sentido, Laura Pautassi⁹⁰ explica que:

en el ámbito interno de los Estados se ha avanzado en materia de reconocimiento de los DESC y consiguiente justiciabilidad. Se ha producido una importante jurisprudencia en las cortes constitucionales y en diversas instancias judiciales que reconocen el carácter justiciable de los DESC y se pronuncian en relación con el diseño de políticas públicas que los efectivicen.

⁹⁰ PAUTASSI, Laura. La articulación entre políticas públicas y derechos. Políticas públicas para un estado social de derechos: el paradigma de los derechos universales. 2007.

A respeito da diferença entre o PIDCP e o PIDESC, é precisa ao asseverar que:

el hecho que los derechos sociales se distinguen de los civiles y políticos por el carácter de obligaciones negativas de los últimos, mientras que los primeros implican el nacimiento de las obligaciones positivas. Las obligaciones negativas se refieren a la no-intervención del Estado en caso de una huelga, a no empeorar la salud de la población, y no impedir el acceso de un niño o una niña a un instituto educativo, entre otros. Las obligaciones positivas no se agotan en acciones de dar – proveer vivienda, aplicar vacunas para infantes– sino que la diferencia es el tipo de relaciones que se establecen entre el Estado y los destinatarios de las prestaciones. Significa que el Estado puede satisfacer un derecho a través de diferentes medios y, en muchos de ellos, los sujetos obligados pueden participar en forma activa.

O monitoramento da efetivação das medidas propostas pelo Pacto será realizado por meio de relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes que serão, por sua vez, submetidos ao Secretário-Geral das Nações Unidas com cópia ao Conselho Econômico e Social para apreciação que, adotou, por sua vez, um Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para análise dos relatórios submetidos pelos Estados.

O Protocolo Facultativo passou a prever a possibilidade de petições individuais quando consolida a capacidade processual dos indivíduos na esfera internacional; são importantes mecanismos para a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A partir dele, quando há vinculação do Estado ao mecanismo de controle de direitos básicos em ordem internacional regional, os Estados se sujeitam a responsabilidade por eventuais violações de referidos direitos. A partir desta premissa, Christian Courtis⁹¹ sintetiza e explica:

⁹¹ Courtis, Christian. (2012). The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A New Instrument to Address Human Rights Violations. Global Policy. 3. 10.1111/j.1758-5899.2012.00200.

This procedure allows the Committee to initiate an inquiry when it receives reliable information indicating grave or systematic violations by a State Party of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Covenant.⁷ Similar procedures have shown to be effective under the Convention against Torture and the Optional Protocol to CEDAW. However, while in those instruments the State needs to make a declaration not to be bound by the inquiry procedure, the OP-ICESCR requires the State to make an express declaration to be bound by the procedure.

Seguindo a assertiva de Carlos Luiz Strapazzon e Francielly Glovacki de Quadros⁹² ao tratar sobre a exigibilidade dos direitos sociais, mencionam que o Protocolo Facultativo foi um marco inovador produzido pelo sistema universal de direitos humanos, com a entrada em vigor em 05 de Maio de 2013, garantindo a apresentação de queixas perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em caso de violações a direitos inseridos no Pacto, obedecido o esgotamento dos recursos pela jurisdição interna.

A regra é o esgotamento dos recursos internos para seu acesso, mas, em alguns casos, é possível o acesso sem o esgotamento dos recursos internos, são as hipóteses previstas no artigo 46, parágrafo 2, da Convenção:

- i) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para proteção do direito ou direitos que se alega tenham sido violados;
- ii) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los;
- iii) houver demora justificada na decisão sobre os mencionados recursos.

⁹² STRAPAZZON, Carlos Luiz; QUADROS, Francielly Glovacki de. A exigibilidade dos direitos sociais> uma primeira análise da teoria de Christian Courtis. In: Direitos sociais e políticas públicas. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista, Rogério Magnus Varela Gonçalves, Carlos Luiz Strapazzon – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fcd4d0ad75c6f5c> Acesso em: 10 set. 2020.

Vale ressaltar, o que é positivo, a evolução do reconhecimento da recente concepção acerca da efetividade dos direitos humanos, que dia após dia tem se fortalecido. Aliás, como bem pontua Héctor Gross Espiell⁹³:

Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta ideia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembleia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã, de 1968, e na Resolução da Assembleia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução nº 32/130).

Pela estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais foi possível constatar que estão em mesmo nível que os direitos civis e políticos tendo como resultado “idêntica exigibilidade judicial”, sendo imperioso refutar quaisquer teses que possam reduzir a importância dos direitos sociais em face dos direitos fundamentais de outra natureza.

No Brasil, o meio para a garantia do acesso à saúde vem assegurada pelo artigo 196, da Constituição Federal, e o direito à saúde classificado como um direito social fundamental; na ordem internacional deve também ser implementado progressivamente como bem dispõe o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, figurando como prioridade governamental e com necessárias implementações políticas no sentido de combater os problemas sociais.

⁹³ Héctor Gros Espiell, Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, San José, Libro Libre, 1986, p. 16-17.

No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais existem diversos dispositivos que dão a maior amplitude possível aos direitos essenciais, principalmente o respeito do direito à saúde, que, pelo artigo 10, item 3, o texto dispõe⁹⁴:

Deve-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Deve-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes, em trabalho que lhes seja nocivo à moral e à saúde, ou que lhes faça correr perigo de vida, ou ainda que lhes venha prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade, sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

Artigo 11

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medida apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Mais à frente, também atendendo aos comandos de efetivação do direito à saúde com a devida proteção⁹⁵, *in verbis*:

⁹⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. DECRETO n.º 591, DE 6 DE JULHO DE 1992 n.º DECRETO n.º 591, DE 6 DE JULHO DE 1992, de 6 de julho de 1992. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966; Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991; Considerando que a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi depositada em 24 de janeiro de 1992; Considerando que o pacto ora promulgado entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 27, parágrafo 2º; [S. I.], 6 jul. 1992.

⁹⁵ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. DECRETO n.º 591, DE 6 DE JULHO DE 1992 n.º DECRETO n.º 591, DE 6 DE JULHO DE 1992, de 6 de julho de 1992. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966; Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991; Considerando que a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi depositada em 24 de janeiro de 1992; Considerando que o pacto ora promulgado entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 27, parágrafo 2º; [S. I.], 6 jul. 1992.

Artigo 12 §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. §2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: 1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Portanto, denota-se pelo teor do quanto disposto neste Pacto, uma forte tendência para a máxima proteção aos direitos básicos ao ser humano, tais como a saúde física e mental, a diminuição das taxas de mortalidade, o que traduz um aumento da qualidade de vida, inclusive com a disposição de “uma melhoria contínua de suas condições de vida”.

Veja-se que a Organização Mundial da Saúde⁹⁶ (OMS) entende que Saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. Há que se mencionar, ainda, os demais princípios norteadores da OMS, e, como bem salienta Patrícia Werner⁹⁷:

estabelece os princípios que devem guiar a compreensão da saúde, que podem ser sintetizados nos seguintes pontos: (i) Igualdade: é um direito fundamental garantido a todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política e condição econômica social; (ii) Paz e segurança: a saúde de todos os povos é uma condição fundamental para atingir a paz e a segurança, por depender de uma ampla cooperação das pessoas e do Estado; (iii) Fomento e proteção evita o perigo comum: os resultados alcançados por cada Estado no fomento e desenvolvimento da proteção à saúde são valiosos para todos; principalmente, em relação às doenças

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Organização Pan-Americana da Saúde (org.). INDICADORES DE SAÚDE: Elementos Conceituais e Práticos (Capítulo 1). [S. l.]. Disponível em: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&limitstart=1&lang=pt. Acesso em: 25 maio 2020.

⁹⁷ WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à saúde. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>

transmissíveis que constituem um período comum; (iv) Desenvolvimento da criança: a criança tem uma importância fundamental, sendo indispensável o estímulo à capacidade de viver em harmonia com o mundo que muda constantemente; (v) Conhecimento: estender para todos os povos os benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins são essenciais para alcançar o mais alto grau de saúde; (vi) Informação: a opinião pública bem informada e a cooperação ativa por parte do público são de importância capital para a melhoria da saúde de um povo; (vii) Responsabilidade do Estado: o governo tem responsabilidade pela saúde de seu povo, principalmente, deve adotar medidas sanitárias e sociais adequadas.

Tais princípios norteadores do conceito de Saúde não podem ser olvidados, seja porque dão completude de sentido a ela, seja em razão de sugestão de limites conceituais que podem ser extraídos pela disposição da OMS.

Outro importante documento para todo o mundo é a Recomendação Geral n.º 14⁹⁸ de 2000 elaborada pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas sobre a Saúde que é o documento de maior didaticidade quando se busca o alcance do Direito à Saúde no campo global e prevê que toda pessoa tem direito de desfrutar do mais alto nível de saúde física e mental possível, reforçando logo no primeiro parágrafo que o Direito à Saúde é indispensável ao exercício dos direitos humanos, veja-se:

Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity. The realization of the right to health may be pursued through numerous, complementary approaches, such as the formulation of health policies, or the implementation of health programmes developed by the World Health Organization (WHO), or the adoption of specific legal instruments. Moreover, the right to health includes certain components which are legally enforceable.

Além dessa definição que alcança patamar global, é importante mencionar outros aspectos da Recomendação Geral sobre os parâmetros de alcance da Saúde, veja-se:

⁹⁸ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4).

3. The right to health is closely related to and dependent upon the realization of other human rights, as contained in the International Bill of Rights, including the rights to food, housing, work, education, human dignity, life, non-discrimination, equality, the prohibition against torture, privacy, ccess to information, and the freedoms of association, assembly and movement. These and other rights and freedoms address integral components of the right to health.

Vale esclarecer que o conceito adotado caminha muito além daquele restrito ao Preâmbulo, sendo, portanto, ampliativo, englobando uma enormidade de direitos que devem fazer parte de toda a defesa do ser humano no campo da Saúde veja-se:

4. In drafting article 12 of the Covenant, the Third Committee of the United Nations General Assembly did not adopt the definition of health contained in the preamble to the Constitution of WHO, which conceptualizes health as “a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. However, the reference in article 12.1 of the Covenant to “the highest attainable standard of physical and mental health” is not confined to the right to health care. On the contrary, the drafting history and the express wording of article 12.2 acknowledge that the right to health embraces a wide range of socio-economic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life, and extends to the underlying determinants of health, such as food and nutrition, housing, access to safe and potable water and adequate sanitation, safe and healthy working conditions, and a healthy environment.

Neste sentido, ainda, a Recomendação menciona que a noção do mais alto padrão de saúde alcançável leva em consideração tanto as condições biológicas e econômicas do indivíduo, quanto as condições do Estado para implementação de tais finalidades:

9. The notion of “the highest attainable standard of health” in article 12.1 takes into account both the individual’s biological and socio-economic preconditions and a State’s available resources. There are a number of aspects which cannot be addressed solely within the relationship between States and individuals; in particular, good health cannot be ensured by a State, nor can States provide protection against every possible cause of human ill health. Thus,

genetic factors, individual susceptibility to ill health and the adoption of unhealthy or risky lifestyles may play an important role with respect to an individual's health. Consequently, the right to health must be understood as a right to the enjoyment of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health.

Na Recomendação, a noção de saúde é abordada de modo a não se limitar ao direito à atenção sanitária oportuna e apropriada, mas também aos principais fatores determinantes da saúde, como o acesso à água potável, condições sanitárias e habitação adequada, condições sadias de trabalho e meio ambiente, acesso à educação e informação sobre questões relacionadas à saúde, inclusive a saúde sexual e a reprodutiva, dentre outros direitos dignos de proteção pelo Estado, levando-se em consideração, para tanto, quatro elementos importantes: Disponibilidade, Acessibilidade, Aceitabilidade e a Qualidade dos sistemas de saúde.

A Disponibilidade é requisito que envolve as instalações, bens e serviços de saúde pública em funcionamento e que devem estar disponíveis em quantidade suficiente que dependerão também do nível de desenvolvimento do Estado Parte.

Incluirão, para tanto, a segurança e água potável e instalações sanitárias adequadas, hospitais, clínicas e outros edifícios relacionados à saúde, pessoal médico e profissional treinado com recebimento de salários competitivos e medicamentos essenciais.

Quanto à Acessibilidade, prevê que os bens e serviços relacionados à Saúde devem estar disponíveis a todos sem qualquer tipo de discriminação, em conjunto com a jurisdição do Estado-Parte, compostas em quatro dimensões: Não discriminação, Acessibilidade Física, Acessibilidade econômica e a Acessibilidade à Informação.

Depois, deve constar a Aceitabilidade, requisito que se relaciona com o fato de que os Bens e Serviços da Saúde devem respeitar a ética médica e padrões culturais, com o respeito à cultura dos indivíduos, das minorias e melhorar o condição de saúde daquele que está envolvido com o acesso à Saúde.

Por fim, o critério da Qualidade no sentido de que estes bens e serviços relacionados à Saúde sejam no campo da Ciência e da Medicina apropriados e de boa qualidade. Requer, portanto, médicos de qualidade e medicamentos e demais bens públicos adequados.

O que é importante enfatizar é que o Comitê elevou a proteção da Saúde ao mais alto nível, sem distinções, destacando-se os doentes, as crianças e adolescentes, as mulheres, os idosos, indígenas, sendo vedado qualquer tipo de discriminação e medidas relacionadas à Saúde devem ser tomadas de maneira imediata. Nesta quadra, a posição de Victor Abramovich e Christian Courtis⁹⁹:

Sin lugar a dudas la interpretación amplia del derecho a la vida que realiza el CDH roza obligaciones del Estado que corresponden a algunos derechos sociales, como el derecho a un nivel de vida adecuado que comprenda estándares apropiados de vivienda y alimentación (art. 11, PIDESC) y el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12, PIDESC) dejando en claro la cada vez más difícil separación entre ambas categorías de derechos.

Existem até mesmo certas obrigações em nível internacional para o respeito ao direito à Saúde, para a completa realização e efetivação dos direitos da Convenção, conforme o que estabeleceu a Recomendação no parágrafo 38:

38. In its general comment No. 3, the Committee drew attention to the obligation of all States parties to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, towards the full realization of the rights recognized in the Covenant, such as the right to health. In the spirit of Article 56 of the Charter of the United Nations, the specific provisions of the Covenant (arts. 12, 2.1, 22 and 23) and the Alma-Ata Declaration on primary health care, States parties should recognize the essential role of international cooperation and comply with their commitment to take joint and separate action to achieve the full realization of the right to health. In this regard, States parties are referred to the Alma-Ata Declaration which proclaims that the existing gross inequality in the health

⁹⁹ “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, M. y Courtis, C. (compiladores): La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto-Cels, Bs. As., 1997, pág. 283/350.

status of the people, particularly between developed and developing countries, as well as within countries, is politically, socially and economically unacceptable and is, therefore, of common concern to all countries

Esses objetivos dos documentos internacionais apenas reforçam a existência dos direitos intrínsecos a todos os seres humanos, o que conduz à noção de obrigatoriedade de todos Estados para que deem efetividade aos direitos fundamentais, sem que, para tanto, seja preciso recorrer à Corte, tendo esta caráter último para que se alcance o direito pleiteado.

2.2. DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS (CONVENÇÃO AMERICANA E PROTOCOLO DE SAN SALVADOR)

2.2.1. A convivência dos instrumentos normativos no Sistema Regional Interamericano

Diante da necessidade da busca por um controle mais efetivo e com maior aplicabilidade dos direitos essenciais, importante se faz a reflexão dos parâmetros de proteção regional dos direitos internacionais fundamentais, diante do componente geográfico-espacial. O sistema regional certamente não ofuscará a importância do global, e sim servirá como fiscalizador regional da implementação desses direitos.

A internacionalização dos direitos humanos em âmbito regional terá por base o arcabouço de normas e tratados existentes em nível global advindos da International Bill of Rights e demais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, mas, aqui, cuidando de determinada região, analisando os instrumentos normativos que orientam os respectivos países, a compatibilidade e costume de determinada Nação, a fim de que se encontre um ponto de tangenciamento normativo, fazendo-se possível notar o grau de efetividade da aplicação das disposições previstas na esfera global dentro do sistema regional, bem como suas particularidades normativas que por vezes aprofundam a proteção dos Direitos sociais, em especial aqueles relacionados à Saúde.

É, na postura adotada por Flávia Piovesan¹⁰⁰, a convivência do sistema global que se integra pelos instrumentos das Nações Unidas pela Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e demais Convenções como instrumentos do sistema regional de proteção que é integrado pelo sistema interamericano, europeu e africano, todos buscando a maior proteção possível dos direitos humanos.

Ao tratar do surgimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é plenamente possível associar seu desenvolvimento ao discurso jurídico dos Tribunais, bem como em razão de uma pretensão de ruptura com a ditadura a fim de redemocratizar os países que tivessem interesse em participar deste sistema regional, além da discussão acadêmica e do discurso voltado à implementação do referido Sistema. Acompanhando a postura, Victor Abramovich¹⁰¹ ensina que:

Muitos países da América Latina ratificaram tratados de direitos humanos e se integraram ao SIDH na etapa das transições para a democracia, como uma forma de antídoto para afastar o risco de retrocessos autoritários, unindo seus sistemas políticos e legais ao “mastro” da proteção internacional. Abrir os assuntos de direitos humanos ao escrutínio internacional foi uma decisão funcional aos processos de consolidação da institucionalidade durante as transições, pois contribuiu para ampliar as garantias dos direitos fundamentais num sistema político demarcado por atores militares com poderes de veto, e pressões autoritárias ainda poderosas.

Há na Constituição da República Federativa do Brasil, no ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispositivo no sentido de que o Brasil ficará responsável pela formação de um Tribunal internacional dos direitos humanos.

Não há aceitação do Brasil na submissão à Corte Internacional da Organização das Nações Unidas, o que, no entanto, autoriza o acesso à Corte Interamericana de

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 327.

¹⁰¹ ABRAMOVICH, Víctor. Das Violações em Massa aos Padrões Estruturais: Novos Enfoques e Clássicas Tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, [s. l.], v. 6, ed. 11, 1 dez. 2009.

Direitos Humanos que compõe o Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos, podendo, por meio da referida Corte ser eventualmente responsabilizado.

Assim, o Sistema Interamericano tem como principal instrumento normativo a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê existência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Vale salientar, que tanto as regras do sistema global, quanto as do sistema regional devem estar em compasso com os princípios e as regras, sempre em consonância com os valores da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O que se permite ao sistema regional é a criação de novos direitos compatíveis com suas leis e costumes, com possibilidade de aperfeiçoamento destas, sempre seguindo a orientação legislativa das regiões e atendendo as suas necessidades individuais e considerando-as como integrantes de um mesmo cenário geográfico-espacial. Os sistemas global e regional coexistem, se complementam¹⁰²: “Logo, os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional.”

Nessa linha de raciocínio e tendo como norte, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos devem viabilizar o real exercício dos direitos lá expostos pelos destinatários. Pelo ensinamento de Cançado Trindade¹⁰³:

Na apreciação do “impacto” de tratados nas relações internacionais, tanto o bilateralismo quanto o multilateralismo têm angariado adeptos. Certamente que a multilateralização dos contatos internacionais é um fenômeno hodierno da maior importância, e muitos Estados têm identificado no multilateralismo um fator até certo ponto compensador ou neutralizador de suas desigualdades de poder no cenário internacional. O multilateralismo acompanhou naturalmente a ascensão e expansão dos organismos

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 330.

¹⁰³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito das Organizações Internacionais. 3^a. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003. 653 p. 620.

internacionais. Em nosso continente, há os que hoje vislumbram um gradual distanciamento do bilateralismo do passado (que se mostrava defensivo, como produto da confrontação) e uma crescente tendência a atribuir maior importância ao multilateralismo paralelamente ao surgimento dos interlocutores “ciáveis” vis-à-vis a superpotência na região (como, e.g. Argentina, Brasil, México e Venezuela).

Este entendimento conduz o intérprete à noção de que os tratados internacionais e demais normas de direito internacional devem, obrigatoriamente, ser respeitados por todos e a efetividade dos Direitos Humanos deve ser compreendida também pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em que o Brasil tenha consentido em participar.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como bem acentua Víctor Abramovich¹⁰⁴:

diferente do período da ditadura, sua intervenção em determinados assuntos domésticos pode obedecer a relações de coordenação ou articulação com diversos atores locais, públicos e sociais, que participam tanto da formulação das demandas perante a instância internacional, quanto dos processos de implementação de suas decisões específicas ou de seus standards gerais no âmbito interno.

Em nível regional, pela necessidade de proteção e regulamentação desses direitos fundamentais internacionais, foi então elaborado um tratado internacional entre os países integrantes da Organização dos Estados Americanos denominado de Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, com entrada em vigor em 1978, e que em razão do local da assinatura, também ficou conhecida como ‘ Pacto de San José da Costa Rica. ’

Referido documento é o principal tratado do sistema interamericano de direitos humanos e os Estados que consentiram em se submeter e comprometeram-se a

¹⁰⁴ ABRAMOVICH, Víctor. Das Violações em Massa aos Padrões Estruturais: Novos Enfoques e Clássicas Tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, [s. l.], v. 6, ed. 11, 1 dez. 2009.

respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que se sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação.

No âmbito do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ficou convencionado que os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto internamente como mediante a cooperação entre os Estados, em especial econômica e técnica até o máximo dos recursos disponíveis – Reserva do Possível – a partir da análise de seu nível de desenvolvimento, viabilizando progressivamente e em consonância com a legislação interna a integral efetividade dos direitos reconhecidos.

A partir dessa análise, é importante esclarecer que a Convenção apresenta a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos que terão competência para avaliar casos cujas violações dos direitos humanos mostraram-se latentes dentre os países que integram a Organização dos Estados Americanos e que serão a seguir analisados.

2.2.2. As atribuições da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Convenção basicamente reforça a previsão normativa já estabelecida pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, destacando, com este, o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, aquele direito de não ser submetido à escravidão, direito à liberdade, julgamento justo, direito à compensação por erro judiciário, direito à privacidade, liberdade de consciência e religião, liberdade de pensamento e expressão, direito à resposta, liberdade de associação, direito ao nome, nacionalidade, participação do governo, igualdade perante a lei e proteção judicial.

Entretanto, tal Pacto ou Convenção não se expressa especificamente sobre direitos sociais, culturais, ou econômicos e o documento que supre tal lacuna é o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que se limita apenas a mencionar que os Estados deverão alcançar progressivamente a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas.

Veja-se que a implementação progressiva dos direitos sociais parece uma disposição abstrata em demasiado e na visão deste autor, carece de força legislativa e desobriga aos Estados que fazem parte de referido Pacto, e, se se considerar apenas a disposição literal, poder-se-ia pensar em uma abertura de portas para um possível atraso da implementação de direitos sociais pelos Estados.

Foi em razão de tal insegurança e carência de imperatividade da Convenção que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção com previsão dos Direitos Sociais, econômicos e culturais, denominado de Protocolo de San Salvador.

Tal Protocolo passou a obrigar cada Estado a assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, de maneira igualitária, sem qualquer discriminação, passando então, as disposições deste Protocolo terem uma maior aplicabilidade e obrigatoriedade. Neste sentido, Flávia Piovesan¹⁰⁵ concorda com Thomas Buergenthal, ao mencioná-lo no seguinte entendimento:

Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana.

Enfatiza, ainda que¹⁰⁶: “Os Estados têm, conseqüentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, eles têm a obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e tem o dever de adotar as medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício desses direitos.”

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 334.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 334.

Assevera-se que a Convenção Americana estabelece um monitoramento e implementação de todos os direitos por ela expressos, e tal monitoramento deve ser realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que serão oportunamente enfatizadas para a compreensão integral dos direitos sociais da Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial o Direito à Saúde e como é que o Tribunal respectivo vem se manifestando em suas decisões.

Esta análise é de suma importância para que se possa entender como a Corte que conduz as demandas do Continente americano vem protegendo o complexo de normas escritas em nível global, composta pela Carta de Direitos da ONU, bem como, pela validade que dá a sua legislação em nível regional, a bem dizer, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

E uma vez estabelecendo uma análise das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, poder-se-á fazer uma comparação com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de instância constitucional máxima do Poder Judiciário brasileiro, que, apesar de ser autônomo deve repetir tais decisões, em razão de o Brasil ser signatário das Convenções protetivas de Direitos Humanos assinaladas.

À Comissão Interamericana de Direitos Humanos, então, compete a elaboração de recomendações aos governos dos Estados-partes, com a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos, preparar estudos e relatórios, solicitar aos governos as medidas que foram adotadas para implementação dos direitos, bem como a submissão de relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Em síntese, a admissibilidade de uma petição apresentada que, se não tiver motivos para prosseguimento, será arquivado, mas, caso a ela seja dado prosseguimento, será a alegação investigada pela Comissão, e posteriormente, objeto de uma possível solução amigável.

Caso, contudo, não se chegue a uma solução, a Comissão elaborará um relatório de recomendações para que os Estados-parte cumpram as recomendações em três meses, que, ultrapassado o prazo, por maioria absoluta decidirá se foram obedecidas tais recomendações.

Poderá, entretanto, a contenda ser solucionada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos dentro do período de três meses acima referido; mas, se a Comissão decidir pela maioria absoluta, a solução não poderá ser tomada pela Corte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão jurisdicional do sistema regional e tem competência consultiva e contenciosa. Quanto à primeira, ocorrerá a interpretação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e Tratados protetivos dos Direitos Humanos nos Estados Americanos e o caráter jurisdicional terá campo quando houver controvérsia sobre a interpretação ou aplicação da Convenção.

Urge salientar, no contexto, que as decisões proferidas pela Corte têm caráter vinculado e não podem ser negligenciados pelos Estados e, como bem assevera Marcelo Di Rezende¹⁰⁷:

é inaceitável a idéia do não cumprimento da determinação da Corte visto que o caso só é submetido à avaliação desse mecanismo de defesa dos direitos humanos quando esgotados os recursos do Direito Interno para resolução do mesmo. Desta forma, o Brasil está obrigado a cumprir a sentença prolatada pela Corte da mesma maneira como cumpre as decisões emitidas pelo Poder Judiciário brasileiro, tanto em razão da ratificação da Convenção Americana, como da submissão à jurisdição contenciosa da Corte. País algum pode negligenciar o cumprimento da sentença da Corte argumentando incapacidade de ajustes das diretrizes internas.

Tecidas estas considerações a respeito das atribuições da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cumpre, agora, a apresentação dos capítulos em que os instrumentos normativos representados pela Convenção Americana e seu Protocolo fazem previsão expressa da proteção do Direito à Saúde,

¹⁰⁷ BERNARDES, Marcelo. A aplicabilidade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. 2011. Publicado na Revista da PUC – Goiás.

para que, posteriormente, sejam abordadas as decisões proferidas pela Corte Interamericana e qual a solução judicial de litígios apresentada no campo internacional.

2.2.3. A Proteção do Direito à Saúde na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador

Nesta senda, cumpre abordar, antes da análise das decisões mais emblemáticas da Corte, os dispositivos que constam da Convenção Americana de Direitos Humanos a fim de que se possa identificar em quais momentos ela se preocupou em proteger o direito fundamental à saúde e sua compatibilidade com a previsão na ordem global. Veja-se o rol de direitos relacionados à saúde¹⁰⁸:

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

¹⁰⁸ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ASSINADA NA CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, SAN JOSÉ, COSTA RICA, EM 22 DE NOVEMBRO DE 1969). Convenção, de 22 de novembro de 1969. Os Estados americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria, Convieram no seguinte: [S. I.], 22 nov. 1969.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Artigo 15. Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 16. Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 22. Direito de circulação e de residência

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Em sentido de reforço, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o de San Salvador, com a pretensão de buscar uma constante evolução e aperfeiçoamento dos direitos da pessoa com a progressiva implementação, estabelece, a respeito do Direito à Saúde, em seu artigo 10:

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
 - f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Diante do teor do respectivo artigo relacionado à questão da Saúde sob a perspectiva interamericana, o Grupo de Trabajo para el análisis de los Informes Nacionales Previstos en el Protocolo de San Salvador, da OEA¹⁰⁹ estabeleceu a seguinte análise:

65. El artículo 10 del Protocolo de San Salvador expresa en relación con este derecho que: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos

¹⁰⁹ Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. Organización de los Estados Americanos. Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador. 2ª Edição, P. 52.

los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”. 66. El Protocolo hace referencia a la satisfacción del derecho en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria en Salud (APS) y el desarrollo progresivo y continuo de un sistema con cobertura para toda la población del país.

67. El Comité DESC, en su Observación General N° 14, ha señalado que ...“El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados (...): a) Disponibilidad: cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud (...); b) Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna (...); ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA(...); iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos; iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud (...); v) Aceptabilidad: Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida (...); y vi) Calidad: además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos,

bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas” (...). 68. Concordantemente, los indicadores y señales de progreso solicitados a los Estados Parte siguen el anterior criterio, sumadas a las pautas y recomendaciones aprobadas en materia de la salud por los Estados miembros de la OEA, en especial las propuestas por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) que ya ha desarrollado en forma específica vinculada al siguiente mecanismo de indicadores.

O Protocolo San Salvador se preocupou em proteger os direitos humanos e dispor que aos Estados caberia estabelecer hipóteses de restrições ao exercício dos direitos do Protocolo por leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral de uma sociedade, e, no campo da Saúde sendo forçosa a previsão de que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

Há realmente uma preocupação com a Saúde; sendo que tanto em nível global como em sede de proteção regional, os respectivos sistemas normativos se preocuparam em prever expressamente o direito à saúde, apenas sendo importante mencionar que em sede regional, ele foi apenas reiterado, o que demonstra a posição de importância da proteção ao direito à saúde.

Tanto pelo quanto delimitam as normas da Declaração Universal de Direitos Humanos, seja por aquelas formadas pelas Convenções Interamericanas de Direitos Humanos, é de grande valia que se traga a definição de ‘saúde’ pelos órgãos mundiais e regionais de controle.

Assim como no campo Internacional global, tem-se a orientação dada pela OMS já mencionado no tópico anterior, no regional existe a Organização Pan-Americana da Saúde¹¹⁰ (OPAS) que é um organismo internacional atuante como

¹¹⁰ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Organização Pan-Americana da Saúde (org.). Disponível em: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&limitstart=1&lang=pt. Acesso em: 25 maio 2020.

Escritório Regional da OMS entre as Américas e integra a ONU e a OEA, tendo como competências:

i) A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) trabalha com os países das Américas para melhorar a saúde e a qualidade de vida de suas populações. Fundada em 1902, é a organização internacional de saúde pública mais antiga do mundo. Atua como escritório regional da Organização Mundial da Saúde (OMS) para as Américas e é a agência especializada em saúde do sistema interamericano.

ii) O organismo internacional oferece cooperação técnica em saúde a seus países membros; combate doenças transmissíveis e doenças crônicas não transmissíveis, bem como suas causas; e fortalece os sistemas de saúde e de resposta ante emergências e desastres.

iii) A OPAS está comprometida em conseguir que cada pessoa tenha acesso à atenção de saúde da qual precisa, com qualidade, sem ter que passar por dificuldades financeiras. Em seu trabalho, promove e apoia o direito de todas e todos à saúde.

iv) Em sua sede regional, estabelecida em Washington D.C., Estados Unidos, a OPAS/OMS lidera seus 27 escritórios em países da região e três centros especializados. Impulsiona decisões baseadas em evidências para melhorar a saúde das pessoas e promove saúde como a força motriz do desenvolvimento sustentável.

Como bem salientado por Patrícia Werner¹¹¹, as atividades da OPAS são dirigidas visando a (i) busca da equidade nas ações que beneficiem grupos mais vulneráveis, em especial, as mães e as crianças, os trabalhadores, os mais pobres, os mais velhos, os refugiados e os desabrigados; (ii) o empreendido para deter epidemias como a de cólera, através da elaboração de planos nacionais de

¹¹¹ WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à saúde. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>

emergência e de planos regionais de investimentos em meio ambiente e saúde; (iii) acelerar a promoção de estilos de vida saudáveis, prevenindo os problemas de saúde típicos do desenvolvimento e da urbanização, como as enfermidades cardiovasculares, câncer, diabetes, acidentes de trânsito, fumo, drogas e alcoolismo, através da utilização de tecnologias modernas de comunicação e atividades de informação, educação e promoção de saúde; (iv) reconhecer, neste contexto, que as organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, contribuem para o atendimento à saúde, promovendo o diálogo entre a sociedade, estas instituições e os ministérios da saúde.

Com efeito, veja-se que toda a questão encontra amparo na dignidade da pessoa humana, em todos os direitos essenciais por ocuparem uma posição relativamente superior aos direitos fundamentais, afinal de contas é na classificação de Flávia Piovesan, superprincípio, e, portanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹² também se preocupou em prevê-lo, veja-se:

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

¹¹² CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ASSINADA NA CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, SAN JOSÉ, COSTA RICA, EM 22 DE NOVEMBRO DE 1969). Convenção de 22 de novembro de 1969. Os Estados americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria, Convieram no seguinte: [S. I.], 22 nov. 1969.

Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

De fato, que os Tratados e regramentos em âmbito global e regional são absolutamente compatíveis com a legislação brasileira é incontestável; o mesmo se diga com relação aos Princípios, que na verdade são enunciados, capazes de conferir validade e eficácia a alguma norma, dando a ela o sentido adequado, funcionando, por vezes, como orientadores para a mais correta exegese normativa. Este, aliás, também é o entendimento de Augusto Cançado¹¹³:

Historicamente, foi a partir das sucessivas Conferências Internacionais Americanas que tratados internacionais multilaterais vieram a exercer sua função nas relações interamericanas (na criação de obrigações específicas); porém, ao surgirem problemas de insuficiência de ratificações e reservas, passou-se a recorrer a resoluções e declarações (enunciado princípios gerais). Estas últimas logo se tornaram bem mais numerosas que tratados, bastando lembrar que somente na VIII Conferência em Lima, em 1938, foram adotadas 112 resoluções e declarações. Tais instrumentos tiveram naturalmente grande importância no desenvolvimento do sistema interamericano. Do ponto de vista das resoluções adotadas, destacaram-se as três Conferências Interamericanas mais marcantes as de Buenos Aires em 1936, Lima em 1938, e México em 1945.

Neste sentido, diante da normatividade de Proteção ao Direito Internacional de Direitos Humanos, passa-se a examinar como é que as decisões da Corte

¹¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O impacto de tratados e resoluções nas relações internacionais na América Latina. R. Inf. Legisl. Brasília, [s. l.], 1982.

Interamericana de Direitos Humanos tem resolvido suas demandas, e, mais à frente, com a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal será possível encontrar similitudes ou descompassos, a fim de que se entenda se a provocação por uma solução pelo Poder Judiciário tem sido realmente um bom mecanismo de pacificação de conflitos na Saúde ou se os Tribunais vem desrespeitando as disposições de seus respectivos sistemas normativos homenageando os direitos fundamentais.

Como bem salienta Malcom Langford¹¹⁴, baseado na previsão do Comentário Geral Número 3 do Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, os Estados têm a obrigação de adotar medidas adequadas para implementar progressivamente a plena realização dos direitos dentro dos recursos disponíveis e a obrigação mínima de assegurar que pelo menos os níveis mínimos de cada direito sejam atingidos, recaindo sobre o Estado a obrigação de provar caso afirme não ser possível a implementação por falta de recursos, cabendo ao Poder Judiciário solucionar em caso de omissão ou deficiência na prestação estatal mínima.

O caminho que se pretende com referida análise – a regional internacional em um primeiro momento e, posteriormente pelas decisões do Supremo Tribunal Federal será estabelecendo uma valoração principiológica, compatibilizando as decisões dos Tribunais aos direitos essenciais à sobrevivência do ser humano – em especial o direito à saúde e contra a arbitrariedade e omissão dos demais Poderes.

2.3. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE

Chegado o momento de se prosseguir, então, com análise de algumas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no campo da Saúde em que serão inicialmente analisadas decisões proferidas contra outros países e, no capítulo seguinte, as decisões em que o Brasil foi responsabilizado, justamente para que se identifique o respeito à Saúde.

¹¹⁴ LANGFORD, Malcom. Judicialização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Âmbito Nacional: Uma Análise Socio-Jurídica. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, [s. l.], v. 6, ed. 11, 1 dez. 2009.

Frisa-se quanto à competência para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgue esses casos de direitos fundamentais e segundo a doutrina de Marcelo Di Rezende¹¹⁵, a Corte Interamericana é um órgão jurisdicional internacional com autonomia e com competência contenciosa para julgar e condenar um Estado-membro em razão de violação a direitos humanos, sendo, então, responsável pela interpretação e aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A iniciar pelo caso¹¹⁶ conhecido como Poblete Vilches y otros vs Chile, com sentença datada de 08 de março de 2018, houve uma importante alteração de entendimento se relacionado com aquela previsão já mencionada no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos que previa que, dentre outros, os direitos sociais deveriam ser implementados progressivamente.

Foi a primeira vez que a Corte decidiu sobre o direito à saúde de forma autônoma, como parte integrante dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), na interpretação do artigo 26 da Convenção, bem como sobre os direitos pessoas mais velhas.

No caso, ocorreram duas internações no Hospital Público Sótero del Río. Em relação ao Primeiro, o Sr. Poblete Vilches entrou no hospital em 17 de janeiro de 2001 em razão de uma insuficiência respiratória grave e ficou internado por quatro dias nos cuidados intensivos médicos.

Em 22 de janeiro de 2001, entrou na Unidade de Terapia Intensiva Cirúrgico. Foi submetido a uma intervenção, quando estava inconsciente, sem ter obtido o consentimento mesmo de seus parentes. Em 2 de fevereiro, 2001 Poblete recebeu alta antecipadamente, sem maiores indicações e seus familiares tiveram que contratar uma ambulância particular para transportá-lo para sua casa, porque o hospital não contava com nenhuma ambulância disponível.

¹¹⁵ BERNARDES, Marcelo. A aplicabilidade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. 2011. Publicado na Revista da PUC – Goiás.

¹¹⁶ CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, nº 348, § 184.

Então, na data de 05 de fevereiro de 2001, o Sr. Poblete Vilches se dirigiu ao mesmo hospital pela segunda vez, onde permaneceu na unidade de atendimento intermediário, apesar do prontuário médico indicar que ele deveria ocupar lugar na internação de terapia intensiva. Ele precisava de um respirador mecânico, o que não foi disponibilizado e ele que acabou por falecer em 7 de fevereiro de 2001.

Foi diante desta tragédia que seus parentes ajuizaram uma queixa criminal para apuração da responsabilidade do Estado.

No caso mencionado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma Sentença declarando, por unanimidade, a responsabilidade internacional do Chile por não garantir ao Sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches seu direito à saúde sem discriminação, por meio de serviços básicos e urgentes em resposta à sua situação especial de vulnerabilidade como idoso, o que levou à sua morte, bem como quanto aos sofrimentos decorrentes da negligência do paciente.

A Corte declarou, ainda, que o Estado violou o direito de obter consentimento informado por substituição e acesso a informações relacionadas à saúde, em prejuízo do Sr. Poblete e de seus familiares, prejudicando, também, o direito ao acesso à justiça e à integridade pessoal dos Parentes do sr. Poblete.

A bem de completar o sentido da norma estampada no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, depois de tão grave violação pelo Estado em não fornecer o respirador ao paciente idoso, a sentença¹¹⁷ estabeleceu que:

Resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derecho económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la [OEA], así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención.

¹¹⁷ CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, nº 348, § 184.

Mais à frente, referida decisão observou a existência de dois tipos de obrigação quais sejam a adoção de medidas gerais de maneira progressiva e a adoção de medidas de caráter imediato, veja-se¹¹⁸:

La realización progresiva significa que los estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados.

Nota-se, da decisão acima apontada, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não só obedeceu e seguiu os ditames estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos ao prever que os direitos sociais seriam implementados pelos Estados de maneira progressiva, como conferiu ao artigo 26 uma interpretação extensiva, ao determinar um prazo para a implementação desses direitos sociais que passam a ter um caráter mandatário.

O que é importante enfatizar é que o Hospital não contava com estrutura adequada seja em razão da falta de respiradores, seja em razão da falta de ambulâncias para transportes dos enfermos, violando tanto o direito à saúde quanto o direito à vida, um decorrente do outro.

Além disso, e independentemente do que fosse alegado, não se poderia, de forma alguma, onerar aquele conjunto de direitos básicos de que todo o ser humano tem direito ao mínimo existencial, que tem superioridade, inclusive, sobre a Reserva do possível.

¹¹⁸ CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, nº 348, § 184.

Na visão pretendida, impossível falar-se em uma superposição da teoria da Reserva do Possível – que determina certos limites ao Estado retirando sua obrigação de dar efetividade aos direitos sociais que dependeria de suficiência de recursos públicos e de previsão orçamentária de alguma despesa.

Malcom Langford¹¹⁹, ao tratar sobre a efetividade dos direitos sociais e econômicos no limite dos recursos do Estado, menciona que “a receptividade do poder judiciário a casos relacionados com direitos sociais, particularmente referentes a obrigações positivas, em geral depende de evidências claras da falta de cumprimento por parte do Estado ou de particulares de suas obrigações”, asseverando, nesta ordem de ideias que se verifica um sofrimento desumano em razão da negativa do Estado em dar cumprimento à sua legislação o que tem gerado a jurisprudência em inúmeros países.

Este Trabalho, dentre outras posturas, também filia-se à de Carolina Silva Portero¹²⁰ ao afirmar categoricamente que “Una de las obligaciones en relación con la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, es la obligación de garantizar, la cual encuentra su fundamento en el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos” e “La obligación de garantizar derechos económicos, sociales y culturales, por parte del Estado, supone la adopción de medidas positivas, es decir, se requiere de una prestación estatal para asegurar estos derechos.”

Parece paradoxal uma postura rechaçando a efetividade dos direitos sociais em detrimento de uma teoria que depende da disponibilidade de recursos, isto porque é impensável desprestigiar-se o direito à saúde de qualquer integrante da sociedade civil em detrimento de qualquer questão orçamentária que fosse.

Assim, aquele conteúdo genérico e abstrato do texto do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos tratando da progressividade, passa a ter um caráter

¹¹⁹ LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 11, p. 99-133, dez/ 2009. P. 105.

¹²⁰ PORTERO, Carolina Silva. LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: El caso de las asignaciones presupuestarias. **Los derechos sociales del acceso a la información a la justiciabilidad**, Centro de Derechos Humanos Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador. P. 62.

de obrigatoriedade, e também se nota um avanço em sua interpretação porque ela já não mais vigora sem prazo na espera da implementação dos direitos pelos Estados, aqui ela passa a ter um prazo para a implementação, sob pena de ser responsabilizada.

Em outro caso similar, conhecido como Caso Cuscul Pivaral¹²¹ y otros Vs. Guatemala, referem-se a 34 portadoras do vírus HIV na Guatemala, sendo que 15 pessoas que viviam com o vírus já haviam morrido.

O caso foi apresentado ao Tribunal, sob a alegação da falta de atendimento médico estatal a esse grupo de pessoas, bem como a falta de proteção judicial adequada com violações à saúde, o direito à vida, integridade pessoal e garantias judiciais e proteção judicial.

Por esse motivo, o Tribunal analisou os fatos do caso em relação a três questões: 1) a situação do HIV na Guatemala; 2) a identificação das vítimas e seus parentes; e 3) os recursos e ações movidos por eles perante o Tribunal de Constitucionalidade.

Quanto ao primeiro elemento, o Tribunal observou a existência de várias disposições legislativas relativas à proteção do direito à saúde e às obrigações do Estado relacionados ao cuidado de pessoas vivendo com HIV. Nesse sentido, o Tribunal destacou que a Guatemala reconhece a infecção pelo HIV como um problema social urgente nacional.

Quanto ao segundo elemento, o Tribunal constatou que as 49 vítimas do caso foram diagnosticadas com HIV entre os anos de 1992 e 2004, e que a maioria deles não teria recebido nenhum atendimento médico antes de 2004.

Constatou, ainda, que algumas tinham uma ou mais das seguintes condições: doenças oportunistas e, em alguns casos, eles morreram por essas doenças, eram pessoas de recursos limitados, eram mães ou pais que eram o sustento econômico e

¹²¹ Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, párr. 63.

/ ou moral de seus filhos com baixa escolaridade, os efeitos de sua condição de pessoas que vivem com HIV não lhes permitiram realizar a mesma atividade que praticavam antes da infecção, moravam em áreas longe de clínicas onde deveriam receber atenção médica ou eram mulheres grávidas. Além disso, o Tribunal fez uma análise dos fatos comprovados de cada uma das vítimas e seus familiares - anexo 3 da Sentença.

Quanto ao terceiro elemento, o Tribunal de Justiça remeteu o recurso de 13 das vítimas perante o Tribunal Constitucional. Neste recurso, os demandantes requereram que o Tribunal Constitucional declarasse que o Estado tinha a obrigação de garantir a vida das vítimas através de uma política de compra e distribuição de tratamentos anti-retrovirais.

Em resposta, o Presidente da República autorizou um item do orçamento para "Atender aos requisitos das pessoas com HIV / AIDS". Os demandantes alegaram que embora algumas ações tenham sido tomadas pelo Presidente, ainda subsistiam as razões que motivaram a ação.

Por isso, solicitaram ao Tribunal Constitucional a ordenação para que o Estado emitisse políticas públicas que garantissem os direitos das pessoas que vivem com HIV. O Tribunal Constitucional, levando em consideração as ações do Presidente da República, considerou que a queixa cessou devido à declaração inadmissível dos demandantes.

Foi em razão desta situação que em 23 de agosto de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma Sentença declarando a responsabilidade internacional do Estado da Guatemala em razão de violações de vários direitos violados contra 49 pessoas que vivem ou viveram com HIV e seus parentes.

O Tribunal identificou que diferentes omissões pelo Estado para o tratamento médico das vítimas violaram a garantia do direito à saúde e que o impacto dessas omissões causou violações do direito à saúde, direito à vida e à integridade pessoal de alguns deles.

Além disso, o Tribunal determinou que a falha em garantir atendimento médico adequado a duas mulheres gestantes vivendo com HIV constituíram um ato de discriminação e que a inação do Estado em defesa do direito à saúde da população que vive com o HIV na Guatemala constituiu uma violação do princípio da progressividade prevista no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Tribunal ainda constatou a existência de várias deficiências na resolução de um recurso judicial manejado por 13 das vítimas perante o Tribunal Constitucional da Guatemala, que constituía violações de garantias judiciais e proteção judicial.

Por fim, constatou que o impacto na saúde, na vida e na integridade das vítimas também atingiu o direito à integridade pessoal de seus parentes.

Em linhas gerais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou que o direito à saúde é autônomo e possível de se judicializar e que é derivado “de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia e cultura contenidas en la Carta de la OEA”, determinado, assim, o alcance do direito à saúde e os correlatos a pessoas que vivem com HIV, à luz da norma internacional que trata sobre a matéria, concluindo que “incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención.”

Além da Corte Interamericana ter dado força aos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos – em nível global, e na Convenção Americana de Direitos Humanos, o “Pacto de San José da Costa Rica” – nível regional, conferiu efetividade aos Direitos Básicos assinados pelos Estados.

Veja-se que a concepção de prevenção de doença encontra força internacional, não cabendo apenas a proteção à saúde quando já estiver acometido da doença ou então correndo risco de vida, e sim, muito antes, ou seja, na prevenção.

Tal interpretação é extensiva a todas as demais causas relacionadas à saúde e outros direitos fundamentais; em âmbito internacional restou clarividente que a Corte conferiu um sentido mais amplo e consolidou o alcance da progressividade dos direitos sociais.

O que saltou aos olhos é que os direitos sociais já têm prazo para implementação, diferentemente de antes, e, além disso, não são concedidos somente quando o paciente já se encontra em estado terminal, deve o Estado conferir a ele o acesso a todos os procedimentos inerentes ao tratamento.

Analisando as decisões recentes proferidas pela Corte, esta preocupou-se em dar ao direito à saúde, o sentido mais extensivo possível, tratando, inclusive, da obrigatoriedade pelo Estado no fornecimento de medicamentos para os pacientes que necessitem, sem, contudo, adentrarem à questão da falta de estrutura orçamentária do Estado na concessão destes.

Portanto, a interpretação mais correta para estas decisões caminha no sentido de que não importa qual o nível de tratamento ou do medicamento; caso o Estado deixe de fornecê-los aos pacientes, ele deverá sofrer as responsabilidades e ainda que não determinadas pelo próprio Estado, poderão ser ordenadas pela Corte Internacional.

Tal entendimento tem consonância com o texto da Constituição Federal de 1988 ao proteger a saúde e determinar que cabe ao estado a prestação desse direito, bem como pelo fato de que o Brasil é signatário dos Tratados de Direitos Humanos em nível internacional, o que além de reforçar sua obrigatoriedade na prestação desses direitos sociais, em especial o direito à saúde, confere ainda maior certeza de proteção quando se exige a implementação desses direitos em nível internacional,

sem haver a necessidade de se mencionar a respeito da questão da reserva do possível. Como bem assentado por Juana María Ibáñez Rivas¹²²:

ambas sentencias desarrollaran las obligaciones a cargo del Estado en materia de DESCA, diferenciando entre aquellas de naturaleza progresiva y aquellas de naturaleza inmediata, todas plenamente justiciables a la luz de la Convención. Por último estas sentencias tienen la virtud de haber ordenado reparaciones integrales con efoque DESCA, demostrando que las exigencias del nexo causal se mantienen frente a las violaciones cometidas contra dichos derechos y que, nuevamente, el Tribunal apuesta por reparaciones con efecto transformador.

Enfatiza-se, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi recepcionada pelo Brasil somente em 1998, o que reflete no baixo número de casos em trâmite, bem como julgados pela referida Corte, mas que não impede de verificar uma postura da Corte em relação às omissões do Brasil no campo da Saúde, o que se verificará na discussão a seguir.

2.4. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE CONTRA O BRASIL

Em que pese ainda existirem poucas Decisões proferidas sobre a questão da saúde em que o Brasil é envolvido dado o recente reconhecimento e recepção da Corte, é cediço que se mencione um dos casos mais emblemáticos, o famoso caso Damião Ximenes Lopes¹²³, em que na data de 04 Julho de 2006, o Brasil foi condenado por maus-tratos sofridos pela vítima que era portadora de transtorno mental em uma clínica psiquiátrica no estado do Ceará por ter violado os direitos à vida, à integridade física e à proteção judicial eis que a vítima faleceu três dias após a internação.

¹²² RIVAS, Juana Maria Ibañez. Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional. [S. l.]: Editora JudPodivm, 2019. 751 p. 259.

¹²³ Corte IDH. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, N. 149. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em: 28 setembro 2020.

A vítima foi admitida em 1 de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, que era um centro psiquiátrico privado, operando no âmbito do sistema público saúde do Brasil, denominado Sistema Único de Saúde (doravante denominado “Sistema Único de Salud” ou “SUS”), no município de Sobral, Ceará. Sr. Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999, dentro da Casa de Repouso Guararapes, ao final de três dias de internação.

Em síntese, a Comissão apresentou a demanda para que o Tribunal decidisse se o Estado seria responsável pela violação dos direitos consagrados no Artigos 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal), 8 (Direito à vida) Garantias Judiciais) e 25 (Direito à Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os Direitos) violados em prejuízo do Sr. Damião Ximenes Lopes (doravante “o Sr. Damião Ximenes Lopes ”, “ Sr. Ximenes Lopes ”ou“ a suposta vítima ”), pelas supostas condições desumanas e degradantes da hospitalização do Sr. Damião Ximenes Lopes, uma pessoa com deficiência mental; os supostos golpes e ataques contra a integridade pessoal da qual sofreu por parte dos funcionários da Casa de Repouso dos Guararapes (doravante denominada “Casa de Repouso dos Guararapes” ou “o hospital ”); sua morte enquanto estava em tratamento psiquiátrico; tal como a alegada falta de investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e a persistência da impunidade.

Na Sentença, um dos argumentos cuja relevância é indiscutível e pode-se entender como o cerne do presente Trabalho repousa no parágrafo 128 da Sentença, que ao tratar da questão da dignidade e autonomia das pessoas com capacidade reduzida, dispõe¹²⁴:

Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios

¹²⁴ Corte IDH. “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, N. 149. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em: 28 setembro 2020.

de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales.

La Corte considera que las precarias condiciones de funcionamiento de la Casa de Reposo Guararapes, tanto en cuanto las condiciones generales del lugar como la atención médica, se distanciaban de forma significativa a las adecuadas para ofrecer un tratamiento de salud digno, particularmente en razón de que afectaban a personas con una gran vulnerabilidad por su discapacidad mental, y eran per se incompatibles con una protección adecuada de la integridad personal y de la vida.

Destaca-se, ainda, uma passagem crucial da Sentença, ao abordar a questão do dever de regular e de fiscalizar, ao entender que¹²⁵:

El Tribunal ha establecido que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud (supra párrs. 89 y 90). En particular, respecto de las instituciones que prestan servicio público de salud, tal y como lo hacía la Casa de Reposo Guararapes, el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas.

En el presente caso la Casa de Reposo Guararapes operaba en el marco del sistema público de salud, y el Estado estaba obligado a regularla y fiscalizarla, no sólo en virtud de sus obligaciones derivadas de la Convención Americana, sino también en razón de su normativa interna. Según lo dispuesto en el artículo 197 de la Constitución, “son de relevancia pública las acciones y servicios de salud, y cabe al poder público disponer, de acuerdo con la ley, sobre su reglamentación, fiscalización y control [...]”. Asimismo, el artículo 200 de la Constitución señala que “al [S]istema [Ú]nico de [S]alud compete [...] controlar y fiscalizar procedimientos [...] y ejecutar las acciones de vigilancia sanitaria[...]”. A su vez, el artículo 6° de la Ley No. 8.080 de 1990 dispone que

¹²⁵ Corte IDH. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, N. 149. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em: 28 setembro 2020.

“[e]stán incluidas en el campo de actuación del Sistema Único de Salud (SUS), [inter alia,] la ejecución de acciones [...tanto] de vigilancia sanitaria, [la cual] se comprende por un conjunto de acciones capaz de eliminar, disminuir o prevenir riesgos a la salud y de intervenir en los problemas sanitarios decurrentes [...] de la prestación de servicios de interés de la salud, [así como] el control y la fiscalización de servicios, productos y sustancias de interés de la salud [...]”

Destacando, por fim, um trecho especial da Sentença que trata sobre a obrigação de proteção da saúde¹²⁶:

Las obligaciones de protección, -más aún en una situación de alta vulnerabilidad de la víctima como la presente,- se revisten del carácter erga omnes (par. 85), abarcando también las relaciones interindividuales, teniendo presente el deber del Estado de prevención y de debido cuidado, principalmente con relación a personas que se encuentran a su cuidado. La salud pública es un bien público, no una mercadería. En mis numerosos escritos y Votos en el seno de esta Corte, vengo expresando hace muchos años mi entendimiento en el sentido de que todas las obligaciones convencionales de protección están revestidas de un carácter erga omnes.

De fato, qualquer alegação contrária à máxima efetividade dos direitos humanos, por mais relevante que seja a matéria em conflito, não encontrará guarida em razão da supremacia dos direitos fundamentais, de modo que, como afirmou-se, críticas que porventura se façam a respeito da insuficiência de orçamentos para dar efetividade a tais direitos, não prevalecerão ao serem confrontados com direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

Merece um holofote a impossibilidade do Estado em deixar de prestar auxílio a quem precise sob a alegação de insuficiência de recursos para a prestação dos direitos sociais.

¹²⁶ Corte IDH. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, N. 149. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es Acesso em: 28 setembro 2020.

Na decisão Poblete Vilches houve uma postura de que a Convenção Americana de Direitos Humanos está diretamente relacionada com os direitos sociais, inclusive com duas obrigações do Estado, tanto a adoção de medidas gerais de maneira progressiva, quanto a adoção de medidas de caráter imediato, dando um sentido mais acertado àquela disposição expressa do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos cujo teor repousa na progressividade da implementação dos Direitos Sociais.

Outra decisão de importante impacto que o Brasil figurou no polo passivo e foi responsabilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é a Sentença internacional no caso Gomes Lund e Outros vs Brasil (“Guerrilha do Araguaia”) que consistiu em uma demanda de 7 de agosto de 1995 dirigida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que submeteu o julgamento à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 26 de março de 2009 e a Sentença datada de 24 de novembro de 2010.

Tratou o caso de responsabilização pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 (setenta) pessoas integrantes do Partido Comunista do Brasil e outros camponeses, decorrentes da atuação do Exército brasileiro para conter e erradicar a Guerrilha do Araguaia na época da ditadura militar.

Sobrevinda Sentença, condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado de pessoas; descumprimento da adequação do direito interno à Convenção Americana de Direitos Humanos pela interpretação e aplicação da Lei da Anistia; pela omissão de informações relevantes a interessados, motivo pelo qual lhe foi imposto o dever de garantir acesso facilitado a toda e qualquer informação que possa contribuir para deslinde de violações; por violar direito à integridade pessoal dos familiares, o que, inclusive, obrigou a reparações às famílias; oferecer tratamento médico e psicológico/psiquiátrico às vítimas que solicitassem; outras medidas de reabilitação, dentre outras medidas.

Destaca-se os momentos em que a Sentença protege o direito à Saúde, eis que são indispensáveis à compreensão da proteção internacional do Direito à Saúde assegurado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, são eles:

107. Pois bem, já que um dos objetivos do desaparecimento forçado é impedir o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes quando uma pessoa tenha sido submetida a sequestro, detenção ou qualquer forma de privação da liberdade, com o objetivo de ocasionar seu desaparecimento forçado, se a própria vítima não pode ter acesso aos recursos disponíveis é fundamental que os familiares ou outras pessoas próximas possam aceder a procedimentos ou recursos judiciais rápidos e eficazes, como meio para determinar seu paradeiro ou sua condição de saúde, ou para individualizar a autoridade que ordenou a privação de liberdade ou a tornou efetiva.

229. Isto posto, o direito de aceder à informação pública em poder do Estado não é um direito absoluto, podendo estar sujeito a restrições. No entanto, estas devem, em primeiro lugar, estar previamente fixadas por lei – no sentido formal e material –, como meio de assegurar que não fiquem ao arbítrio do poder público. Em segundo lugar, as restrições estabelecidas por lei devem responder a um objetivo permitido pelo artigo 13.2 da Convenção Americana, ou seja, devem ser necessárias para assegurar “o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” ou “a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. As limitações que se imponham devem ser necessárias em uma sociedade democrática e orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Isto implica que, de todas as alternativas, devem ser escolhidas aquelas medidas que restrinjam ou interfiram, na menor medida possível, no efetivo exercício do direito de buscar e de receber a informação.

Os representantes ressaltaram que o Estado tem a obrigação de oferecer assistência médica e psicológica gratuita aos familiares das vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia, de modo que possam ter acesso a um centro médico de qualidade para conseguir a assistência necessária, motivo por que solicitaram que essa assistência seja prestada por centros médicos reconhecidos nacionalmente, escolhidos pelos familiares, e não pelo Serviço Único de Saúde, conforme propõe o Estado. Essa medida deverá incluir, também, o custo dos medicamentos, a fim de que os familiares não tenham de incorrer em despesas adicionais às que já tiveram. Para isso, o Brasil deve proceder a uma avaliação médica individual dos familiares e o tratamento requerido deverá atender às necessidades de cada um deles.

266. O Estado destacou que, na Ação Ordinária apresentada pelos familiares contra a União, estes solicitaram diferentes medidas, mas nunca uma “reparação integral”. Informou, no entanto, que existe no Brasil o Serviço

Único de Saúde, que permite a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência.

267. A Corte considera, como o fez em outros casos, 382 que é necessária uma medida de reparação que ofereça um atendimento adequado aos sofrimentos físicos e psicológicos sofridos pelas vítimas. Portanto, o Tribunal considera conveniente dispor que o Estado preste atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico, de forma gratuita e imediata, adequada e efetiva, por meio das instituições públicas especializadas de saúde, às vítimas que assim o solicitem. Para isso, deverão ser levados em conta os sofrimentos específicos dos beneficiários, mediante a realização prévia de uma avaliação física e psicológica ou psiquiátrica. Os respectivos tratamentos também deverão ser prestados no Brasil pelo tempo que seja necessário e incluir o fornecimento gratuito dos medicamentos que eventualmente requeiram.

268. Particularmente, o tratamento psicológico ou psiquiátrico deve ser prestado por pessoal e instituições estatais especializadas no atendimento de vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Caso o Estado careça do pessoal ou das instituições que possam prover o nível requerido de atenção, deverá recorrer a instituições privadas ou da sociedade civil especializadas. Ao prestar esse tratamento, devem-se considerar, ademais, as circunstâncias e necessidades específicas de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que esteja de acordo com cada uma delas e após uma avaliação individual. 383 Finalmente, o referido tratamento deverá ser prestado, na medida das possibilidades, nos centros mais próximos aos locais de residência. As vítimas que solicitem essa medida de reparação, ou seus representantes legais, dispõem de um prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença, para comunicar ao Estado sua intenção de receber atendimento psicológico ou psiquiátrico.

269. Adicionalmente, a Corte observa que a senhora Elena Gibertini Castiglia, mãe do desaparecido Líbero Giancarlo Castiglia, reside na cidade de San Lucido, Itália, 384 e, portanto, não terá acesso aos serviços públicos de saúde brasileiros, conforme o ordenado na presente seção. Por isso, o Tribunal considera pertinente determinar que, na hipótese de que a senhora Gibertini Castiglia solicite atenção médica, psicológica ou psiquiátrica, nos termos do parágrafo anterior, o Estado deverá outorgar-lhe o montante de US\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos com tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico, para que possa receber referida atenção médica na localidade onde resida.

A respeito dos danos imateriais, a CIDH condenou, no parágrafo 307 da Sentença:

(...) Por outro lado, com respeito aos familiares das vítimas, consideraram que os desaparecimentos forçados geraram angústia, insegurança, frustração e impotência ante a omissão das autoridades públicas de investigar os fatos. Por esse motivo, solicitaram que, ao fixar o montante das indenizações, o Tribunal leve em consideração fatores como: a modalidade do crime, a falta de determinação dos responsáveis e o impacto no projeto de vida e na saúde física e mental dos familiares das vítimas, além das seguintes circunstâncias: a) o desconhecimento do paradeiro das vítimas; b) o reconhecimento de responsabilidade do Estado mais de 20 anos depois de ocorridos os fatos; c) a impossibilidade de acesso à justiça e a falta de informação; d) a denegação de justiça por mais de 30 anos; e) as declarações públicas de militares, afirmando que haviam torturado e executado as vítimas, sem que se realizasse investigação alguma, e f) as declarações contra a honra das vítimas desaparecidas. Em consequência, solicitaram US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos familiares das vítimas.

No caso Gomes Lund, portanto, restou assentado que o Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se o caso, pagar o montante estabelecido. Que o Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, conforme o parágrafo 283 da Sentença. Que o Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo seu acesso.

Quanto ao caso Guararapes em que o Brasil foi condenado, a decisão foi irretocável ao condenar o Brasil pela patente violação à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e o direito à vida, eis que contrariou os preceitos constitucionais

internos e, como consequência, onerou as “disposições legais” do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A partir do teor das decisões, a Corte andou bem ao proteger os Direitos Fundamentais que devem ser assegurados e ao menos paulatinamente implementados. Diante da inércia dos Estados em sua implementação, deve estar sempre presente a ideia de progressividade. Como bem sinaliza Óscar Parra Vera ao citar Christian Courtis¹²⁷, a obrigação de desenvolvimento progressivo não nega a judiciabilidade dos direitos sociais, inclusive abrindo algumas esferas de controle judicial do dever de não regresso destes direitos.

Veja-se que a Corte passa a delimitar o entendimento a respeito do que seria a progressividade dos direitos sociais previsto no artigo 26 e, como bem entendeu a juíza Macaulay¹²⁸:

Al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena se exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 e 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría

¹²⁷ VERA, Óscar Parra. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. [S. l.]: Editora JudPodivm, 2019. 751 p. 274.

¹²⁸ VERA, Óscar Parra. *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. [S. l.]: Editora JudPodivm, 2019. 751 p. 286.

en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener outro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.

Ademais, asseverou¹²⁹, que caberia à Corte atualizar seu sentido normativo:

Lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando uma interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

Não obstante a falta de respeito do Brasil com a questão debatida acima, verifica-se a perfeita adequação de aplicação das normas internacionais de Direitos Humanos em detrimento da grave inobservância e descaso do Hospital em relação ao paciente.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos preocupou-se em efetivar as normas protetivas de direitos humanos, seja conferindo o sentido do texto expresso na Convenção por meio de seus magistrados, seja condenando os Estados signatários em razão da inobservância normativa interna destes Estados.

Recentemente, aliás, diante do cenário pandêmico em que o mundo atravessa, a Comissão Interamericana, preocupada em reforçar o aspecto protetivo dos Direitos Humanos em âmbito interamericano expediu uma Resolução¹³⁰ em razão da recente Pandemia conhecida como COVID-19 por meio da qual recomendou, dentre outras, as seguintes medidas:

¹²⁹ VERA, Óscar Parra. Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional. [S. l.]: Editora JudPodivm, 2019. 751 p. 286/287.

¹³⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. RESOLUÇÃO Nº 1/2020 PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS (Aprovada pela CIDH em 10 de abril de 2020). Pandemia e Direitos Humanos Nas Américas., [S. l.], 10 abr. 2020.

1. Adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia. Tales medidas deberán de ser adoptadas atendiendo a la mejor evidencia científica, en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), así como con las recomendaciones emitidas por la OMS y la OPS, en lo que fueran aplicables.

(...) adoptar medidas de forma inmediata y de manera diligente para prevenir la ocurrencia de afectaciones al derecho a la salud, la integridad personal y la vida. Tales medidas deben estar enfocadas de manera prioritaria a prevenir los contagios y brindar un tratamiento médico adecuado a las personas que lo requieran.

(4.)Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs, tales como acceso a agua potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada, cooperación comunitaria, soporte en salud mental, e integración de servicios públicos de salud; así como respuestas para la prevención y atención de las violencias, asegurando efectiva protección social, incluyendo, entre otros, el otorgamiento de subsidios, rentas básicas u otras medidas de apoyo económico.

6. Asegurar el diseño de un plan de actuación que guíe los procedimientos a seguir para la prevención, detección, tratamiento, control y seguimiento de la pandemia con base en la mejor evidencia científica y el derecho humano a la salud. Estos procedimientos deben ser transparentes, independientes, participativos, claros e inclusivos.

13. Disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles, incluyendo acciones de búsqueda permanente de dichos recursos a nivel nacional y multilateral, para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESCAs el con objeto de prevenir y mitigar los efectos de la pandemia sobre los derechos humanos, incluso tomando medidas de política fiscal que permitan una redistribución equitativa, incluyendo el diseño de planes y compromisos

concretos para aumentar sustantivamente el presupuesto público para garantizar el derecho a la salud.

20. Asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud.

Destaca-se, também, porque recentíssima, decisão em desfavor do Brasil tramitada junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos cuja publicação ocorreu aos 26 de outubro de 2020.

O novo caso submetido à Corte foi inicialmente apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 19 de setembro de 2018, que submeteu à jurisdição da Corte Interamericana. Trata-se do ocorrido com os Empregados da Fábrica¹³¹ de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares. Se relaciona à explosão de uma fábrica de fogos de artifício ocorrida em 11 de dezembro de 1998, ocasião em que 64 pessoas morreram e 6 sobreviveram, dentre os mortos constou-se com 22 crianças. A Comissão Interamericana entendeu que o Estado (Brasil) violou inúmeros direitos, são eles: os direitos à vida e à integridade pessoal das vítimas e de seus familiares, diante da falta de cumprimento de suas obrigações de inspeção e fiscalização, pela legislação interna e Internacional; direitos da criança; direito ao trabalho, pelas graves irregularidades comumente praticadas e que implicavam alto risco à vida e integridade pessoal dos trabalhadores; o princípio de igualdade e não discriminação, eis que a fabricação de fogos de artifício era a única opção de trabalho dos habitantes do município que, pela situação econômica desfavorável deveriam se sujeitas a trabalho de alto risco, com baixa remuneração e sem segurança adequada; e, por fim, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, pois nos processos civis, penais e trabalhistas, o Estado não garantiu o acesso à justiça, a determinação

¹³¹ Corte IDH, Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil, sentença de 15 de julho de 2020.

da verdade dos fatos, a investigação e punição dos responsáveis, nem a reparação das consequências das violações de direitos humanos ocorridas.

De referidas violações, nenhuma das vítimas recebeu tratamento médico adequado para que se recuperassem das consequências do acidente, sendo que, das que sobreviveram, a maioria das sofreu lesões corporais graves, desde a perda auditiva até queimaduras de quase 70% do corpo.

Com o reconhecimento da responsabilidade estatal, o que é importante frisar é que quando se trata de competências relacionadas a supervisão e fiscalização da prestação de serviços de interesse público, como a saúde, sejam públicas ou privadas as prestadoras de serviço, remanesce a responsabilidade pela omissão na fiscalização da prestação do serviço para proteger o bem respectivo.

O presente caso não diz respeito a prestação de serviços de saúde, mas a realização de uma atividade perigosa sob a supervisão e fiscalização do Estado e foi em razão disto que algumas passagens da Sentença foram precisas ao resolver:

202 A respeito dessa atividade, pelos riscos específicos que implicava para a vida e a integridade das pessoas, o Estado tinha a obrigação de regulamentar, supervisionar e fiscalizar seu exercício, para prevenir a violação dos direitos dos indivíduos que nela trabalhavam.

153. Isso posto, o Tribunal observa que o problema jurídico suscitado pelos representantes se relaciona à alegada responsabilidade internacional do Estado pela falta de fiscalização que ocasionou a violação do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, entendido como um direito protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana. A esse respeito, a Corte lembra que no Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile, destacou: Desse modo, fica clara a interpretação de que a Convenção Americana incorporou a seu catálogo de direitos protegidos os denominados direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), mediante uma derivação das normas reconhecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como das normas de interpretação dispostas no próprio artigo 29 da Convenção, especialmente, que impede limitar ou excluir o gozo dos direitos estabelecidos na Declaração Americana e inclusive os reconhecidos em

matéria interna. Em conformidade com uma interpretação sistemática, teleológica e evolutiva, a Corte recorreu ao corpus iuris internacional e nacional na matéria para dar conteúdo específico ao alcance dos direitos tutelados pela Convenção, a fim de derivar o alcance das obrigações específicas de cada direito.

Verifica-se a latente preocupação internacional na proteção dos Direitos da dignidade da pessoa humana, incluindo-se aqui principalmente os direitos à saúde e o direito à vida.

Urge salientar que a Corte é reconhecida pelo Estado Brasileiro desde dezembro de 1998, ou seja, muito recente e, dado o curto período de reconhecimento e também pelo fato de que poucos casos alcançaram a Corte até 2012, apenas 9 (nove) casos, e destes, apenas 5 (cinco) eram contenciosos, acrescendo-se a eles o novo caso do ano de 2020, o que justifica a ausência de Jurisprudência remansosa em matéria de Direito à Saúde pela Corte, o que dificulta um estudo aprofundado dos Julgados por ela proferidos em relação aos casos Brasileiros que foram objeto de contenda na Corte, mas que ainda assim permite o intérprete do Direito compreender que o caminho das decisões tem dado respaldo à Saúde e a Vida.

O que se pode afirmar, pela análise dos Julgados recentes é que a Corte vem dando o sentido mais garantista, conforme o que está previsto pelas Convenções sobre Direitos Humanos, conferindo uma proteção integral e universal ao Direito Social à Saúde.

PARTE III - PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

3.1. ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS DE JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

A partir de documentos extraídos de órgãos públicos que discutem a judicialização da saúde, buscou-se analisar uma série de decisões proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal e a uniformização de jurisprudência.

Os Votos individuais e a jurisprudência foram pesquisados nas páginas dos tribunais superiores e demais veículos jurídicos. Em um primeiro momento, foram separadas duas decisões distintas para que se possa verificar que ainda há dissidência de entendimento dos Ministros em casos que envolvem requerimentos ao poder público para o fornecimento de medicamentos e prestações materiais. A primeira repousa na discussão de se o fornecimento debilitaria os investimentos nos demais serviços de Saúde, bem como refletindo em outros direitos, além da discussão no sentido de se a previsão do rol do SUS permitiria sua concessão.

A segunda decisão debate a possibilidade de a concessão ocorrer apenas com base em critérios objetivos do acesso ao medicamento, com previsão do fármaco no rol da ANVISA.

Em um segundo momento, debruçando a exposição de casos emblemáticos julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a evolução decisória diante da enormidade de demandas ajuizadas com vistas à satisfação do Direito à Saúde quando confrontada com a escassez de recursos, com iluminação no debate de algumas decisões que trouxeram como fundamentação a condição socioeconômica ou então pela ausência de previsão de medicamentos no rol da ANVISA.

Pela análise jurisprudencial, e com o apoio na bibliografia utilizada no decorrer do Trabalho, o que se pode notar foi que, apesar das divergências nos entendimentos dos Ministros, quando remetidas ao Plenário do STF, caminharam junto à corrente garantista com a preservação da saúde.

Com a inafastabilidade da jurisdição e ao Poder Judiciário a incumbência de solucionar as demandas relacionadas à Saúde Pública, há notória evolução das decisões, que passaram a adotar critérios mais precisos a fim de se afastar concessões indevidas, mas sempre priorizando a concessão dos medicamentos e demais tratamentos específicos; ou seja, em hipótese de dúvida, o STF deve seguir, assim como tem feito, um viés garantista, conferindo o acesso à Saúde a quem o pleiteie.

As decisões aqui selecionadas partiram de uma análise empírica e positivista, observando o princípio da dignidade da pessoa humana contra a Reserva do Possível, com foco na previsão de medicamentos pelo SUS e uma tendência atual dos Ministros em negarem alguns pleitos com base em critérios objetivos como a lista de medicamentos da ANVISA, ou então em razão das condições do paciente em arcar com os custos, desonerando o Estado no fornecimento de tais fármacos, mas violando o acesso universal à Saúde.

Para tanto, serão analisados os votos dissidentes dos Ministros do STF e qual argumento utilizado para proteger o Direito à Saúde ou então privilegiar outro e, depois, a solução que o Plenário do STF tem seguido no caso concreto para proteger tão importante direito fundamental.

3.1.1. Análise de Votos divergentes dos Ministros do STF

O grande desafio é entender o porquê algumas decisões dos Ministros STF divergiram, compreendendo o alcance da aplicabilidade que deram aos princípios fundamentais e qual a justificativa para atendimento ou não das disposições constitucionais, em especial os direitos fundamentais relacionados à Saúde.

Frise-se que a análise de selecionados casos, os mais emblemáticos, é extremamente relevante para o cenário político, econômico e jurídico com potencialidade de oferecer, ainda que modesta, contribuição à literatura jurídica nacional, lançando alguns holofotes na temática do direito à saúde e princípios a ele inerentes.

O STF e o Superior Tribunal de Justiça confirmam que o direito à saúde é dever do Estado, que por sua vez deverá propiciar aos necessitados tratamento mais adequado e eficaz, mesmo que não haja previsão em portaria do Ministério da Saúde e não a qualquer tratamento.

O grande desafio é o reconhecimento de que o Direito à Saúde está tão relacionado com o Direito à Vida, que o Supremo Tribunal Federal, em inúmeras ocasiões têm solucionado suas demandas, concedendo tratamentos e acesso a

medicamentos muito custosos e não previstos na Lei orçamentária a quem precise em homenagem ao Direito à Saúde e, como reflexo, o Direito à Vida.

Nesse sentido, não é demais reforçar que segundo a orientação do SUS, há o dever de assistência integral, o que obriga o Estado na prestação universal no tratamento integral à saúde para aqueles que precisarem. Referido princípio, previsto expressamente no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal, a aplicabilidade deve ser imediata.

Conforme ressaltam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹³² “a questão já foi objeto de disposição pela legislação ordinária, em específico pelo art. 6º, I, d, da Lei n. 8.080/90, que declara textualmente estarem incluídas no campo de atuação do SUS a “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

No entanto, vale salientar que este acesso integral, deve se cercar de alguns critérios para afastar pleitos absurdos e por isso, deve-se utilizar a ponderação para evitar a absorção da responsabilidade do Estado por prestações individuais que possam onerar outros direitos sociais, veja-se pelo ensinamento dos juristas:

Não se pode afastar que a demanda judicial por prestação de saúde não incorporada ao sistema público impõe a difícil ponderação do direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Nessa linha, exigir que o sistema de saúde absorva toda e qualquer pretensão individual, como se houvesse na Constituição o direito a um trunfo ilimitado, leva à ruína qualquer tentativa de estruturação de serviços públicos universais e igualitários. Dessa forma, deve-se ponderar não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar.

Em mesmo sentido, cediço expor passagem do Parecer¹³³ de Roberto Barroso no que respeita a judicialização da Saúde e a concessão de medicamentos. É enfático

¹³² ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 456 p. 408.

¹³³ LUÍS ROBERTO BARROSO. Parecer desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 25/11/2020.

ao entender que cabe ao Poder Judiciário intervir sempre que um direito constitucional ou infraconstitucional seja descumprido, principalmente em caso de vulneração do mínimo existencial de cada ser humano.

A discussão se debruçará basicamente sobre os obstáculos em razão do acesso indiscriminado a medicamentos e tratamentos de alto custo e a obrigatoriedade do Poder Público em proceder ao seu custeio por terem de preservar direitos e garantias fundamentais. O tema é tratado com a devida importância e o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a existência de repercussão geral da referida matéria constitucional:

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

(RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685)

A análise dos obstáculos presentes no fornecimento indiscriminado de medicamentos e na concessão de pleitos aos jurisdicionados é de extrema importância para que se estude as razões para que alguns Ministros tenham declinado no deferimento de tais pedidos.

O debate do fornecimento de todos os medicamentos foi recentemente objeto de debate pela Corte Suprema, com voto desalinhado à concepção que este Trabalho buscará perseguir, homenageando outros direitos fundamentais, que, em nossa análise não poderiam prevalecer quando postos em confronto com a Vida e a Saúde.

O Voto do Ministro Marco Aurélio seguiu o seguinte entendimento nos autos do RE 566471/RN:

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute o dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo.

No caso, o Estado-Membro havia sido condenado a fornecer medicação para tratamento de doença grave. Na decisão judicial atacada, o ente havia alegado que privilegiar o atendimento de um único indivíduo comprometeria políticas de universalização do serviço de fornecimento de fármacos, em prejuízo dos cidadãos em geral. Dessa forma, debilitaria investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação. Além disso, violaria a reserva do possível e a legalidade orçamentária — v. Informativo 839.

O ministro Marco Aurélio (relator) aditou o voto proferido na sessão anterior. Ele propôs a seguinte tese: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.

Para o relator, a existência de familiar possuidor de meios para prover os custos do remédio, sem prejuízo de vida econômica normal e gratificante, poderia ser apontada como fato extintivo do direito pleiteado. Porém, tal condição é mitigada pelo condomínio de obrigações da União, dos Estados, dos Municípios e da família inerente à matéria.

Então, considerando-se o fator tempo, vital em questões relativas à saúde, e presumindo-se que haja familiar em situação econômico-financeira suficiente a proporcionar o remédio, se o Estado for acionado em Juízo, este deverá alegar o fato e requerer, ante o direito de regresso, a citação do familiar abastado e omissor. Afinal, ausente a espontaneidade do familiar, incumbe ao Estado atuar em nome da coletividade, sem prejuízo dos consectários legais. Descabe, a pretexto de ter-se membro da família com capacidade econômico-financeira de prover certo medicamento, eximir-se pura e simplesmente da obrigação de fornecê-lo, portanto.

Por fim, o ministro rememorou que o Estado-Membro recorrente havia silenciado quanto à integração da União na relação processual no polo passivo. Seria, portanto, impossível ressuscitar essa matéria. Esclareceu, ainda, que o recurso extraordinário havia sido analisado com base nas causas de pedir versadas pelo recorrente.

Em voto-vista, o ministro Roberto Barroso desproveu o recurso extraordinário em face da incorporação, no curso do processo, do medicamento em questão pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Afirmou que, no caso de demanda judicial, o Estado estaria obrigado a fornecer medicamento incorporado pelo SUS. Em tais circunstâncias, caberia ao Judiciário apenas efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde. Nessa hipótese, deve-se exigir apenas que o requerente comprove: a) a necessidade do fármaco; e b) a prévia tentativa de sua obtenção pela via administrativa.

Já no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. Não há sistema de saúde que resista a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública.

Segundo consignou, para o deferimento, pelo Poder Judiciário, de determinada prestação de saúde, cinco requisitos cumulativos devem ser observados: a) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS.

Propôs, ainda, a observância de um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e os entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, a exemplo das câmaras e dos

núcleos de apoio técnico em saúde dos tribunais, além dos profissionais do SUS e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). O diálogo, inicialmente, serviria para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. Em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, determinaria que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliassem a possibilidade de sua incorporação ao SUS, mediante manifestação fundamentada.

O ministro Edson Fachin deu parcial provimento ao recurso. Acolheu a alegação de que o Estado-Membro recorrente não poderia ser condenado a custear sozinho o medicamento, por tratar-se de dispensação excepcional. Ressaltou que haveria a necessidade de a União compor o polo passivo da ação. Afirmou ser o direito à saúde assegurado a todos na Constituição. Enfatizou, também, haver direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em implementá-la.

Para o ministro, as tutelas condenatórias visando à dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser, preferencialmente, pleiteadas em ações coletivas ou coletizáveis, de forma a conferir-se máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde. A tutela de prestação individual não coletizável deve ser excepcional. Desse modo, para seu implemento, é necessário demonstrar não apenas que a opção diversa à disponibilizada pela rede pública decorre de comprovada ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente para o seu caso, mas também que há medicamento ou tratamento eficaz e seguro, com base nos critérios da medicina baseada em evidências.

Para aferir tais circunstâncias na via judicial, propôs os seguintes parâmetros:

a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; b) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; d) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e e) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente,

comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.

Na espécie, o acórdão recorrido deixou nítida a conclusão de ser devida a dispensa do medicamento não incorporado em virtude da efetiva necessidade de manutenção da vida da autora, da inexistência de substituto na rede pública e do fato de ela não ostentar condições de adquiri-lo.

Por fim, em obediência ao princípio da segurança jurídica, propôs serem preservados os efeitos das decisões judiciais prolatadas nas instâncias ordinárias que versem sobre questão constitucional submetida à repercussão geral, inclusive as sobrestadas até a data deste julgamento.

Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do ministro Teori Zavascki. RE 566471/RN, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 28-9-2016. (RE-566471)

Nota-se que ainda não houve um desfecho da questão, mas, a posição contrária do Ministro Marco Aurélio à concessão dos medicamentos por conta de supostamente debilitar investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas como segurança e educação e pelo fato de a família ter boas condições econômicas para realizar o custeio do medicamento, sob sua perspectiva, desoneraria o Estado no fornecimento do respectivo fármaco.

Tal medida certamente desprestigia a premissa constitucional da integralidade e do acesso ao direito à saúde e onera por via reflexa o direito à vida, entendimento que não está de acordo com o que tem sido estudado neste Trabalho.

O direito à vida está em posição superior aos demais direitos fundamentais e, por isso, não pode de maneira alguma ser relativizado. Assim, quando um medicamento para a cura de um problema de saúde não é fornecido, o direito à saúde resta esvaziado, ainda mais no caso em comento em que o Ministro acaba por dar lugar à segurança e educação ao invés de proteger o Direito à Saúde e a Vida.

Para o ministro Roberto Barroso, a incorporação no curso do processo da previsão do medicamento em questão pelo Sistema Único de Saúde, obriga o Estado

a fornecer medicamento incorporado pelo SUS e o Judiciário deveria efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde e ao requerente caberia comprovar a necessidade do fármaco e a prévia tentativa de sua obtenção pela via administrativa.

Entendeu, que em caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo, em razão da oneração de seu custo e impacto financeiro, postura incongruente com a adotada por este Trabalho. Claro que devem ser analisados outros fatores, nunca prestigiando o orçamento público em razão de uma Vida.

Outro desafio à não concessão destes tratamentos e medicamentos repousa na ausência de registro prévio no rol da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, limitando o acesso ao Direito social à Saúde pelo referido órgão de controle, ou seja, um critério objetivo. Como é que se pode indeferir um pleito relacionado à Saúde com base exclusivamente em critérios objetivos? A medida, parece temerária e descabida, mas foi o entendimento que o Ministro Marco Aurélio¹³⁴ percorreu nos autos do RE 657718/MG:

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute o dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) — v. Informativo 839.

O ministro Marco Aurélio (relator) aditou o voto proferido na sessão anterior e propôs a seguinte tese: O Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na Anvisa, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e tenha registro no país de origem.

Rememorou que, na assentada anterior, havia concluído no sentido da impossibilidade de ter-se a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamento não aprovado pela Anvisa.

¹³⁴ Informativo 841 STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm>. Acesso em 28 set. 2020.

Assim se manifestou a partir do disposto no art. 12 da Lei 6.360/1976 (“Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”). A parte final do preceito sinaliza a necessidade de registro do remédio em órgão público. Porém, quando editada a lei, a Anvisa não estava encarregada de realizar o registro, segundo o próprio regulamento (Decreto 3.029/1999).

O ministro esclareceu que a formalidade legal é atendida pela manifestação da Anvisa. Dessa forma, é preciso levar em consideração não só os registros específicos verificados como também o teor da Resolução RDC 8/2014 da Anvisa, a “autorizar a importação de medicamentos constantes na lista de medicamentos liberados em caráter excepcional destinados unicamente a uso hospitalar ou sob prescrição médica, cuja importação esteja vinculada a uma determinada entidade hospitalar e/ou entidade civil representativa ligadas à área de saúde, para seu uso exclusivo, não se destinando à revenda ou ao comércio”.

A resolução estabelece, ainda, critérios para a inclusão de fármacos na lista de medicamentos liberados à importação em caráter excepcional, desde que siga as cautelas constantes da própria resolução. Uma vez enquadrado o remédio no que nela previsto, tem-se o cumprimento da exigência legal.

Sob o ângulo da inexistência do medicamento no Brasil, a resolução, ao versar regras para inclusão de remédios na lista para importação em caráter excepcional, o faz da seguinte forma: a) indisponibilidade do medicamento no mercado brasileiro; b) ausência de opção terapêutica para a indicação pleiteada; c) comprovação de eficácia e segurança do medicamento por meio de literatura técnico-científica indexada; d) comprovação de que o medicamento apresenta registro no país onde está sendo comercializado, na forma farmacêutica, com via de administração, concentração e indicação terapêutica requerida. O parágrafo único do art. 3º do ato normativo prevê, ainda, a exclusão do remédio constante de lista de liberados para importação excepcional se ele não atender a qualquer dos critérios de inclusão.

O ministro Marco Aurélio também ponderou que o art. 12 da Lei 6.360/1976 é explícito ao vedar a industrialização, a exposição à venda ou a entrega ao consumo de medicamento sem que antes haja o registro. Norma proibitiva deve ser considerada tal como se contém. Nesse sentido, foge ao alcance situação concreta, respaldada em laudo médico, a revelar necessário,

indispensável à saúde, certo remédio, sem similar nacional, devidamente registrado no país de produção. Nesse caso, independentemente de constar ou não da lista de que cogita a resolução da Anvisa (RDC 8/2014), o Estado está compelido a cobrir o custo de importação do fármaco designado comumente como órfão.

Conclusão diversa implica submeter a sobrevivência do ser humano a ato estritamente formal (deliberação da Anvisa no sentido da inserção na lista de importação autorizada). Pois não se trata de industrialização ou comercialização, mas de atendimento a necessidade maior, individualizada, de pessoa acometida por doença rara. Em geral, nessas situações, o produto somente é encontrado em país de desenvolvimento técnico-científico superior, e o paciente não deve nem pode ficar à míngua.

Desse modo, com ou sem autorização da Anvisa, haja vista não ser o caso de industrialização ou comercialização no território brasileiro, e sim de importação excepcional para uso próprio, individualizado, cumpre ao Estado viabilizar a aquisição.

O ministro Roberto Barroso, em voto-vista, deu parcial provimento ao recurso, para determinar o fornecimento do medicamento pleiteado, já que, no curso da ação, ele foi registrado na Anvisa e incorporado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para dispensação gratuita. Segundo o ministro, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer, por decisão judicial, medicamentos não registrados na Anvisa. Trata-se de um meio para garantir proteção à saúde pública, atestado de eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no País, além de assegurar o devido controle de preços.

No caso de medicamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na Anvisa, seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer na hipótese de irrazoável mora da Anvisa em apreciar o pedido (prazo

superior a 365 dias). Ainda nessa situação, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos: a) pedido de registro do medicamento no Brasil; b) registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; e c) inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Ademais, haja vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

O ministro Edson Fachin proveu integralmente o recurso extraordinário para determinar à parte recorrida o fornecimento imediato do medicamento pleiteado. Para ele, há, nos autos, notícia do registro do fármaco em questão, assim como de sua inclusão no âmbito da política de assistência à saúde. Portanto, há direito subjetivo da recorrente de obter o referido remédio.

Segundo o ministro, a definição do direito à saúde como demanda ética à equidade não conduz a outra resposta que não o reconhecimento de garantias de um mínimo existencial e de efetiva participação. Essa garantia, materializada na atuação do Poder Judiciário, impõe que se realize de modo não cumulativo: a) controle de legalidade, vale dizer, não deve haver erro manifesto na aplicação da lei nem pode existir abuso de poder; b) controle da motivação, ou seja, aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a Administração Pública; c) controle da instrução probatória da política pública regulatória, isto é, exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e d) controle da resposta em tempo razoável, o que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível (CF, art. 5º, LXXVIII).

Em caso de descumprimento dos parâmetros de controle da atuação da regulação, o Poder Judiciário deve garantir a participação. Pode, para tanto, determinar que o tema seja novamente apreciado ou que haja manifestação da Administração Pública sobre as situações pontuais que não foram objeto de deliberação. A participação garante, portanto, que a demanda dos cidadãos seja oposta à comunidade científica e por ela apreciada em devida conta. Não autoriza a validar como regra medicamento ou procedimento não reconhecido pela agência. Há, porém, exceção: demonstração, em juízo, do descumprimento dos controles fixados para a política regulatória.

Em seguida, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro Teori Zavascki. RE 657718/MG, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 28-9-2016.

O Ministro Marco Aurélio, apesar de ter deferido o pleito de acesso ao medicamento, fundamentou seu Voto no sentido de que o fornecimento de medicamentos só pode ser realizado depois que houver a comprovação da indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico ainda que o medicamento tenha registro no país.

Este entendimento poderá traduzir futuramente uma forte insegurança jurídica e instabilidade em algumas decisões pelo simples fato de que neste caso o medicamento só foi fornecido por constar sua necessidade em laudo médico e registro nacional do fármaco, o que conduz o crítico desta decisão a perceber que caso assim não fosse, o jurisdicionado estaria desamparado.

Pelo entendimento de Barroso, apesar de ter determinado o fornecimento de medicamentos, entendeu que como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer, por decisão judicial, medicamentos não registrados na Anvisa.

Parece-nos um entendimento mais razoável, eis que a concessão indiscriminada de todos os pedidos formulados ao Poder Judiciário, certamente oneraria outros direitos fundamentais, como já mencionado outrora. Assim, como regra geral, o Poder Judiciário não deve deferir o pleito de concessão de medicamentos a todo e qualquer pedido sem análise de quaisquer condições. Deve, para tanto, analisar o caso concreto, verificar a urgência e necessidade da demanda e da Saúde do jurisdicionado e então, seguir um entendimento garantista, de modo a nunca violar a Saúde e a Vida. Em hipótese de dúvida, certamente a Saúde ser assegurada.

Nestes autos, o Ministro Marco Aurelio entendeu que independentemente de constar ou não da lista da Anvisa (RDC 8/2014), o Estado está compelido a cobrir o custo de importação do fármaco. Esta posição, apesar de garantista parece-nos extrema pois carece de análise de critérios mínimos e análise aprofundada da situação concreta.

O Estado deve possibilitar o acesso à Saúde a todas as pessoas, ainda que por via Judicial, mas caso não sejam atendidos requisitos mínimos e sua concessão for irrestrita, isto certamente poderá contribuir em muito para a violação de outros direitos fundamentais, também muito nobres. Deve haver um equilíbrio entre o pedido e a concessão.

Não se ignora a possibilidade de em razão das inúmeras demandas ajuizadas, algum pedido venha a ser deferido sem a necessidade daquele que realizou o requerimento, circunstância em que o Estado velará pelo ressarcimento dos danos causados a seu cofre pelo requerente.

Outro entendimento, o exarado pelo Ministro Facchin, concluiu pela obrigatoriedade de imediato fornecimento do medicamento pleiteado, mesmo sem previsão da política de assistência à saúde, concluindo, basicamente, que haveria direito subjetivo do jurisdicionado.

Independentemente do valor do medicamento ou tratamento, o Estado tem a obrigação de fornecê-lo, sob a égide da proteção ao direito à vida, do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana, seja lá qual for o direito que possa sofrer violação em razão da excessiva despesa com o fornecimento de referido medicamento ou tratamento a quem necessite, desde que, como mencionado acima, a demanda não esteja sendo ajuizada com fins protelatórios ou em casos em que não haja a necessidade da medida.

3.1.2. As decisões garantistas do Plenário do STF

Às voltas de 1990, influenciado pela recente promulgação da Constituição Federal de 1988 foi que se permitiu o acesso à Saúde pelo argumento da universalidade e integralidade a bem de substituir as negativas oriundas da via administrativa.

A partir de 2000, verifica-se uma jurisprudência defensiva do direito à Saúde, fundamentando-a no princípio da dignidade da pessoa humana, passando a atender

os pedidos dos usuários do SUS, como por exemplo o Recurso Extraordinário 195192/RS¹³⁵, oriundo de um Mandado de Segurança em que um menor, portador de doença metabólica denominada de fenilcetonúria, pleiteava o custeamento de medicamento importado dos Estados Unidos pelo Estado do Rio Grande do Sul, o que foi concedido:

No caso, restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e desenvolvimento das mesmas. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.

Um outro acórdão proferido pelo STF que impactou significativamente o cenário da judicialização do Direito à Saúde, é o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271286/RS¹³⁶, donde se verificou o tratamento do Direito à Saúde como deve ser tratado. Discutia-se, na oportunidade, a obrigatoriedade de prestação

¹³⁵ STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 195192/RS, Segunda Turma, Relator: Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60.

¹³⁶ “PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101).

solidária do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre no que tange ao fornecimento gratuito de medicamentos para pacientes portadores de AIDS que não têm boa condição financeira e, pelo entendimento do ministro Celso de Mello, o direito à Saúde é fundamental e obriga o Estado na elaboração e implementação de políticas públicas a fim de dar efetividade a esses direitos:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Enfatizou, posteriormente, a impossibilidade de imposição de obstáculos para obtenção, via judiciário, do acesso à Saúde, nos seguintes termos:

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar o Ministério Público e o Poder Judiciário naquelas hipóteses em que órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Como bem assinalou Otávio Balestra Neto¹³⁷ a respeito da decisão supraindicada, verifica-se que o STF:

abraçou, mesmo sem menção expressa, a ideia de que o direito à saúde configura parcela do mínimo existencial e que, por esta razão, deve ser obrigatoriamente concretizado pelo poder público. Comportamento contrário seria tido como “intolerável omissão”. Assim, afastou a tese fazendária de inaplicabilidade direta do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, bem

¹³⁷ BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. Revista de Direito Sanitário, v. 16, n. 1, p. 87-111, 3 jul. 2015.

como a suposta impossibilidade de que o Poder Judiciário pudesse se imiscuir no orçamento público, de iniciativa exclusiva do Poder Executivo.

Posteriormente, em 2009, em momento novo da jurisprudência brasileira, o STF realizou uma audiência pública para definição de parâmetros à judicialização do direito à Saúde, a fim de evitar, com isso, o deferimento de todo e qualquer tipo de demanda relacionada à Saúde; passa-se aqui, à análise mais aprofundada do caso concreto.

Exemplo disso, é o da Suspensão de Segurança 3073/RN¹³⁸ onde se discutia, inicialmente, via Mandado de Segurança impetrado no Tribunal de Justiça do Estado

¹³⁸ O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. O requerente sustenta, em síntese: a) inadequação do mandado de segurança, pois, “em caso de pedido de medicamentos, é necessária perícia que verifique a plausibilidade da indicação médica feita pelo médico particular” (fl. 5); b) ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto a liminar impugnada viola o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), certo que “o Estado não tem previsão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demande, não podendo arcar com o provisionamento integral de fármacos de que necessita cada cidadão residente no território estadual” (fl. 10). Nesse contexto, ressalta a necessidade de observância da cláusula da reserva do financeiramente possível e o fato de que os medicamentos requeridos não estão inseridos no âmbito do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, estabelecido, por intermédio do Poder Executivo, conjuntamente pela União, Estados e Municípios; c) impossibilidade de o Poder Judiciário “c) impossibilidade de o Poder Judiciário “desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto” (fl. 12). Além disso, aduz que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento ao impetrante, apenas propõe a indicação de outros similares, uma vez que o medicamento solicitado não se encontra relacionado na lista do Ministério da Saúde; d) caráter experimental do medicamento pleiteado (Rituximabe), o qual se encontra em estudo “em razão de pesquisas haverem concluído que ele proporciona o aparecimento de hepatite nos pacientes que o utilizam” (fl. 15). 2. A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 36-38). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 45-46). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 6º e 196 da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população

do Rio Grande do Norte a determinação para a Fazenda Pública Estadual fornecer o medicamento Mabithera – medicamento experimental - ao impetrante. A partir de sua análise, pode-se perceber que não houve a concessão em razão de estar configurada lesão à ordem pública, uma vez que se tratava de medicamento muito custoso e por não se encontrar no rol do SUS, conforme texto abaixo destacado:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas

Por outro lado, em um outro Julgado, um Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, o STF adentrou mais ainda às diretrizes para a concessão de medicamentos, desta vez, deferindo o pleito de um indivíduo que necessitava de medicamento que não constava do rol daqueles previstos pela ANVISA.

como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. Publique-se”. (STF, SS 1073, Rel. Min. Presidente, proferida pela Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007, p. 21).

O caso versava sobre um paciente portador de uma doença de Niemann-Pick Tipo C – que necessitava do medicamento Zavesca, sem registro da Anvisa. A ação judicial pretendia a condenação solidária da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza ao fornecimento do medicamento, cujo custo mensal era de aproximadamente R\$ 52 mil (cinquenta e dois mil reais).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região concedeu a antecipação de tutela com o objetivo de que o referido medicamento fosse fornecido imediatamente. O pedido de suspensão da tutela antecipada formulado à Presidência do STF, manteve a posição do Tribunal. A União agravou da decisão argumentando em síntese que teria havido a violação do princípio da separação dos poderes quando da interferência judiciária nas políticas públicas da Administração Pública; inexistência de previsão normativa sobre a solidariedade entre integrantes do SUS, o que levaria ao polo passivo somente o ente responsável pela omissão no fornecimento do medicamento; e, por fim, em razão de grave lesão às finanças e saúde públicas e possibilidade de efeito multiplicador.

Remetida a questão ao Plenário da Corte, o STF entendeu que todas as provas colacionadas no processo corroboraram à eficácia do medicamento e, não comprovaram uma grave lesão à ordem saúde e economia públicas, sendo, portanto, imperioso afirmar que atualmente não existe uma pacificidade de entendimento jurisprudencial justamente pela análise cuidadosa e específica de cada caso, observadas todas as circunstâncias que o permeiam.

A análise específica dos casos pelo STF é de fato a maneira mais adequada de se conceder ou não tratamento ou medicamento de difícil acesso, de modo a se evitar uma sistematização exagerada de todas as decisões pela Corte proferidas. O objetivo maior, como se viu, é a proteção do direito à Saúde, em todos os casos.

Recentemente, aliás, houve a manifestação do STF¹³⁹ sobre a pandemia denominada Coronavírus, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, onde,

¹³⁹ STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF 568/PR. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:

sinteticamente foi apresentado pela Procuradoria Geral da República em que pedem a realocação de parte dos recursos discutidos na ADPF inicialmente destinados R\$ 1.600.000.000,00 (um bilhão e seiscentos milhões de reais), originariamente destinados para a Educação, em favor do Ministério da Saúde, para o financiamento de ações de contenção e mitigação da Pandemia, dada a enormidade da crise, com proporções internacionais.

No Relatório, o Ministro confirma a proteção constitucional da Saúde e da Vida, nos seguintes termos:

O direito à vida e a saúde aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde. A gravidade da emergência causada pela pandemia do COVID-19 (Coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.

Como bem salientado por Marques e Dallari¹⁴⁰ e por tudo o quanto extraído das decisões, a maioria delas conduzem o estudioso à noção de que o Tribunal não deixou, sobremaneira, de privilegiar o Direito à Saúde em razão do alto custo dos Medicamentos e demais fármacos e tratamentos específicos e nem em decorrência dos demais desafios existentes, conferindo uma importante efetivação ao direito social à saúde.

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf568homolog.pdf>>. Acesso em: 28 setembro 2020.

¹⁴⁰ Dentre os 31 processos analisados, foi concedida a medida liminar em 93,5% dos casos. Das sentenças proferidas pelos juízes, 90,3% julgaram a ação procedente e, dentre estas, a grande maioria (96,4%) condenava o réu a fornecer o medicamento exatamente nos moldes requeridos pelo autor. MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi Dallari. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 41, n. 7, p. 105, 2007.

3.2. DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

3.2.1. A escassez de investimentos destinados às Políticas Públicas

A questão de acesso à justiça não pode ser tratada com simplicidade porque envolve a discussão da morosidade de tramitação dos processos junto ao Poder Judiciário, a questão relacionada à falta ou insuficiência de recursos vinculados ao orçamento público muitas vezes debatidas pelos Tribunais Superiores e outros desafios inerentes à atividade jurisdicional.

Importante aspecto que impacta na efetividade do acesso à saúde é a problemática do orçamento público. No momento em que o particular ajuíza uma ação na busca por uma solução médica como o tratamento custoso de uma doença específica e o Estado não concede, surge a discussão no sentido de que o ente público não estaria cumprindo com o seu dever de proteger e fornecer a Saúde a todos, violando ainda, o direito de viver.

Em contrapartida, o Estado também não pode patrocinar todos os tratamentos específicos e conceder todos os medicamentos de alto custo, o que resultaria em verdadeiro desprestígio a determinada classe de direitos fundamentais, como o direito de acesso à educação, assistência aos desamparados, também protegidos pelo texto constitucional.

Menciona-se a título informativo que em 2019, segundo o Relatório de Gestão do Ministério da Saúde, houve um desembolso de R\$ 796.306.242,40 com a aquisição de medicamentos, o que reflete diretamente no orçamento público, onerando outros direitos que também demandam uma prestação estatal.

Em sentido contrário, defende-se que o Poder Judiciário não poderia conceder todos os tratamentos requeridos porque acabaria por prestigiar alguns e desprestigiar outros, uma vez que não conta com todo o seu orçamento para o fim único de pagar os tratamentos e remédios mais caros.

Pontua-se, aqui, a importância que as finanças têm para a efetivação dos direitos sociais e a competência dos Poderes Públicos para que sejam alocados investimentos de maneira correta, em observância ao quanto dispõem as normas jurídicas, apesar do cunho preponderantemente político para implementação de medidas relacionadas à Saúde e outros direitos básicos.

Entende-se, em mesmo sentido que Alessandra Gotti¹⁴¹, que além de diversas normas constitucionais contidas no Título destinado à Ordem Social, direcionando os recursos a direitos como educação e saúde, é importante destacar que o artigo 3.º incumbe aos Poderes Públicos metas concernentes ao alcance da justiça social, assim como no artigo 170, da Constituição Federal, a previsão expressa do objetivo de assegurar os ditames da justiça social e a existência digna.

Veja-se que, mais uma vez, o Texto Constitucional se preocupou em conferir maior elasticidade aos direitos sociais e que é através destes direitos que se alcança o desenvolvimento nacional e se faz possível a realização dos objetivos enunciados no artigo 3.º da Constituição, a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, levando em consideração a discussão a respeito da limitação pela “reserva do possível”, que é o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da infinidade de necessidades a serem por ele supridas, pelo conceito de Ana Paula de Barcellos¹⁴², são, a bem da verdade uma limitação à efetivação dos direitos sociais porque dependem da disponibilidade econômica e financeira para que haja a implementação pelo Poder Público.

¹⁴¹ GOTTI, Alessandra. Direitos Fundamentais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 87.

¹⁴² DE BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. [S. l.]: Renovar, 2011. P. 261/263.

Os gastos públicos devem perseguir, com prioridade, a efetivação dos direitos sociais, não dependendo, contudo, da existência de condições positivas financeiras para sua implementação, sob pena de violação aos direitos fundamentais constitucionais. Neste sentido, ressalta Alessandra Gotti¹⁴³:

De fato, ainda que se reconheça que os recursos públicos são finitos, condicionar os direitos sociais à existência de “cofres cheios” corresponde ao total aniquilamento dos direitos constitucionalmente consagrados, despindo-os de toda a sua força normativa. A questão pode ser colocada em outra perspectiva: o que está em discussão é a eleição de prioridades, para as quais, aliás, existem outros critérios claros e objetivos já delineados pela própria Constituição e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

É inaceitável, pois, que baseados na impossibilidade de realização dos direitos sociais em virtude de questões financeiras ou então políticas, o Estado acabe por desprestigiar o texto constitucional; na verdade são os recursos públicos que devem nortear a efetivação dos direitos sociais, pois, a norma escrita dita a regra e a quantidade de valores disponíveis que deverão ser alocadas no campo da saúde, são as finanças que permitirão o Estado a disponibilizar o recursos para o correto acesso à saúde suficiente e digna.

Noutro segmento, em que pese parecer uma teoria dotada de um certo exagero, é de se concordar parcialmente com Andreas J. Krell¹⁴⁴ que, ao tratar da reserva do possível, entende que no Brasil tal teoria teria sido recepcionada como “fruto de um Direito Constitucional Comparado equivocado”, em razão da falta de promoção das necessidades básicas pelo Estado, ou seja, no sentir de Andreas a Reserva do Possível não se coaduna com a sistemática brasileira. Em sentido oposto, Ana Paula de Barcellos¹⁴⁵:

O argumento da reserva do possível não pode ser suscitado contra a exigibilidade do mínimo existencial, pois seu conteúdo descreve o conjunto

¹⁴³ GOTTI, Alessandra. Direitos Fundamentais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.P. 93.

¹⁴⁴ Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

¹⁴⁵ DE BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. [S. l.]: Renovar, 2011.P. 340/341.

de prioridades constitucionalmente definidas para a ação estatal. Isto é: prioritariamente a qualquer outra atividade, cabe ao estado empregar recursos para o atendimento daquilo que se entenda, em determinado momento histórico de uma sociedade, o mínimo existencial. Assim, se algum indivíduo demonstra encontrar-se desprovido dos bens ou serviços inerentes a esse mínimo, é porque o Estado, em um momento anterior, terá agido de forma inconstitucional, destinando recursos a outros fins sem haver atendido, antes, a prioridade constitucional. Nesse contexto, ao empregar o conceito do mínimo existencial o juiz está dispensado de examinar o argumento da reserva do possível, uma vez que essa questão já terá sido avaliada quando da construção do próprio conceito.

A destinação de recursos públicos aos segmentos básicos, vale dizer, os direitos sociais, são obrigatórios, de modo que caso haja carência no fornecimento desses bens prioritários, isto significará que o Estado mal distribuiu as finanças públicas, e, por assim dizer desrespeitou a distribuição de investimentos aos direitos sociais.

Entretanto, o Estado deve partir de uma realidade orçamentária, ou seja, do que realmente tem em caixa para que possa planejar a correta distribuição do dinheiro público às diversas áreas essenciais do Estado. Aqui, deve-se concordar com a posição de Daniel Sarmento¹⁴⁶ ao afirmar:

a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes. Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. p. 566 e ss.

política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta.

No Brasil, seguindo a análise de Fernando Facury Scaff¹⁴⁷ é o Poder Legislativo quem determina a divisão dos gastos públicos: “através do sistema orçamentário, pois é nele que serão designadas as prioridades a serem implementadas em curto e médio prazo – os objetivos de longo prazo estão previstos na Constituição. A isso se chama ‘discrecionalidade do legislador’, cabendo ao Poder Executivo a realização destes gastos.

No mesmo raciocínio, Christian Courtis e Victor Abramovich¹⁴⁸, segundo os quais “la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar decisiones complejas em matéria de políticas sociales. De allí que se reconozca a los poderes políticos del Estado um amplio margen de actuación el diseño e ejecución de esas políticas. ”

Adentrando à questão do orçamento público, conceituado como o instrumento de alocação de recursos para que se possa destiná-los e promover a concessão de todos os direitos e garantias constitucionais previstas no texto constitucional, é relevante mencionar que o orçamento público está diretamente vinculado à efetivação dos direitos sociais dada a estreita relação com os direitos econômicos e, com isso, na questão dos gastos públicos.

Seguindo a orientação promovida por José Afonso da Silva¹⁴⁹, não é fácil desatrelar com nitidez os direitos sociais dos direitos econômicos, os direitos dos trabalhadores entre os direitos econômicos uma vez que os trabalhadores são um componente das relações de produção, aliás a Constituição Federal incluiu o direito dos trabalhadores como espécie dos direitos sociais e o trabalho como primado da ordem social nos artigos 7 e 193 do texto constitucional.

¹⁴⁷ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 152.

¹⁴⁸ Victor Abramovich e Christian Courtis. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002. P. 248-249.

¹⁴⁹ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. P. 286.

Esclarece¹⁵⁰ que o direito econômico tem uma dimensão institucional ao passo que os direitos sociais constituem forma de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou, segundo Geraldo Vidigal “é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social. Os direitos sociais, disciplinam, para ele, situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto e em certa medida pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais porque sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.

A concessão de direitos sociais pelo Estado é uma maneira de o Estado não só prover e defender a universalidade do direito social do particular que tem direito à existência e conseqüentemente à vida, mas também garanti-los, assim como já prevê a Constituição Federal, sobretudo para que se possa viver uma vida digna, com qualidade de vida, e não somente viver.

Ao tratar do assunto de economia e direitos sociais, esclarece-se que a Constituição Federal não abriu um capítulo relativo às finanças públicas de maneira despropositada, mas sim em razão da necessidade de tratar sobre normas gerais relativas à dívida pública, emissão de moeda, a função do banco central e o sistema orçamentário.

Não se pretende esgotar a matéria, apenas lançar alguns holofotes para a área que merece maior investimento estatal, bem como esclarecer a abordagem constitucional sobre o tema, de modo que se possa entender como é que são distribuídas as finanças públicas, quais áreas são as maiores favorecidas e a previsão prioritária da Constituição aos direitos sociais, como bem o faz o artigo 196, do Texto Constitucional.

¹⁵⁰ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. P. 286.

Importante que o sistema orçamentário funcione; a Constituição Federal se preocupou em dispor em seu artigo 163, pela interpretação de José Afonso da Silva, que à lei complementar cumprirá dispor sobre finanças públicas que tem como conteúdo o estudo especulativo não jurídico da despesa e da receita públicas, do orçamento e do crédito públicos; sobre dívida pública externa e interna incluindo as autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público, de onde se vê que se dá aí uma abrangência elástica da expressão dívida pública; concessão de garantias da dívida pública; emissão e resgate de títulos da dívida pública; fiscalização das instituições financeiras; operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios; compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

O sistema orçamentário é composto dos seguintes instrumentos normativos: a lei complementar de caráter financeiro, a lei de plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

À lei complementar de caráter financeiro estampada no artigo 165, § 9.º da CF, cabe dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, assim como estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração Pública, bem como a instituição e o funcionamento dos fundos.

Em seguida, ao tratar sobre as normas da lei de plano plurianual estabelecerá de maneira regionalizada as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, trata-se da lei complementar de caráter financeiro que vai estipular a vigência, os prazos e o modo de elaboração do plano plurianual.

Há, ainda, a lei de diretrizes orçamentárias que traçará as metas e as prioridades da Administração Pública Federal, incluindo as de capital para o exercício financeiro seguinte, servirá também para a elaboração da lei orçamentária anual,

também a respeito da legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

É uma lei anual que condiciona o envio de seu projeto pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, nos termos da lei complementar de caráter financeiro; ela é, em síntese a lei que mostrará as metas e prioridades que deverão constar do orçamento anual.

Por fim, a lei orçamentária anual, que abarca três modalidades de orçamentos, são eles: o orçamento fiscal que se refere aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo próprio Poder Pública; depois, o orçamento de investimento das empresas em que a União detenha a maioria do capital social com seu direito a voto e, por último, o orçamento da seguridade social que abrange todas as entidades a ela vinculados.

A Constituição Federal, segundo José Afonso da Silva¹⁵¹, institui um sistema orçamentário efetivamente moderno, abre amplas possibilidades de um sistema integrado do planejamento do orçamento-programa de modo que o orçamento fiscal, os orçamentos de investimento de empresas e o referente à seguridade social passam a constituir etapas do planejamento de desenvolvimento econômico e social, conteúdo dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais devendo se compatibilizar com o plano plurianual, já desenvolvido acima.

Ou seja, trata-se este sistema orçamentário instituído pela Constituição Federal de 1988, de um verdadeiro planejamento estrutural uma vez que todos os planos e programas têm suas estruturas estabelecidas segundo o plano plurianual.

Nota-se, assim, que existe um entrelaçamento entre o orçamento público e o econômico, fazendo com que exista, então, um equilíbrio econômico das finanças modernas.

¹⁵¹ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. Pg. 737.

No entanto, como bem assevera José Afonso da Silva, tal integração tem caráter dinâmico e, em razão disto, trata-se de uma vinculação permanente e contínua sem que se admita a interrupção e, por isso, os planos globais abrangem os mais concretos e a execução destes leva à materialização daqueles.

Há, portanto, um cenário geral que parece positivo se considerada a época da promulgação do texto constitucional, ainda vigente, situação que até poderia fazer sentido, mas, ultrapassados mais de trinta anos de promulgação é crível que muitas ideias, costumes, necessidades e economia tenham se modificado, podendo, assim, resultar em novas necessidades de planos de execução mais compatíveis com a atual realidade.

O atendimento a determinados princípios que regerão a questão dos orçamentos, como por exemplo o princípio da exclusividade, da programação, do equilíbrio-orçamentário, da anualidade, da unidade, da universalidade ou da globalização, legalidade e o modelo econômico e orçamentário são relevantes para a compreensão dos obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais.

Não obstante, vale esclarecer, que os direitos fundamentais sociais, são essenciais, indispensáveis à sobrevivência de qualquer ser humano, são direitos mínimos de qualidade de vida na sociedade, o que causa, calorosa discussão entre os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que não podem deixar de permitir o acesso à Saúde que é fundamental, mas que, ao mesmo tempo, devem atender critérios econômicos constitucionais.

Os conflitos são originados do caótico cenário de falta de prestação de assistência pelo Estado durante longo período de tempo; o Brasil nunca experimentou um só momento em que todos os direitos sociais essenciais eram plenamente executáveis e fornecidos pelos entes públicos, isto acontece em razão da falta de verba para implementação correta de certo direito ou do conflito com outros direitos essenciais que pudessem inviabilizar a efetivação.

Como bem salienta Alessandra Gotti¹⁵², o monitoramento da alocação das verbas no orçamento no dever de utilização do máximo dos recursos disponíveis somente se faz possível quando há transparência e publicidade de tais informações, bem como a inclusão da sociedade civil nesse processo que inclusive encontra previsão legislativa no artigo 48 da Lei Complementar n.º 101/2000 que é a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu parágrafo único, oriundo da Lei Complementar n.º 131/2009.

Destaca, por fim, que é com a divulgação dos parâmetros adotados no planejamento dos orçamentos, com a demonstração da disponibilidade de recursos disponíveis por cada ente da federação em face do total dos alocados para os direitos sociais que se viabilizará um adequado monitoramento do dever de priorizar o máximo dos recursos disponíveis para a implantação dos direitos sociais.

De fato, é importante que toda a sociedade tenha acesso à informação verdadeira, para que se possa entender como é que os recursos públicos são alocados, bem como se eles estão realmente sendo destinados à finalidade para a qual deveriam estar sendo direcionados, exigindo a condução correta em caso de desvio de finalidade.

Nada mais justo com a sociedade civil, responsável pelo pagamento de tributos que, por sua vez, são destinados ao caixa público que, por meio dos governantes por ela eleitos, administrarão os recursos públicos e observadas as regras do orçamento público farão o correto direcionamento dos recursos aos direitos sociais de cada segmento.

Cabem aqui a reflexão sobre os princípios orçamentários. Segundo José Afonso da Silva¹⁵³, os princípios que informam o orçamento público referem-se uns a seu conteúdo (princípio da exclusividade) e outros à sua forma, asseverando que sofreram profunda transformação com a evolução do orçamento clássico para o

¹⁵² GOTTI, Alessandra. Direitos Fundamentais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 226.

¹⁵³ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923.

orçamento-programa, embora nominalmente sejam os mesmos, com exceção feita ao princípio da programação, que não poderia existir no orçamento tradicional.

Os princípios orçamentários existem para reforçar a utilização do orçamento como instrumento de controle parlamentar e democrático sobre a atividade financeira do Executivo e, por outro lado, para orientar a elaboração, aprovação e execução do orçamento.

Certamente a abordagem aqui seguida terá norte constitucional, sob pena de se adentrar à seara da ciência do direito financeiro, que não é a pretensão da reflexão do presente Trabalho.

O princípio da exclusividade, portanto, introduzido no Direito Constitucional brasileiro pela Emenda de 1926, no § 1.º do artigo 34 da Constituição de 1891, originou-se com o propósito de vedar a introdução em lei orçamentária de matérias absolutamente estranhas ao direito financeiro e o artigo 165, § 8.º da Constituição Federal de 1988 vedou à lei orçamentária, a criação de dispositivos estranhos à fixação da despesa e à previsão da receita, sem, no entanto, se proibir a abertura de créditos suplementares e a contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação da receita nos termos da lei. Busca, principalmente, o impedimento da inclusão de normas referentes a outros campos jurídicos na lei orçamentária.

Outro princípio é o da programação com formulação de objetivos e o estudo das alternativas da ação futura para alcançar os fins da atividade governamental; princípio do equilíbrio orçamentário que é um dos mais importantes e que se consubstancia na relação de equivalência entre o montante das despesas autorizadas e o volume da receita já prevista para o exercício financeiro, chegando-se a uma concepção de igualdade matemática entre ingressos e gastos públicos que, na verdade, não encontra mais previsão na Constituição vigente. Não obstante, leciona José Afonso da Silva¹⁵⁴:

¹⁵⁴ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923.

O desequilíbrio orçamentário verifica-se: a) quando o montante da despesa autorizada for superior à receita estimada ocorrendo aí o déficit; b) quando a estimativa da receita supera a despesa autorizada, caso em que se tem superávit. Ambas as formas eram e ainda são condenadas, mas a primeira é que se tinha (e se tem, ainda) como grave.

Atualmente existem outros princípios trazidos pela doutrina que levam como base a análise dos ciclos econômicos, tendo como ponto de partida o fato de que não é a economia que deve equilibrar o orçamento, mas sim, o inverso, ou seja, o orçamento que deve orientar a economia, levando em consideração a tributação e os gastos públicos internos.

Outro princípio que tem forte influência no cenário dos gastos públicos é o da anualidade que pressupõe uma programação dentro de um período que é apenas utilizado como parâmetro de desenvolvimento da economia.

Tal princípio abarca três pontos de vista que devem ser obrigatoriamente analisados, são eles: do ponto de vista político, isto porque concede ao Congresso Nacional a oportunidade de intervenção periódica na atividade financeira, seja aprovando a proposta de orçamento para o período seguinte, ou então fiscalizando a administração financeira do governando tomando-lhe as contas; do ponto de vista financeiro é aquele em que se arrecadam e contabilizam as despesas autorizadas, encerrando as contas públicas em certo momento e, por último, do ponto de vista econômico com o fim de influir nas flutuações dos ciclos econômicos.

Este princípio, diferentemente do princípio do equilíbrio financeiro, foi trazido pelo texto constitucional ao tratar sobre a lei orçamentária anual. Em síntese, na linha de raciocínio de José Afonso da Silva¹⁵⁵, postura em que filia este autor:

a Constituição determina a elaboração do plano plurianual que estabelecerá diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, que é, como se nota, um plano de

¹⁵⁵ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. P. 742.

investimentos públicos, cujo prazo de vigência vai depender do que dispuser a lei complementar referida no art. 165, § 9º, mas que, por certo, será de três anos para cima. Há mesmo um preceito constitucional, segundo o qual nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade (art. 167, § º). Pode-se até, a partir daí, reconhecer um novo princípio orçamentário, próprio da técnica de orçamento-programa, qual seja o princípio da plurianualidade das despesas de investimento. Isso, contudo, não fura o princípio da anualidade, porque as metas e programas, e, portanto, as despesas de capital, constantes do plano plurianual, serão executadas ano a ano pelo orçamento anual. Significa isso que o princípio da anualidade sobrevive e revive no sistema, com caráter dinâmico-operativo, porquanto o plano plurianual constitui regra sobre a realização das despesas de capital e das relativas aos programas de duração continuada, mas não é operativo por si, e sim por meio do orçamento anual.

Seguindo a análise principiológica a respeito do sistema orçamentário, o princípio da unidade, em linhas gerais, cinge-se no fato de que os documentos orçamentários devem se subordinar a uma unidade de orientação política, numa hierarquização unitária dos objetivos a serem atingidos e na uniformidade de estrutura do sistema que deve estar integrado.

A seguir, o princípio da universalidade que segue a ideia de que as parcelas da receita e das despesas devem figurar em bruto no orçamento, sem qualquer dedução, ou seja, devem ser incluídas no orçamento anual geral todas as rendas e despesas dos Poderes, fundos, órgãos e entidades da Administração Pública.

Ademais, na Saúde Pública, este acesso universal e isonômico está envolto por uma série de tratamentos e necessidades distintas, devendo, portanto, essa universalidade e integralidade ser “um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas”, segundo a orientação dada por Daniel Sarmento¹⁵⁶. Comparato¹⁵⁷ compreende:

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 144.

¹⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 570-571.

Em nome da isonomia ou igualdade meramente formal dos concorrentes perante a lei, faz-se de conta que todos – ricos e pobres, fortes e fracos, sujeitos ou não ao preconceito da inferioridade – podem participar, numa postulada igualdade absoluta da condição social, da grande competição da vida, na qual deve ser premiado o concorrente mais capaz.

Mencionados princípios se coadunam com o princípio da Legalidade, norteador de toda e qualquer relação jurídica da Nação, que, em termos de orçamento tem o mesmo sentido daquele aplicado no direito como regra geral, e, por isso, subordina a Administração Pública a um princípio geral do direito e um pilar do Direito Administrativo, o da Legalidade.

Como bem assevera José Afonso da Silva¹⁵⁸ trata-se de exigência constitucional expressa o fato de que as leis de iniciativa do Presidente da República estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, que integram a lei orçamentária anual.

Por fim, e talvez um dos mais importantes ao tema deste trabalho, sem desprezar os demais – mesmo porque sem eles não se chegaria à quantificação dos créditos orçamentários disponíveis, chega-se aos Princípios da não-vinculação e da quantificação dos créditos orçamentários, diretrizes básicas para que se possa entender a extensão de investimentos nos direitos sociais, principalmente em se tratando de Direito à Saúde.

Com efeito, o primeiro, da não-vinculação, veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvando, entretanto, a repartição do produto da arrecadação dos impostos estampados nos artigos 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, manutenção e desenvolvimento do ensino e para a realização de atividades da administração tributária dentre outras.

Veja-se que a própria Constituição Federal excepcionou, em especial os recursos destinados à saúde e à educação, mas não se esquivou em prever a

¹⁵⁸ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. P. 744.

faculdade da vinculação de até cinco décimos por cento da receita tributária líquida de apoio à inclusão social e promoção social.

Quanto ao princípio da quantificação dos créditos orçamentários, ou seja, a quantidade que o Poder Executivo está autorizado a gastar, deve rigorosamente ser objeto de fiscalização e controle pelo Poder Legislativo. Consiste, portanto, em uma verdadeira vedação à concessão ou utilização dos créditos de maneira ilimitada.

Em conjunto com esta, também outra regra proibitiva que merece destaque e cuja menção é mandatória, o que diz respeito à realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, com aprovação por maioria absoluta no Congresso Nacional.

Refere-se, portanto, à boa administração do orçamento pelos Poderes Públicos que devem agir proibindo a utilização dos créditos autorizados de maneira ilimitada, dependendo, para tanto de implementação pelo poder Executivo e da fiscalização pelo poder Legislativo.

Os Poderes trabalham em conjunto e dependem uns dos outros; a relação, de acordo com a previsão constitucional, pode funcionar harmonicamente desde que um Poder não interfira no outro ultrapassando as competências pré-estabelecidas na Constituição Federal e obedecendo a Separação dos Poderes.

Esta abordagem da estrutura orçamentária do Estado tem como precípua função enfatizar que sob o véu de todos os direitos e garantias fundamentais constitucionais fixados na Constituição, existem diversos fatores que devem ser observados a fim de que o Estado possa funcionar de maneira contínua e progressiva. Um deles é o orçamento público; sem investimentos toda e qualquer atividade resta absolutamente ineficaz.

Contextualizando, vale dizer que o direito fundamental que aqui se pretende explorar, a Saúde, isoladamente analisada, conduz ao raciocínio de que envolve uma série de direitos como o direito à vida, bem maior humano.

Deve-se levar em consideração a qualidade da vida, as condições dignas para um tratamento adequado, um fornecimento adequado dos serviços básicos pelo Estado, um sistema econômico equilibrado, que, por meio do pagamento dos impostos, serão possíveis a implementação e adequação dos direitos fundamentais, conferindo validade à norma constitucional, possibilitando acessos integrais e de qualidade para todos que recorram à Saúde Pública.

Via orçamento estatal, os órgãos públicos investem nos setores básicos à vida humana, devendo atender à população de uma maneira suficiente a cada peculiaridade; ora, se um sujeito é acometido de uma doença que demanda um cuidado básico, como por exemplo um resfriado sem maiores complicações, o órgão público da Saúde deve obrigatoriamente fornecer o medicamento ou tratamento adequado e fornecer a ele todos os meios adequados, suficientes e observada a qualidade do medicamento, a fim de que aquela doença seja superada, ainda quando não houver registro pela ANVISA, que é, como se verificou, a tendência do Supremo Tribunal Federal.

Como contraponto, vale lembrar que a questão das finanças públicas funciona como uma conta de matemática, ou seja, ao se privilegiar alguém com uma prestação não prevista, por meio de uma decisão judicial, automaticamente se retira do valor total anteriormente destinado à satisfação de outro direito social. Assim, uma quantia passa a ser destinada para a finalidade provocada, e, como bem leciona Daniel Sarmiento¹⁵⁹:

a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora ...

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. p. 566 e ss.

Ao mesmo tempo, pode-se identificar um obstáculo enorme que são os desvios de verbas públicas, de modo que a problemática dos recursos públicos não se restringe somente ao modo de elaboração destas políticas públicas. Como bem assevera Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁰:

Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas.

Pela análise de Stone¹⁶¹, o que se busca é a maximização dos recursos disponíveis, mesmo porque a Saúde, como direito do cidadão e responsabilidade do Estado, deve ser provida pelos recursos oriundos dos orçamentos públicos, com utilização do dinheiro público para direcionamento na execução de políticas públicas efetivas, evitando ao máximo a falha no investimento. Isto se faz com o direcionamento para aprimoramento das áreas destinadas a cuidar dos Direitos Fundamentais.

O Poder Judiciário, atuaria, segundo o doutrinador, como um controlador da execução de políticas públicas já existentes, evitando abusos dos poderes políticos e dando maior efetividade aos direitos sociais de maneira coletiva, e não somente individual.

Neste aspecto, tendo presente o obstáculo relativo ao orçamento público e a melhoria da implementação do Direito Social à Saúde, é também pertinente o debate sobre as dificuldades de acesso à justiça e o entrelaçamento com a efetividade da Saúde.

¹⁶⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: O processo para solução de conflitos de interesse público[S.l: s.n.], p. 650 ; 23 cm, 2017.

¹⁶¹ STONE, Geoffrey R. Individual Rights and Majoritarianism: The Supreme Court in Transition. Cato Policy Analysis, n. 51, March 29, 1985. Disponível em: <<https://store.cato.org/pubs/pas/pa051.html>>. Acesso em: 28 out. 2011.

As condenações judiciais que determinam a destinação de certa quantia para a efetivação da justiça acabam por alterar a previsão orçamentária, realocando alguns recursos anteriormente destinados a outros direitos sociais com o fim de atender o Direito à Saúde.

3.2.2. As consequências do acesso indiscriminado ao Poder Judiciário

Para que se entenda os desafios de acesso ao Judiciário será necessário um estudo das condições disponíveis para a busca de uma solução junto a este Poder, que cotidianamente se depara com uma enormidade de ações ajuizadas e, como consequência disto, a falta de profissionais para a solução de tais demandas, o que, por óbvio, reflete na demora da tramitação dos processos, além da falta de conhecimento, por vezes, dos membros do Tribunal de Justiça para estabelecerem um juízo valorativo deste Direito Social tão relevante.

Algumas ações são protelatórias e obstaculizam o exercício efetivo do Poder Judiciário, prejudicando quem realmente precisa do direito pleiteado; são muitas ações em curso e não existem tantos juízes quanto necessários para a solução destas demandas e o acesso à justiça por vezes resulta em um realocamento das verbas antes destinadas a uma finalidade em decorrência de suas decisões garantistas.

A discussão nos Tribunais Superiores e na doutrina ainda é díspare mas sabe-se da de prevalência da Saúde em detrimento de outros, mesmo que a discussão pare sobre os gastos públicos.

O Brasil ainda não tem condições de permitir o acesso a esses direitos sociais mais custosos a todos sem que tal medida impacte diretamente na efetivação de outros direitos. E neste mesmo sentido, Daniel Sarmento¹⁶² assevera que:

o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo,

¹⁶² SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008. p. 566 e ss.

uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados.

O princípio do acesso à justiça é essencial nesta análise porque o Estado deve permitir a todos o acesso à justiça, sem qualquer distinção para tanto, permitindo o acesso, inclusive, daqueles que não tenham condições de proceder ao pagamento de custas judiciais, assegurando a estes a isenção no pagamento destas pelo instituto da concessão de justiça gratuita.

A condição de hipossuficiência no acesso à Saúde sob o aspecto da hipossuficiência econômica do valor do medicamento em relação à condição socioeconômica de quem pleiteia, conforme estudo de Fabíola Fanti¹⁶³, constatou que apenas alguns desembargadores entendem que a concessão de medicamento só será realizada se não houver comprometimento do orçamento do autor; ou seja, a maioria das decisões caminha no sentido de viabilizar o acesso universal da saúde.

Como garantia constitucional tem-se a inafastabilidade da tutela jurisdicional e demais princípios relacionados com o acesso à justiça, que obrigam a Justiça de permitir o acesso, ou seja, permitindo a todos que precisem “bater às portas” do Poder Judiciário, bem como ter apreciado o mérito de seu pleito, resolvendo o problema de forma justa, em tempo razoável e atendendo aos princípios basilares do Direito.

Urge neste aspecto salientar, que não houve limitação constitucional a respeito do acesso universal da Saúde somente a quem seja pobre, mas também àqueles que tenham condições de arcar com o alto custo de qualquer medicamento. Nessa ordem de ideias, assevera Lenir Santos¹⁶⁴ que “A luta pelo direito à saúde, como um direito das pessoas pobres, valoriza a saúde apenas como um direito que deve ser satisfeito

¹⁶³ FANTI, Fabíola. Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo. 2009. 105 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 50.

¹⁶⁴ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 41.

no campo da assistência social, esvaziando-o de seu conteúdo de direito social e individual a ser garantido pelo poder público a qualquer cidadão”.

Ressalta-se que o princípio do acesso à justiça assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5.º, inciso XXXV, ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, é uma verdadeira garantia constitucional que encontra proteção no direito de ação¹⁶⁵:

O direito de ação – ele próprio um direito subjetivo, consistente na possibilidade de exigir do Estado que preste jurisdição – tem fundamento constitucional. Mas as ações judiciais, normalmente, são instituídas e disciplinadas pela legislação infraconstitucional. A Constituição brasileira, todavia, institui ela própria algumas ações. Tradicionalmente, desde a Constituição de 1934, três eram as ações constitucionais: o habeas corpus (que fora constitucionalizado desde 1891 – CF/88, art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX) e a ação popular (art. 5º, LXXIII). A Constituição de 1988 ampliou esse elenco, acrescentando o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a ação civil pública (art. 129, III), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e o habeas data (art. 5º, LXXII). O direito de ação e as ações constitucionais e infraconstitucionais constituem as garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais mecanismos de efetivação das normas constitucionais quando não cumpridas espontaneamente.

Nesta ordem de raciocínio, Capeletti¹⁶⁶ leciona que:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. 583 p. 138.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que a cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Tal princípio, também denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é o que permite o ingresso em juízo para assegurar direitos que estejam sendo ameaçados, ou seja, a lei protege não só os direitos que já foram transgredidos ou desrespeitados, como também aqueles que possam porventura ser violados e que estejam ameaçados, uma verdadeira ampliação do acesso ao Poder Judiciário. Para José Afonso da Silva¹⁶⁷:

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: aos litigantes, e, processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Agora a seguinte passagem do magistério de Liebman tem ainda maior adequação ao Direito Constitucional Brasileiro: “O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e

¹⁶⁷ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. Pg. 431.

estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos.

A realização do princípio do acesso à justiça também resulta na necessária observância de outros princípios a ele vinculados, tais como o do devido processo legal e o direito a uma duração razoável do processo.

O devido processo legal é o princípio que completa as garantias processuais, isto porque existe como garantia do processo e abarca não só o procedimento, como também e principalmente os instrumentos adequados para que exista efetivamente a prestação jurisdicional e o Estado possa dar a cada um o que é seu.

Utilizando a base trazida por Alexandre de Moraes¹⁶⁸ “o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independente de lei especial que a outorgue”.

Dentre outros, também a necessidade de se garantir o contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

A duração razoável do processo ainda enfrenta alguns percalços sobre o que seria uma duração razoável para trâmite de um processo, que, a Constituição Federal, no artigo 5.º inciso LXXVIII a todos assegura, seja no âmbito judicial, seja no administrativo. Para José Afonso da Silva¹⁶⁹:

...o acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual

¹⁶⁸ DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 9ª. ed. [S. l.: s. n.], 2001.

¹⁶⁹ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. P. 432/433.

para que, num passe de mágica, tudo se realize com declarado. Demais a norma acena para a regra da razoabilidade cuja textura aberta deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas. Ora, a forte carga de trabalho dos magistrados será, sempre, um parâmetro a ser levado em conta na apreciação da razoabilidade da duração dos processos a seu cargo. É, nesse contexto, que entra o outro aspecto da norma em análise, qual seja: a organização dos meios que garantam a celeridade da tramitação dos processos. A garantia de celeridade de tramitação dos processos constitui um modo de impor limites à textura aberta da razoabilidade, de sorte que, se o magistrado demora no exercício de sua judicatura por causa, por exemplo, de excesso de trabalho, a questão se põe quanto à busca de meios para dar maior celeridade ao cumprimento de suas funções, prevendo-se, mesmo que o Congresso Nacional promova alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional (EC-45/2004, art. 7º); se, no entanto, a morosidade decorrer de desídia do magistrado, o tribunal a que ele pertence, seja qual for a sua condição, deve tomar as providências para o cumprimento das garantias asseguradas no inciso em apreço.

Neste sentido, aliás, Tércio Pires¹⁷⁰ e Antonio Rulli Neto asseveram, sobre a Responsabilidade do Estado na Prestação da Tutela Jurisdicional, que a angústia pela espera de pronunciamento judicial é perceptível inclusive por aqueles que não a experimentaram, de maneira que “os membros do Poder Judiciário exercem função política, jurisdicional e característica da soberania do Estado, mas não se pode olvidar que a natureza de seus préstimos envolve valores irremediavelmente atrelados à própria vida – bem maior”, o que caracteriza a atividade como especialíssima.

A garantia que o Estado deve conferir a tais direitos pelo Poder Judiciário, com o acesso à justiça, deve-se cercar de razoabilidade e enquadramento das funções e necessidades atuais, sempre conduzindo sua aplicabilidade visando a proteção da maioria, de todos os indivíduos da sociedade, de modo que essa interferência depende de diversas mudanças na estrutura da educação jurídica, organização dos tribunais e principalmente, segundo, Virgílio Afonso da Silva¹⁷¹, nos procedimentos

¹⁷⁰ PIRES, Tércio; RULLI NETO, Antonio. Demandas contra a Fazenda Pública. [S. l.]: Editora Juarez de Oliveria, 2004. 210 p. 101.

¹⁷¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: O processo para solução de conflitos de interesse público [S.l: s.n.], p. 650 ; 23 cm, 2017.

judiciais para que se viabilize o tratamento dos direitos sociais e suas decisões com caráter coletivo.

Na Lei 8080/90, reguladora da organização do SUS, há uma restrição do acesso ao cidadão a medicamentos em seu artigo 28, ao impor diversas condições que devem ser concomitantes para que haja o acesso. Esta restrição certamente afasta a obrigatoriedade constitucional de acesso à Saúde prevista no artigo 196, da Constituição Federal.

Não se pretende analisar todas as disposições restritivas do acesso à Saúde. Ocorre, no entanto, que em uma das disposições a Lei praticamente obriga a buscar seu atendimento com médicos vinculados ao SUS, impedindo-o de escolher o profissional de sua confiança, ferindo tanto o artigo 6º quanto o artigo 196º do texto Constitucional. Fato é que não existem condições para o acesso à Saúde que é direito de todos “independente de sua inserção social no processo produtivo, nível de ingresso financeiro, filiação político-partidária, crença religiosa, sexo, idade ou etnia”, como bem pontua Carlos Botazzo¹⁷².

Neste aspecto, cumpre esclarecer que se houver a satisfação do direito individual em relação ao direito à saúde da coletividade, isso não se mostra inadequado, mas, se o Estado satisfizer o direito à saúde de maneira coletiva, certamente serão ajuizadas menos demandas individuais e como consequência serão onerados menos recursos destinados à efetivação de demais direitos sociais.

Inconteste que o Estado deve agir, por meio do Poder Judiciário para atender as demandas relacionadas à Saúde, seja individualmente ou coletivamente quando as medidas não forem prestadas pelo Executivo vez que a este Poder, como expressão do poder estatal, cabe agir para atingir as finalidades do Estado, seguindo o art. 3º da Constituição Federal, prezando pela efetivação dos direitos sociais.

¹⁷² BOTAZZO, Carlos. Democracia, participação popular e programas comunitários. In: FLEURY, Sonia; AMARANTE, Paulo; BAHIA, Lígia (Org.). Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 144.

O Estado deve realizar a prestação de todos os direitos sociais que foram assegurados no artigo 6.º do texto constitucional, fazendo garantir à sociedade o pleno e regular exercício de seus direitos fundamentais, em especial aquele previsto no artigo 196, do mesmo diploma. Neste sentido, Delduque¹⁷³ aponta 2 consequências:

Duas consequências inevitáveis decorrem da leitura de tais dispositivos constitucionais: a confirmação inequívoca de que a saúde é um direito de todos os cidadãos brasileiros, o qual pode ser exercido perante o Poder Judiciário, em caso de lesão ou ameaça de lesão; e o papel estratégico do Estado, como implementador de políticas públicas e prestador de serviços públicos de saúde, voltados à efetivação deste direito social.

Por outro lado, o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário acarreta pedidos absurdos e genéricos que por vezes resultam na concessão de medicamentos sem ao menos uma receita médica e com absoluta falta de conhecimentos a compatibilizar o pedido com a doença ou tratamento necessário.

Neste sentido, há discussão também sobre a legitimidade dos magistrados para identificar as violações relacionadas à causa da Saúde; o argumento contrário a essa interferência do Judiciário seria em razão da falta de conhecimento dos Juízes que estariam interferindo na competência do Executivo, a quem cabe a distribuição e aplicação das políticas públicas.

A ingerência de um Poder no outro suscita algumas discussões como a falta de competência do Poder Judiciário quando realiza atos de ingerência nos Poderes Legislativo e Executivo ao determinar a concessão de medicamentos não previstos pela Lei Específica e, com isso, invadindo a competência do Legislativo, a quem incumbe a criação das Leis, ou interferindo na esfera do Executivo, a quem compete a execução das políticas públicas.

¹⁷³ DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B.; ROMERO, L. C. A saúde precisa de juízes epidemiologistas. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 81, jan./abr. 2009.

Registra-se, neste aspecto, a crítica de Fernando Facury¹⁷⁴ no sentido de que por vezes o Poder Judiciário, ao complementar as lacunas do Poder Legislativo, acaba por implementar “políticas muitas vezes ao arrepio do que determina a lei – veículo adequado para a sua criação – e ao arrepio das regulamentações administrativas – veículos adequados para sua implementação”.

Ocorre, no entanto, que, se o Poder Legislativo não exerce com completude suas atividades, não é o cidadão quem deverá sofrer as consequências de tal omissão, se é que haveria alguma omissão, vez que a Constituição Federal já previu o acesso universal à Saúde; mas por mais que se entenda pela existência de eventual omissão, quem deverá supri-la será o Poder Judiciário quando provocado.

Nesta senda, inclusive, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, pelo Voto do Ministro Marco Aurélio, na ADPF 45¹⁷⁵, que, em caso de violação do direito à saúde por omissão do Estado, caberá ao Poder Judiciário a identificação do mínimo existencial e à satisfação do direito, veja-se:

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, moradia ou alimentação. Nem a doutrina ou a jurisprudência tem percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas de direitos social como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Esta tese defende a posição de que o juiz possui legitimidade para identificar o núcleo essencial do direito à saúde, especialmente quando o legislador e o administrador forem omissos e incapazes de satisfazer o direito ao mínimo existencial.

¹⁷⁴ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 136.

¹⁷⁵ ADPF 45 MC, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 20 Mai. 2020.

As políticas públicas deveriam respeitar aquele conjunto mínimo de direitos essenciais à sobrevivência, em especial o da Saúde¹⁷⁶ e não fazem por diversas vezes, e, justamente por isso, o Poder Judiciário deve viabilizar o acesso a estes direitos.

Muitos são os obstáculos e desafios existentes na efetivação do acesso à Saúde fora do âmbito de atuação do Poder Judiciário; ora, este acesso ao Judiciário não é equivocado, mas certamente onera as demandas já em curso relacionadas a outros direitos igualmente importantes. O que é importante frisar é que ao Judiciário cabe a solução do caso concreto, assegurando o efetivo acesso às garantias constitucionais e demais direitos fundamentais do acesso à Justiça e Direito Social à Saúde.

O alto custo do acesso à Saúde, a baixa qualidade da Saúde Pública sem fornecimento de medicamentos e nem tratamento de qualidade à população brasileira por meio das políticas públicas; a dificuldade da prestação jurisdicional pelo acesso indiscriminado à justiça e a urgência da efetivação da Saúde em razão da negativa pelo Estado para suprir esses direitos são os grandes obstáculos para a efetivação do Direito Social à Saúde.

A esses desafios serão trazidas as perspectivas para a proteção judicial do Direito à Saúde, com a implementação progressiva das Políticas Públicas de acordo com a estrutura Orçamentária. Além disso, o acesso ao Judiciário de maneira controlada sem ajuizamento de ações descabidas e a capacitação dos Juízes na solução de demandas de maneira justa e efetiva.

3.3. PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

3.3.1. A estrutura orçamentária e a progressividade das Políticas Públicas

Levando em consideração todos os obstáculos mencionados, vale dizer, a problemática dos gastos públicos e a dificuldade de acesso à Justiça sob seus

¹⁷⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 202.

diversos enfoques, é certo que por vezes a efetividade das medidas de acesso à justiça para a obtenção da Saúde também se mostra prejudicada.

Alguns questionamentos vêm à tona, e dentre eles, o investimento em termos econômicos que uma doença demanda; se o Estado conta com condições orçamentárias de providenciar e fornecer o tratamento ou medicamento para todos aqueles que precisam, sendo relevante mencionar que por vezes a substância deverá ser utilizada por uma enorme quantidade de pessoas.

Outro questionamento paira sobre a disponibilidade de espaço físico para o correto e suficiente atendimento daquelas pessoas; a partir do que, se poderia pensar, então, no investimento estatal na mão-de-obra de médicos, enfermeiros e demais funcionários essenciais ao funcionamento de um hospital ou de qualquer outro centro voltado às questões da Saúde.

Não existem, ainda, respostas muito precisas para estes questionamentos, principalmente quando diante de assuntos de interesse público, que dizem respeito à vida em sociedade, à saúde, educação, acesso à cultura, trabalho, dentre outros direitos fundamentais intrínsecos aos seres humanos.

O Estado dispõe de certa quantidade de investimentos para cada área dos direitos sociais, por isso destina parte a escolas públicas e qualidade de ensino, atividades culturais, o acesso a trabalhos dignos e, principalmente, às questões relacionadas à saúde.

Há, portanto, uma estrutura orçamentária que permeia cada um desses investimentos que devem utilizar do valor disponível para atender a cada um dos direitos sociais, o que não é tarefa nada simples apesar de já existir uma previsão constitucional contendo algumas regras de distribuição equilibrada.

A incompatibilidade do que se estabelece em lei com a realidade é notória, especialmente em razão da influência de interesses meramente políticos, o que pode resultar em privilégios a determinado setor estatal em detrimento de outro que teria maior necessidade de investimentos.

Neste ponto, insta esclarecer que em casos de calamidade pública e necessidade de créditos extras ou em casos de guerra ou então de urgência realmente declarada, ou seja, somente em casos excepcionais, poderão ser concedidos sem autorização prévia do Poder Legislativo, devendo, no entanto, ser objeto de apreciação posterior da medida.

Deve-se analisar a realidade e colocá-la em consonância com os instrumentos normativos e, neste cenário, pelo magistério de Konrad Hesse¹⁷⁷:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derrogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.

De fato, parece que tal conceito se amolda à abordagem deste autor, principalmente ao tratar sobre assuntos que dizem respeito à vida de todas as pessoas integrantes das sociedades e que necessitam de atendimento e acesso de qualidade em locais adequados, hospital com profissionais capacitados para o atendimento e outras exigências relacionadas.

O que se deve considerar é que a norma constitucional se preocupou em proteger a saúde, elevando tal direito à condição de cláusula pétrea, o que demonstra que o direito à saúde está guardado com força pelo texto normativo. Ao mesmo tempo, entretanto, existe a problemática da falta de orçamento para a concessão de determinados medicamentos ou tratamentos se analisada a realidade brasileira.

¹⁷⁷ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p. 13.

Na concepção de Konrad Hesse¹⁷⁸, a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não demonstra nenhum avanço na argumentação. Enfatiza que tal separação pode levar a uma confirmação da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas.

Assevera, ainda, que eventual ênfase na defesa da exclusividade da norma ou então da prevalência da realidade, leva, quase inevitavelmente, aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou então de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.

Partindo do pressuposto de que não se pode dissociar a norma da realidade fática, as condições sociais, econômicas e estruturais de uma sociedade devem obrigatoriamente ser analisadas em conjunto, de modo a se construir uma concepção com convergência de ideias entre a norma e a realidade; de modo que a lei não esteja em total dissonância do contexto social, devendo ser analisadas em conjunto.

Na verdade, a Constituição Federal, como a lei Maior de um Estado deve ser constituída tanto do ser quanto dever ser, atribuindo à realidade política e social norma que seja condizente com o cenário protetivo constitucional. Em conclusão sobre a temática da compatibilidade entre a norma e a realidade, para Hesse¹⁷⁹:

a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta a realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre o ser (Sein) e dever ser (Sollen).

¹⁷⁸ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34.

¹⁷⁹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p. 24.

É importante enfatizar que a realidade da sociedade deve estar em consonância com a norma estampada nos textos de lei, ou seja, o texto de lei deve ser o reflexo do que se espera para a ordem política e econômica que, a partir daí, adaptará a realidade social e vice-versa, no sentido de que a realidade social terá forte influência em relação ao momento da elaboração da lei.

Dessa forma, quando uma lei orçamentária vai definir a quantidade de despesas e créditos que serão direcionados a determinado segmento, deve obrigatoriamente se adequar aos princípios básicos previstos na norma constitucional.

Acima de toda a norma devem ser observados os princípios fundamentais estampados na Constituição Federal que não podem sob hipótese alguma ser desrespeitados e é por isso que ao se falar em gasto público, as observações devem caminhar junto à estrutura orçamentária, à disponibilidade financeira, às necessidades públicas e ao equilíbrio do orçamento.

Elabora-se um orçamento com previsão de direcionamento de recursos já previamente destinados, por força de preceito constitucional e outros pela lei. Do remanescente é que cabe a decisão política sobre "para quem", "para que", "para onde" destinar os demais recursos. Quem decide onde gastar? Quem decide o destino dos recursos? Quais as motivações que levam o ator político a enviar recursos para atender a ou b? Quais as influências que o agente político recebeu para decidir de tal forma? Quais seus interesses mais remotos no atendimento de determinado assunto? Quem está por detrás dele, a municiá-lo de informações ou a pressioná-lo para que se decida de tal maneira? Quais os sentimentos (ódio, medo ou esperança) que fez com que agisse assim? Quais as forças subversivas que estão em ação?

A primeira questão é de ordem econômica e em seu âmbito estão: o aumento das necessidades públicas, por força do progresso da riqueza econômica e da cultura intelectual dos indivíduos. A segunda causa é a ordem social. O aumento demográfico pode envolver deslocamento de despesas de um lugar para outro. É bastante comum que surjam migrações internas nos países ou até externas. A terceira causa é de ordem política.

O exercício do voto universal reflete no aumento de despesas, a assistência pública, a previdência social, a limitação das horas de trabalho, cláusulas de proteção ao trabalho (redução de horas, pagamento de horas extras etc.). O Estado social obriga ao aumento das despesas públicas.

A quarta causa é financeira. Ocorre com o equilíbrio das receitas. Impõe-se, então, o balanceamento das despesas com as receitas, ou seja, sugere-se um orçamento responsável.

De fato, tais questões estatais são objeto de debate para que o Estado possa fornecer as condições adequadas à sociedade civil, com o acesso aos recursos suficientes e de qualidade, ou seja, hospitais com médicos e demais profissionais capacitados para atender todos os tipos de problema relacionados à saúde, atender uma grande quantidade de pessoas, em caso de situações inesperadas tais como uma pandemia que tenha atingido enorme quantidade de pessoas.

Neste aspecto menciona-se o conceito de Política que é a ciência que estuda a Administração social e, nas linhas de José Maria de Avellar Brotero¹⁸⁰, em 1842: “Politica, a sciencia da administração, é um grande tronco, cujos ramos são outras tantas sciencias subsidiarias. Ella abrange todos os conhecimentos sociaes, sendo sua alma a historia”. A partir desse conceito enumera como ciências subsidiárias o direito natural, o direito público universal, o direito das gentes, a diplomacia, a economia política e outras ciências.

Partindo desta análise, as políticas públicas como ciência que buscam tratar de temas voltados a recursos públicos e orçamento público, questão altamente relevante é aquela em que o Estado não pode se omitir na implementação de Políticas Públicas que, para a plena fruição dos direitos sociais deve planejar suas ações de maneira cuidadosa e buscar a efetivação de seus objetivos, o que torna as políticas públicas indissociáveis do planejamento de gastos e orçamento públicos.

¹⁸⁰ BROTERO, José Maria de Avellar. A Philosophia do Direito Constitucional. Por um ex-magistrado. São Paulo. Editora: Typographia do Governo Arrendada por Silva Sobral. 1842. P. 2.

Nossa defesa está na superioridade do direito à vida, saúde da sociedade sobre todos os demais direitos ou princípios previstos na Constituição Federal; a saúde que se relaciona com a vida não tem qualquer princípio concorrente que possa eventualmente colidir com ela pelo caminho trilhado por este Trabalho, e então, é por isso, que se defende decisões que valorizem a vida, a saúde, em detrimento de todos os outros direitos, ainda quando possa onerar os gastos públicos.

A Saúde deve ganhar holofotes universais, em especial porque se discute o risco de vida de pessoas, a implementação de mecanismos de redução da vulnerabilidade com participação popular e controle sociais nas políticas públicas.

Estas encontram guarida nos princípios estatais para o alcance do interesse público, se propõem à realização de um objetivo no desenvolvimento do Estado, com priorização na realização dos assuntos maior urgentes e que também encontram previsão no texto constitucional.

Para Fábio Konder Comparato¹⁸¹, as Políticas Públicas aparecem como uma atividade, ou seja, são o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

Um possível percalço à definição de Políticas Públicas encontra abrigo na dúvida se é somente o Estado obrigado a implementá-las, ou se os particulares têm participação no integral implemento destas e, ainda, talvez a maior das críticas é que a deficiência da implementação das Políticas Públicas existe pela falta de condições estruturais do Estado.

Há dúvida conceitual sobre a definição pelos Poderes Públicos. Maria Paula Dallari¹⁸² esclarece que a política pública consubstancia-se em um conjunto de normas e atos que pretendem a realização dos fins públicos trazidos pela Carta de 1988, que deve, por sua vez ser objeto de controle pelo Poder Público constituído

¹⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, ano 35, n.º 138, <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>, 1998. Pg. 44/45 – abr/jun 1998.

¹⁸² A respeito dos elementos de estruturação das políticas públicas, vide BUCCI, Maria Paula Dallari, O conceito de política pública em direito, cit. P. 40-46.

pelos seguintes elementos estruturais: o programa (dimensão material da política pública), a ação-coordenação (coordenação do Estado para o atingimento de resultados determinados), o processo (sequência de atos tendentes a um fim, sendo fundamental nesse ponto a participação popular). Laura Pautassi¹⁸³ ensina sobre as Políticas Públicas:

Si bien las políticas universales propuestas son por definición integrales y abarcan a diversos y variados ámbitos estatales, como por caso el avance en materia de políticas de empleo superadoras de la informalidad laboral y de la pobreza, no deben dejar de lado la importancia de las obligaciones positivas del Estado en materia de cuidado. Evidentemente resultan necesarias acciones para mejorar las condiciones de la oferta educativa y de salud, pero también un conjunto integral de políticas de “cuidado” de los niños, niñas y adolescentes, considerando especialmente la contribución del trabajo de cuidado como un aspecto central al diseño de las políticas públicas. El objetivo es lograr una clara reversión de las tendencias en cuanto a incorporar las diferencias y desigualdades de género y la ampliación de las oportunidades de vida de todos los ciudadanos y las ciudadanas, independientemente de la etapa del ciclo vital que se encuentren. Del mismo modo, si las garantías del derecho a la educación corresponden a jóvenes y adultos, se debe enfatizar aún más el derecho al cuidado de modo de garantizar que puedan sostener la trayectoria educativa conciliando con el cuidado de los familiares bajo su responsabilidad. No solo se debe garantizar el acceso sino proveer las condiciones para que se sostenga la educación de este segmento de destinatarios, con especial consideración de las brechas de género y étnicas.

As etapas de implementação das políticas públicas são a formação, avaliação e controle. A primeira está na identificação dos problemas a serem tratados, por meio da criação de uma agenda e de proposição de solução, com a especificação de objetivos a serem alcançados e a indicação dos melhores modos de condução da

¹⁸³ Pautassi, Laura. (2012). Educación, cuidado y derechos - Propuestas de políticas públicas. SER Social. 13. 10.26512/ser_social.v13i29.12664. El artículo sintetiza los principales aspectos que impregnan los abordajes teóricos en torno al derecho a la educación que muchas veces ignoran la interdependencia entre la situación de niños, niñas y adolescentes y las condiciones de inserción laboral de sus padres, en el marco de una escasa oferta de infraestructura de cuidado que caracteriza a América Latina y el Caribe. Partiendo de las recomendaciones específicas que formula el enfoque de derechos humanos, se proponen acciones en materia de fortalecimiento de instituciones de política social de carácter universal como también reformas en la política educativa para que el derecho a la educación y al cuidado sean incorporados en el centro de las políticas sociales.

ação pública. Depois, na etapa da avaliação, o que se objetiva é a verificação do impacto da política pública, a sua adequação e o atingimento de metas e por fim, a etapa do controle que pode ser social, judicial, ou então por meio do Tribunal de Contas.

Levantadas as informações é que será possível avaliar em qual o cenário que o estado se encontra, e, feitos os ajustes nas prioridades é que se estabelecerão quais os próximos passos para o atingimento do objetivo final.

A implementação de políticas públicas no campo da Saúde a coloca como prioridade na discussão política e em todas as demais áreas, com a responsabilização pelas consequências das políticas sobre a saúde da população, que deverá ser atendida em conformidade com as leis, impostos, mudanças organizacionais e medidas intersetoriais, tais como distribuição igual de renda e políticas sociais.¹⁸⁴

Além disto, na visão de Gutierrez¹⁸⁵ envolve também a participação do Estado nas questões concernentes à promoção da saúde, definindo-a como:

O conjunto de atividades, processos e recursos, de ordem institucional, governamental ou da cidadania, orientados a propiciar a melhoria das condições de bem-estar e acesso a bens e serviços sociais, que favoreçam o desenvolvimento de conhecimentos, atitudes e comportamentos favoráveis ao cuidado da saúde e o desenvolvimento de estratégias que permitam à população maior controle sobre a saúde e suas condições de vida em níveis individual e coletivo.

Em razão disto, o Estado deve propiciar a participação democrática nas ações estatais, a fim de que possam opinar ou acompanhar os progressos e quais as ações que têm sido colocadas em prática, mas, para isso, o Estado deve atuar em conformidade com o princípio da Publicidade, que é um dos principais pilares da Administração Pública.

¹⁸⁴ BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 170-171, 2000.

¹⁸⁵ GUTIERREZ, M. e cols. Perfil descriptivo-situacional del sector de la promoción y educación en salud: Colombia. In: AROYO, H.V.; CERQUEIRA, M.T. (Eds.) *La promoción de la salud y la educación para la salud en América Latina: un Análisis Sectorial*. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1996. p. 144.

Neste aspecto, é válida a menção sobre o Princípio da Vedação do Retrocesso que expressa que com a implementação progressiva das políticas públicas, o Estado deve agir positivamente nas áreas da educação, da saúde ou o direito à segurança pública, de modo que uma vez concretizados, serão irredutíveis ou passíveis de supressão pelo Estado.

Nos últimos anos, aliás, foi discutida a Proposta de Emenda Constitucional 55/2016 referente à limitação do aumento dos Gastos Públicos em relação à variação da inflação com o propósito de equilibrar as contas públicas. Para alguns, tal medida poderá trazer prejuízos aos mais pobres pela redução de investimento nas áreas da educação e saúde, para outros a medida é necessária para que se alcance o equilíbrio que o país precisa, uma vez que no Brasil os gastos públicos têm crescido continuamente.

Neste sentido, o teto de gastos que por um lado visa coibir a majoração tributária, limitando os gastos públicos à inflação do ano anterior, acaba prejudicando de certa maneira aqueles que tem maior patrimônio ao aumentar a alíquota à medida que a base de cálculo aumenta, o que atinge sobremaneira o Princípio da Igualdade em sua acepção mais ampla. Desprestigia-se, aqui, aquele que tem maior poder aquisitivo, privilegiando o mais pobre.

Outros aspectos desta Proposta são igualmente relevantes e objeto de embates no campo jurídico, destacando-se porque tema deste Trabalho aquele que prevê tratamento diferenciado para a saúde e educação, sendo que na ocasião, 2017, determinava que 18% da arrecadação dos impostos seriam destinados à Educação, enquanto que apenas 15% seria destinado à Saúde.

Evidente que houve uma preocupação em dar tratamento privilegiado à Saúde, mas, em contrapartida, a Saúde ficou com menos recursos que a Educação. Certo que a Educação também é extremamente relevante para o desenvolvimento da sociedade, mas, em nossa opinião, era a Saúde que deveria receber maior volume de investimento e não a Educação.

Medidas como estas deveriam ser precedidas de uma participação popular justamente para que se evite desproporções como estas e evitando a sobreposição de direitos que sejam menos relevantes que o Direito à Saúde, à vida. A oposição desta Proposta de Emenda Constitucional pleiteava a realização de referendo para que as pessoas pudessem participar manifestando sua concordância ou oposição ao novo regime fiscal.

A participação popular é de extrema importância para a democracia que merece ter pleno exercício, os entes federados devem respeitar e viabilizar o acesso à informação sobre as questões relacionadas à Saúde, viabilizando requerimentos e manifestações para que as pessoas opinem sobre a distribuição correta e justa do orçamento público, principalmente porque a Constituição Federal assegura a possibilidade de submissão de algumas medidas por meio de plebiscito ou referendo.

É somente com o diálogo entre os Poderes Públicos e os indivíduos, ou seja, com a participação popular, que a evolução ocorrerá sempre em consonância com todas as prescrições seja da Constituição Federal ou demais leis infraconstitucionais, de modo a propiciar a evolução da sociedade.

Dessa forma, a fim de se permitir tal compatibilidade é de fundamental importância que sejam realizadas pesquisas e monitoramento sobre a real destinação de recursos públicos para que se possa identificar se todos os direitos sociais estão sendo respeitados, o grau de fruição de tais direitos e, a partir desta informação será possível uma melhor identificação do problema, facilitando o encontro de alternativas para a solução da deficiência ou ajuste em determinado segmento.

A partir dessa análise é imperiosa a menção de Virgílio Afonso da Silva¹⁸⁶ quando sugere a comparação de custos decorrentes de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para tratamento de pacientes portadores de HIV com decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo. Ressalta, com razão que pagar remédios, construir

¹⁸⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: O processo para solução de conflitos de interesse público[S.l: s.n.], 2017. p. 594.

hospitais, construir escolas ou construir casas custa mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partirmos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na conta comum de todos os direitos.

Como decorrência, se todos os direitos forem distribuídos de maneira justa e razoável, a educação, cultura, segurança, meio ambiente e o direito à saúde poderão ser fornecidos pelo Estado por meio de seus programas, resultando na efetividade do texto constitucional.

Sabe-se que a implementação de políticas públicas pode demandar muito tempo, principalmente quando há uma má escolha de gestores do Estado. O tema é delicado porque por vezes há sobreposição da vontade de determinado representante popular quando desrespeita as leis infraconstitucionais e o texto constitucional e o impacto de uma decisão política isolada e autoritária, sem a participação popular, ressalvados os casos permissivos previstos em leis infraconstitucionais e pela Constituição Federal de 1988.

Seguindo a concepção de Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁸⁷ na perspectiva de que o Poder Judiciário teria legitimidade para assegurar a concretização dos direitos sociais básicos, afirma com razão que se este Poder poderia dispor sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis, também poderia intervir na inércia dos demais Poderes.

Não se pretende desprestigiar, por exemplo, o direito à cultura em face da relevância do direito à saúde, mas se se estabelecer uma análise mais crítica e direta, o direito à cultura não pode prevalecer se pautado em relação à Saúde, ao menos partindo de uma reflexão mais coerente.

A problemática dos gastos públicos, com forte influência no desarranjo da organização estatal e por assim dizer na influência da efetivação dos direitos sociais e fundamentais, leva o jurista a refletir quais as obrigações constitucionais, legais e

¹⁸⁷ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

contratuais que o ente federativo assumiu, quais as prioridades, e qual deveria ser a correta destinação e distribuição de investimentos públicos nas áreas de prestação de serviços públicos.

Pretende-se conduzir à reflexão de que a proposta orçamentária é manipulada em sua origem por qualquer interesse e pode ser alterada ao longo de sua discussão congressual para atender aos mais diversos interesses.

Dessa forma, o Estado não pode abrir mão das receitas que lhe são destinadas, tais como tributos, sanções, perdimento, recursos patrimoniais (tais como petróleo, energia elétrica, minerais etc.) e demais recursos obtidos através de relações de direito privado (doação, herança jacente etc.) e de direito público disponível (exploração de bens públicos afetados a alguma atividade). Deve exigir todos os tributos constitucionalmente assegurados para abastecer os cofres públicos.

É imprescindível, no entanto, que exista controle efetivo sobre tudo que o Estado faz. O controle integra a estrutura democrática no sentido de que tudo deve ser público e aberto à sociedade.

3.3.2. A Justiciabilidade dos direitos sociais para efetivação da Saúde

Outra Perspectiva é aquela que cinge à atuação do Poder Judiciário em que se pretende uma posição mais ativa, como por exemplo a celebração de convênios junto a médicos e farmacêuticos para auxiliá-los na formação e apreciação das questões trazidas pelas partes¹⁸⁸; a audiência pública no STF para discussão sobre a judicialização e o SUS, devendo-se, para tanto, haver a comprovação dos fatos alegados pelas partes e perícia médica se for o caso; a publicização pelo Poder Público para que haja comprovação da insuficiência de recursos.

As ações manejadas junto ao Poder Judiciário, tenham elas caráter individual ou coletivo buscam apenas sanar a omissão das políticas públicas relacionadas à saúde, e, em razão disto, deveriam ter mais frequência de ajuizamento principalmente

¹⁸⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 31 de 30 março de 2010. Disponível em: <<http://www.rnjd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2011.

no que tange às demandas de caráter coletivo, quando houver necessidade maior de concessão de determinado medicamento ou tratamento.

Pelas ações individuais, pode-se mencionar que em razão da quantidade de pedidos de liminares deferidos com posterior manutenção da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se pensar em um Poder Judiciário mais preparado para solucionar as demandas da Saúde, com melhor aparato e promoção de cursos para especialização na área da Saúde, o que poderia trazer uma judicialização mais eficaz dessas políticas com acesso justo à Saúde pública.

O fato é que o controle judicial das políticas públicas da saúde é essencial para a sua efetivação, ainda mais no Brasil dada a extensão do território, quantidade de pessoas que precisam recorrer à Saúde Pública e, como bem ressalva Ana Paula de Barcellos¹⁸⁹: “Em condições de pobreza extrema ou miserabilidade, e na ausência de níveis básicos de educação e informação, a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático estará amplamente prejudicada”.

Veja-se que aqui mencionamos sobre pessoas que precisam recorrer à Saúde Pública porque ainda há um receio das classes economicamente mais desenvolvidas em acessar o SUS e não ter satisfeito seu acesso à Saúde e por isso, optam pela Saúde Particular. Ou seja, o acesso à Saúde Pública não deveria se voltar apenas àqueles que precisam, mas sim, a todos os integrantes da sociedade, ricos ou pobres.

A propósito, o entendimento de Roberto Barroso em seu Parecer sobre a Judicialização da Saúde apresentado à Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao esboçar alguns parâmetros de atuação judicial em ações individuais, destacando a discussão de constar ou não de listas de medicamentos.

¹⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 109.

Como bem pontua Barroso, é o povo, responsável pelo pagamento de tributos que deve decidir, por intermédio de seus representantes eleitos, como serão gastos os recursos públicos de acordo com as necessidades do momento. O argumento que dificulta o encontro de uma solução pacífica paira no sentido de que esse dinheiro público é insuficiente para a satisfação de todos os setores sociais, o que implica em deixar de investir em outros setores e é por este caminho que deve percorrer o responsável pela decisão judicial, ou seja, a solução é intrincada. Exemplo desta discussão é a Suspensão de Segurança 3073/RN já analisada em capítulo referente às decisões judiciais no Supremo Tribunal Federal.

Na discussão relativa às Ações Coletivas, asseverou Barroso que embora não caiba ao Poder Judiciário a reparação de listas que priorizam o acesso a determinados medicamentos, “cabe-lhe por certo coibir abusos”. Dessa forma, entende: “O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. ”

Em que pese tal afirmativa, considera que tal ingerência somente seria possível em âmbito de ações coletivas porque deve-se analisar o contexto geral das políticas públicas o que não é viável em sede de ações individuais, além de ser em demandas coletivas o momento em que se examina a alocação de recursos ou define-se prioridades em caráter geral e, por fim, pelo fato de que nestas ações os efeitos produzidos serão *erga omnes*, o que preservará a igualdade e a universalidade no atendimento de todos e sua atuação, na verdade, se voltaria para o auxílio no planejamento da atuação estatal.

Elenca, por fim, outros parâmetros complementares, são eles: a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil. c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo. d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Enfim, a atividade do Poder Judiciário é o controle judicial de metas e prioridades a cargo do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público e a eficiência mínima na aplicação de recursos destinados a determinada finalidade.

Para Ana Paula de Barcellos¹⁹⁰, o controle jurisdicional tem como objeto apenas o que se fez com os recursos públicos destinados ao emprego de meios disponíveis para obter os melhores resultados possíveis, sempre voltados à satisfação do interesse público, alocando os recursos com vistas à realização dos direitos fundamentais.

No sentido delimitado por Octavio Ferraz, Daniel Wang, Fabiola Vieira, Virgílio Afonso da Silva, Fernanda Terrazas e Wálber Carneiro¹⁹¹, o modelo de judicialização ampla, irrestrita e individualista adotado no Brasil favorece as camadas privilegiadas da sociedade, de modo que aquela parcela da população que possui melhores condições de acesso à saúde é justamente aquela que, por também possuir melhor acesso à justiça, se beneficia desta judicialização em relação àqueles subintegrados, que não tem o mesmo nível de acesso à justiça, daí então falar-se, sob a nossa ótica, na constatação de uma desigualdade.

¹⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 124.

¹⁹¹ Cf. FERRAZ, Octávio Luis Motta. Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil”. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). Litigating Health Rights: can courts bring more justice to health? Harvard: Harvard University Press, 2011; FERRAZ, Octávio Luis Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: lessons from Brazil. Texas Law Review, v. 89, 2011, pp. 1643-1668; FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 52, n.º 1, 2009; FERRAZ, Octavio Luiz Motta; WANG, Daniel Wei L. Atendendo os Mais Necessitados: acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 10, n. 18, 2013; CARNEIRO, Wálber Araújo. A cidadania tutelada e a Tutela da Cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, Wilson Alves de; CARNEIRO, Wálber Araújo; HIRSCH, Fábio Perianandro de Almeida. (Coords.). Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar. Salvador, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. Law & Society Inquiry, vol. 36, issue 4, 2011, pp. 825-853.

Ainda, Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Terrazas¹⁹² sustentam que a judicialização não se apresenta como uma voz institucional dos mais pobres, que são marginalizados não apenas no processo político, mas também no acesso ao Judiciário. Pelas pesquisas trazidas pelos autores, constatou-se que 60,63% das receitas médicas que embasaram as ordens judiciais advinham de hospitais ou clínicas privadas, somente 13,2% da rede pública “ordinária”. As demais (26,25%) de hospitais públicos de referência, que eram comumente utilizados também pela camada mais privilegiada. Advogados privados são os que mais patrocinam as causas (38,75%), em seguida os advogados públicos (30,63%) e, por fim, associações ou organizações civis (21,25%). A maior parte dos entrevistados (60%) declarou não ser usuário do SUS. Percebeu-se que a incidência de beneficiários de medicamentos oncológicos é significativamente maior entre os que tem maior poder aquisitivo, assim como a maioria das receitas médicas vinham da rede privada (84,38%).

Partindo disto, notaram que existiam dois grupos distintos, um deles formado por pessoas de baixa renda que pleiteavam por remédios mais baratos e um outro grupo que se caracterizava pela presença de indivíduos que tinham um poder aquisitivo melhor e que demandavam por medicamentos mais custosos.

Saltando da análise do acesso à justiça pelas classes elitizadas, Marcelo Medeiros, Debora Diniz e Ida Schwartz¹⁹³ debatem este tipo de judicialização da saúde ao avaliar demandas para tratamento da mucopolissacaridoses (MPS), que estão entre os mais custosos do país em uma média de R\$ 1,1 milhão de reais por paciente em 2013, momento da pesquisa, cuja produção destes medicamentos ficaria a cargo de uma única empresa farmacêutica e não disponibilizado pelo SUS.

Na pesquisa, constatou-se que a maior parte dos demandantes (79%) foi representada por advogados contratados, sendo que três dos advogados eram

¹⁹² SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. *Law & Society Inquiry, Journal of The American Bar Foundation*, vol. 36, issue 4, pp. 825-853, 2011.

¹⁹³ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa. Judicialização da Saúde pelas Elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 4, pp. 1.089-1.098, 2013.

responsáveis por mais da metade do gasto do Ministério da Saúde com referidos medicamentos.

Não se notou um nexo entre o local de residência ou origem dos pacientes e o local de atuação dos advogados. Apesar de as evidências serem insuficientes para precisar a resposta, segundo os autores “uma hipótese que merece ser cogitada é a de que essa rede seria financiada pela indústria farmacêutica ou pelos distribuidores dos medicamentos”.

Concluem não ser possível confirmar ou rechaçar a tese da judicialização pelas elites. Assim, verificou-se fortes indícios de existência de uma rede que liga hospitais universitários de referência, pacientes e advogados privados, e, ainda, a migração para o local que atenda as especificidades na busca pelo tratamento especializado para a mencionada doença.

Continuando a abordagem do tema da Judicialização da Saúde, cediço mencionar a lição ensinada por Daniel Wang¹⁹⁴ quando pontua que a judicialização da saúde pressupõe o foco fora do indivíduo, com uma análise mais acurada na alocação de recursos para que todas as necessidades nesta área sejam tratadas com igualdade e sob sua ótica, ignorar as regras do SUS na obrigação de fornecer medicamentos sem verificar este impacto na vida de outras pessoas é humano, mas injusto.

Propõe, Daniel, modelo baseado na distribuição do ônus da prova, assim, quanto mais próximo do início do tratamento, maior o ônus daquele que pleiteia o acesso para justificar necessidade de tal acesso e quanto mais longe do início, menor as chances de o Estado fornecer tal medicamento, por exemplo uma decisão da ANVISA ou CONITEC que ignore injustificadamente evidências científicas sólidas, como o caso Treatment Action Campaign oriunda do governo sul-africano que limitou a distribuição de um antirretroviral baseado em dúvidas infundadas sobre a sua eficácia e que acabou sendo revista pelo Poder Judiciário.

¹⁹⁴ WEI LIANG WANG, Daniel. Judicialização da saúde: da crítica à busca de uma jurisprudência construtiva. JOTA, [S. l.], p. 1-6, 13 ago. 2019.

Em sentido contrário, menciona uma negativa do Judiciário no caso Soobramoney, caso real também tramitado na África do Sul relativo a um tratamento já incorporado, em que a Corte negou o acesso porque o paciente era acometido de outras doenças que inviabilizam de acessar o tratamento pleiteado e neste caso a Corte fundamentou com base na escassez de recursos.

O dilema existe e deve ser sopesado no caso concreto. Como bem lembra Daniel, aliás, o artigo 198 do Texto Constitucional quando prevê a integralidade do acesso à Saúde “deixa claro que escolhas de prioridades precisam ser feitas. A Constituição dá aos gestores um espaço de discricionariedade que a Judicialização lhes retira.” Destaca, por fim que a saúde é um princípio cuja realização depende das circunstâncias fáticas com regras para alocação de recursos. Como conclusão, confirma¹⁹⁵ ser:

juridicamente consistente e salutar para o SUS uma jurisprudência que impeça indivíduos (e indústria) de contornem as regras de alocação de recursos, mas que controle as escolhas alocativas do sistema, avaliando a regra aplicada para negar um tratamento, se ela é razoável ou arbitrárias, e se foi adequadamente aplicada no caso concreto.

Como outrora mencionado quando da discussão dos desafios para o controle judicial do acesso à Saúde, o Voto do Ministro Marco Aurélio foi enfático na ADPF 45, asseverando que o Poder Judiciário deve atuar nos casos de omissão do Poder Público na defesa do mínimo existencial.

Para que se oriente mais adequadamente, poderá se pautar pelas Portarias do Ministério em alguns casos concretos, desde que se encontrem atualizados. Além disso, como mencionado acima, ter a possibilidade de recorrer a profissionais de saúde segundo previsão da Resolução 31/2010¹⁹⁶ do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁹⁵ WEI LIANG WANG, Daniel. Judicialização da saúde: da crítica à busca de uma jurisprudência construtiva. JOTA, [S. l.], p. 1-6, 13 ago. 2019.

¹⁹⁶ O CNJ recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando subsidiar os magistrados e os demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Uma possível solução, portanto, seria a contratação de profissionais da Saúde para integrarem os quadros do Poder Judiciário para um melhor auxílio a magistrados e, conseqüentemente, uma melhor implementação das políticas públicas, sempre levando em consideração a participação popular.

Não se pode, de maneira alguma, limitar a discussão da judicialização na reserva do possível, que por vezes acaba se tornando algo não executável em razão de omissões dos Poderes Públicos e, por isso, o Poder Judiciário deve sim agir a fim de evitar a omissão do Estado no campo do Direito à Saúde.

Ainda sob outra perspectiva, como bem salienta Daniel Wang¹⁹⁷, para que as decisões de alocação de recursos sejam tomadas de maneira legítima, devem ser deliberadas quando estiver garantida a participação e a contestação pública, pois têm caráter multilateral e demandam uma participação democrática por se tratar de bens que, na verdade, são de todas as pessoas, estabelecendo, assim, um diálogo entre a sociedade civil e o Estado, assunto que será tratado no próximo tópico atinente à Justiça dialógica.

Uma das cidades que foi objeto de discussão pela quantidade de demandas ajuizadas na área da Saúde foi São Paulo, o que torna sua análise um método a fim de que se compreenda como a Saúde se posiciona em um ambiente caótico pela enormidade de pleitos demandados ao Poder Judiciário, servindo, portanto, de base para a discussão sobre a escassez de recursos públicos em detrimento da quantidade de pessoas que provocam o Poder para obtenção de decisões judiciais favoráveis.

Neste sentido, a Jurisprudência Paulista recentemente se posicionou no bojo da Ação Civil Pública número 1015960-92.2015.8.26.0053 cuja discussão encontrava espaço na viabilização da concessão de benefícios aos portadores de HIV para que dessem continuidade aos tratamentos.

¹⁹⁷ WEI LIANG WANG, Daniel. Poder Judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, [s. l.], 1 jan. 2009.

Reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que todos que fossem portadores de HIV teriam o benefício da isenção de pagamento de transporte público justamente para que se permitisse seu contínuo tratamento e que referido benefício deve ser instituído para que “facilitando sua locomoção, tais sintomas possam ser prevenidos”.

No que tange à Jurisprudência Paulista, a maioria das ações de saúde que chegam e que porventura não são oferecidos pelo SUS são concedidas ao indivíduo e muitas vezes isto acontecer pelo fato de o Juiz não ter o conhecimento técnico suficiente para avaliar e por seguirem o laudo apresentado.

Tem-se entendido e seguido uma linha de raciocínio de que o direito à saúde está previsto nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal e por isso não pode ser negado. Como bem relata o desembargador Ricardo Dip, é uma situação delicada para os juízes, que precisam decidir logo em sede de liminar e sem contato com o paciente. Assim, com razão crítica¹⁹⁸: “Como é que vamos negar isso se as contestações apresentadas pelas fazendas ainda por cima são genéricas? ” “É loucura um país colocar nas suas leis o direito à saúde. O Brasil colocou e como cláusula pétrea! Há uma avalanche correspondente”.

Devido à urgência do caso e como bem pontuou o Desembargador, muitas vezes, sem o contato com o paciente porque a situação é inviável, os remédios são concedidos por meio de liminares. Há crítica no caminho contrário no sentido de que ao determinar que o Estado forneça medicação que não está na lista do SUS, o Poder Judiciário estaria interferindo na política de saúde pública, atividade que não é típica sua.

Conforme salienta Elival Ramos, ex-Procurador de Justiça, São Paulo gasta mais de R\$ 1 bilhão com o cumprimento de ordens judiciais na área de saúde, afirmando, ainda que a judicialização é mais comum em regiões mais ricas do estado, enquanto que nas mais pobres faltam hospitais e saneamento básico. Enfatiza a crítica no seguinte sentido: “Quando o Judiciário manda fornecer insulina importada significa que, do orçamento da saúde, uma parte vai ser destinada para isso. No Brasil,

¹⁹⁸ CREPALDI, Thiago; MORAES, Claudia. Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor. Consultor Jurídico, [S. l.], p. -, 15 ago. 2018.

não desenvolvemos a vacina contra a dengue, mas temos fornecimento de medicamentos altamente sofisticados em juízo, o que é contraditório”.

Referida crítica tem certo cabimento, é que cabe ao Poder Judiciário controlar as políticas públicas sociais no Brasil quando houver oneração do conjunto mínimo de direitos essenciais à vida do ser humano pelo Estado. Aliás, veja-se sob uma outra perspectiva da Judicialização da Saúde junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que houve um aceleração do acesso a medicamentos àqueles que eram portadores de HIV, pagando menos por isso, tendo maior proteção de salário e com isso, de qualidade de vida e manutenção de uma vida digna sem ter de prejudicar sua renda para ter acesso a referido tratamento.

Nota-se que há uma propensão em clamar solução junto ao Poder Judiciário em praticamente todos os casos da saúde, o que por um lado tem onerado tanto este Poder com soluções que originariamente não lhe cabem, mas que por outro lado, como no caso do HIV, Canabidiol e outros, deixam de prejudicar aqueles que necessitam do tratamento com dispêndio de valores altos, passando o Estado a se responsabilizar pela concessão por meio de ordem judicial.

Dessa forma, recorrentes decisões de caráter imediato, urgente, têm ocupado lugar muito importante na entrega da Saúde e neste aspecto, é importante a Judicialização da Saúde. A respeito do reconhecimento da necessidade de provimento jurisdicional rápido, vale destacar trechos da seguinte decisão a título ilustrativo:

“Um direito é mortalmente atingido, quando a demora do processo impede qualquer utilidade do provimento que ele produziria - caso não seja concedida a antecipação da tutela pleiteada na inicial, a pretensão dos autores será mortalmente atingida, pois sendo portadores de moléstia gravíssima não podem aguardar o lento tramitar do processo para somente, a final, se a ação for julgada procedente, obter o benefício. ” (Agravado de Instrumento 178.034-5, Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Toledo Silva, em 30/08/2000)

O garantismo do acesso à saúde se posiciona ainda quando não houver disponibilidade de acesso a medicamentos. Veja-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu em diversas ocasiões ser obrigatória a concessão nestes casos. Seguem algumas ementas das decisões proferidas:

"Mandado de Segurança objetivando o fornecimento de medicamento. Pretensão admissível perante o ordenamento jurídico vigente. Preliminar rejeitada. MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão ao fornecimento do medicamento Hemp Oil (RHSO) Canabidiol Sativa. Necessidade comprovada Hipossuficiência financeira Obrigação do fornecimento pelo SUS. Art. 196 da CF. Segurança concedida. Recursos oficial e da FESP não providos."

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 101487743.2015.8.26.0602; Relator (a): Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/9/18; Data de Registro: 27/9/18).

"A responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos às pessoas tem sido aceita até mesmo quando não estão disponíveis em rede pública de saúde, prevalecendo o disposto no art. 196 da Constituição Federal. "

(TJSP; Agravo de Instrumento nº 80.727-5/0-00, j. 6.8.2002, Rel. Des. PEIRETTI DE GODOY; Agravo de Instrumento nº 322.302-5-5, j. 03.06.2003, Rel. Des. CAUDURO PADIN e Apelação Cível nº 319.023-5/4-00, j. 11/08/2003, Rel. Des. JOSÉ HABICE).

Ademais, o próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já editou algumas Súmulas que dão total proteção à Saúde, tais como as que seguem:

Súmula 95: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.

Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Pautado nesta premissa é que as sentenças judiciais têm sido positivas quando diante de questões relacionadas à insuficiência de recursos, sendo certo que não

poderá o Poder Executivo deixar de cumprir a determinação sem provar sua insuficiência.¹⁹⁹

De fato, em caso de ofensa ao Direito à Saúde, o Poder Judiciário tem a obrigação de atuar positivamente para a satisfação desse direito, fazendo valer, como bem mencionado em outras passagens deste trabalho, o mínimo de proteção ao direito à saúde. Muitas vezes, este é o último recurso do cidadão.

3.3.3. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais e a litigância estratégico-estrutural

O que se discute, ainda de maneira incipiente, é a possibilidade de adequação das necessidades com uma solução pacífica e judicial da contenda, tal como ocorreu na Sentença da Colômbia e que, posteriormente, foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Quando a discussão encontrar debate na Saúde e a efetivação por meio de políticas públicas, além da obrigatoriedade do atendimento às regras vigentes, deve-se analisar o posicionamento do Poder Judiciário, com a democratização de suas decisões, permitindo a participação do povo, com priorização de suas necessidades básicas e evitando que as decisões proferidas pelo órgão jurisdicional acabem por onerar alguns direitos em face de uma posição judicante que, por vezes, podem seguir uma perspectiva kelseniana, extremamente legalista que não se atenta para questões inerentes ao ser humano.

Uma possível solução, um tanto ousada e ao menos em caráter argumentativo, é a Justiça dialógica, ainda não pacificada e que encontra sérios obstáculos à sua aplicabilidade na prática jurisdicional.

Isto ocorre porque até o momento, não existem procedimentos paradigmáticos precisos e bem delimitados a respeito da dialogicidade dos procedimentos, em especial no campo da Saúde. Vale salientar que o Supremo Tribunal Federal tem provocado audiências públicas que é um dos exemplos de aplicação dialógica da

¹⁹⁹ O espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação de poderes, mérito do ato administrativo, prevalência do interesse público são de pouco valor prático". AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

Justiça, mas que não contam com a participação de todos os Ministros, o que inviabiliza uma completude na formação da Justiça Dialógica, mas que, ao menos auxilia uma possível discussão sobre ela, permitindo o debate e reflexos de sua efetividade.

No decorrer deste Trabalho, atentando-se o autor e criticando por vezes a morosidade na solução de demandas, seja em razão da imensidade de ações ajuizadas diariamente ou então pela falta de expertise dos juízes sobre algumas matérias, é possível afirmar que por vezes, esta falta de conhecimento específico, pode atrapalhar a fluidez do funcionamento das instâncias judiciais, o que afeta, inclusive, a inovação jurisdicional com medidas tais como a Justiça Dialógica.

A solução consensual ou dialógica para resolver conflitos não encontra previsão na legislação processual civil e nem penal. O que existem são outros métodos alternativos consensuais que apesar de terem sido utilizados, ainda não se solidificaram na sociedade, mesmo porque estas medidas devem ser submetidas ao crivo do Judiciário, ao menos para homologação.

Todos os interessados podem participar do processo se posicionando acerca do problema a ser solucionado. Abre-se a oportunidade para que autor e vítima participem para o encontro de uma melhor solução e consequente reparação do ato praticado, traçando por assim dizer um ponto de convergência de interesses para a formação de uma decisão mais coerente e justa a partir do que acertaram.

O alcance de um consenso traçado pelas partes e pelos magistrados, em conjunto, ainda não alcançou, na verdade, uma aplicabilidade prática, de modo que, tenha o conflito uma solução dialógica ou judicial pura, sempre haverá uma interferência dos órgãos jurisdicionais no desfecho dos causídicos. Neste aspecto, Bakhtin²⁰⁰ ensina que “toda palavra comporta duas faces. Ela é determinada tanto pelo fato de que procede de alguém, como pelo fato de que se dirige para alguém. Ela constitui justamente o produto da interação do locutor e do ouvinte”.

²⁰⁰ BAKHTIN, M. (VOLOCHÍNOV, V). A interação verbal. In: _____. Marxismo e filosofia da linguagem: Problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. 2. ed. Trad. Michel Lahud; Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 1981, p.110-127.

Há, neste modelo de Justiça um verdadeiro diálogo e a linguagem é certamente levada em consideração, os indivíduos interagem por meio dela. Assim é que Habermas²⁰¹ assevera:

os indivíduos só se constituem enquanto tal porque ao crescerem como membros de uma particular comunidade de linguagem se introduzem em um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado. Nos processos comunicativos se formam co-originariamente a identidade do indivíduo e a do coletivo

Para que a justiça seja dialógica, portanto, deve haver comunicação entre todos os envolvidos, partes e julgadores para que se alcance uma solução mais adequada partindo de uma análise cultural, de linguagem, costumes e demais aspectos que possam influenciar os julgadores e as partes. Buber²⁰² entende sobre Justiça dialógica que as partes na verdade chegam a uma decisão conjunta e que a comunicação nunca é fácil.

Este viés democrático e participativo enseja inúmeros debates que devem ser trazidos à mesa, como o afastamento da centralização das decisões tomadas pelo Poder Judiciário que ainda é o que predomina na realidade brasileira. Suscita-se, por vezes algumas alternativas, mas a predominância da decisão tomada pelo Poder Judiciário ainda é latente. Neste aspecto, é a postura de Roberto Gargarella²⁰³:

Evidentemente que o problema com as novas Constituições não é simplesmente que elas não foram longe o bastante de modo a alcançar a “sala de máquinas” da constituição. Se esse fosse o problema, a solução poderia simplesmente ter sido esperar até a próxima reforma. O problema é que, preservando uma organização de poderes que permanece arranjada debaixo de um modelo do século XIX de concentração de autoridade, as

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Objecciones de hegel a kant*, in escritos sobre moralidad e eticidad. Barcelona, Paidós, 1991, págs. 105-106.

²⁰² BUBER, Martin. *Do diálogo e do dialógico*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1982.

²⁰³ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution*. Notre Dame J. Int’L & Comp. L., vol. 4, 2014, p. 9-18. Versão Reduzida de seu livro publicado em inglês e em espanhol sobre o mesmo tema: GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013. Trad. Jefferson Guedes e Thiago Pádua.

novas Constituições colocam em risco as mesmas iniciativas que elas avançaram através das seções de direitos.

O Poder Judiciário Brasileiro, diante desta provocação, poderia passar a adotar posturas dialógicas em suas decisões, com caráter democrático.

As calorosas discussões sobre os direitos fundamentais e direitos humanos tem percorrido um caminho evolutivo no campo não tradicional do conflito judicial, ou seja, a interdisciplinariedade e a discussão e sopesamento de direitos essenciais aos seres humanos são relevantes para que a postura dos Tribunais trate de assuntos que, tipicamente não são tratados pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos últimos anos, em especial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, viu-se que o Supremo tem permitido a discussão acerca de medidas alternativas na resolução e solução de conflitos litigiosos ao invocar o Estado de Coisas Inconstitucional.

Trata-se de uma criação jurisprudencial estrangeira que tem alcançado discussões acadêmicas e mesmo no STF com origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana em razão de inúmeras violações de direitos fundamentais cujo intento é a solução de tais omissões estatais com a implementação de soluções coletivas voltadas ao bem e desenvolvimento das pessoas em sociedade.

Em 1997 sobreveio a Sentencia de Unificación - SU 559, de 6/11/1997 cuja ação foi ajuizada por professores que tiveram seus direitos previdenciários violados pelas autoridades, o que deu origem ao Estado de Coisas Inconstitucional que se verificou diante da constatação de referidas violações. Como bem sintetiza Dirley da Cunha Júnior²⁰⁴, a Sentença entendeu basicamente que é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número indeterminado de pessoas; que foi comprovada a omissão reiterada de diversos órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações na proteção dos direitos

²⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4634, 9 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47193>. Acesso em: 3 nov. 2020.

fundamentais pela ausência de adoção das medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias o que acarreta uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas; que existem muitas pessoas afetadas pela violação; e, por fim, que há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades com adoção de mudanças estruturais.

Na ADPF 347/DF supramencionada, o Supremo Tribunal Federal também adotou esta criação jurisprudencial da Colômbia, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares proposto em face da crise do sistema carcerário brasileiro, reconheceu a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro pelas graves violações de direitos fundamentais da população carcerária.

Nesta ADPF, o objeto da discussão se pautou na inobservância dos direitos fundamentais daqueles que ocupam o sistema prisional. O Estado de Coisa Inconstitucional é uma inovação advinda da Corte da Colômbia e, assim como a pretensão da ADPF, resolve a problemática dos direitos essenciais à vida do ser humano.

Importante salientar, entretanto, e sob a perspectiva do papel que tem o Supremo, o da efetivação máxima da Constituição, o STF tem a obrigação de intervir em casos de violações às normas constitucionais principalmente quando o debate paira no Direito Social à Saúde, com a solução do litígio, mesmo porque o Poder Legislativo atuante no Brasil, em sua grande maioria, não tem expertise para tratar de temas relacionados à distribuição da Saúde e sua suficiente implementação.

A partir de tais premissas é que se propõe uma mais adequada distribuição de investimentos públicos de modo a se permitir uma melhor formação de profissionais e estudantes que possam contribuir com o desenvolvimento do segmento, por meio de Políticas Públicas adequadas, por ser o início de uma jornada que pode trazer significativas mudanças no modo de entender do órgão Julgador.

Uma das possibilidades, por exemplo, é a introdução de disciplinas de direitos humanos na grade de formação dos futuros operadores do Direito, o que ainda não é obrigatório mas que deveria, uma vez que os direitos humanos são direitos fundamentais em âmbito internacional e viabilizaria um debate mais qualitativo em todos os campos do Direito e das Políticas Públicas, o que certamente contribuiria para a identificação dos problemas estruturais e o consequente desenvolvimento social, em especial na área da Saúde Pública.

No Brasil, a lida com situações que envolvem o interesse coletivo como a questão da Saúde Pública ainda é incipiente, e isto atinge de forma direta a efetividade deste direito social tão relevante, transferindo integralmente o ônus da ausência de prestação estatal suficiente aos que são mais pobres, o que revela uma urgência no início de uma discussão mais qualitativa e que aborde a efetividade.

Não se pode deixar estes assuntos de escanteio porque esta pode ser sim a solução para um aprimoramento e encontro de solução para a deficiência dos investimentos na Saúde Pública, ou seja, deve-se fomentar o diálogo entre os interessados e os Julgadores. Eloísa Machado²⁰⁵ elenca três dimensões fundamentais para uma litigância estratégica dialógica:

- 1) Tendo em vista a cisão, o conflito e a indisposição dos (as) operadores(as) do Direito em aceitar as causas coletivas, é importante que façamos ações que busquem mudar a lógica do modelo de Justiça, em que o conflito é estruturado a partir de dois indivíduos particulares. Tal modelo impossibilita a superação dos imensos desafios que temos para a garantia de direitos e a reparação de violações.
- 2) É preciso quebrar o corporativismo existente e também criar mecanismos que possibilitem uma real compreensão do funcionamento de tais instituições, pois só assim será possível realizar escolhas fundadas no interesse da sociedade e na defesa dos direitos humanos.

²⁰⁵ CONFERÊNCIA LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA EM DIREITOS HUMANOS, 2016, Auditório da FGV Direito SP. Litigância Estratégica em Direitos Humanos Experiências e reflexões [...]. [S. l.: s. n.], 2016.

- 3) Debater como fazer funcionar todas as normas e diretrizes de organizações e tratados internacionais porque, ainda que o Brasil seja signatário de inúmeros tratados e convenções, sendo também vinculado a cortes internacionais em muitas situações, o sistema de Justiça brasileiro não apenas faz interpretações diversas sobre os mesmos temas como também o Estado brasileiro descumpre sentenças das cortes internacionais.

A provocação de uma solução de conflitos por meio de Justiça Dialógica, consensual, que permite o diálogo entre todas as partes, inclusive com o Julgador, ainda não caminha com tanta harmonia, em especial perante o Poder Judiciário, entretanto, isto não impede a contínua pretensão dos interessados na solução dos litígios de maneira mais humanitária, com a garantia da preservação dos direitos básicos para a vida em sociedade e a proteção dos valores da dignidade humana.

CONCLUSÃO: PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA JURÍDICO MULTINÍVEL E DOS DIÁLOGOS JURISDICIONAIS

O encerramento deste trabalho será pautado por algumas provocações no que respeita as dificuldades do acesso à Saúde.

São diversos momentos em que a Constituição é ignorada, deixada de lado, com o urgente pedido de socorro ao Poder Judiciário, que é o último suspiro de quem pleiteia um Direito Social cuja obrigação originária repousa sobre as funções típicas do Estado, sem que houvesse necessidade de provocação do Judiciário.

Os direitos humanos, os direitos fundamentais e aqui destacando-se o direito à Saúde e a Vida, encontram proteção tanto nos documentos internacionais quando obrigam o Brasil a respeitar suas disposições, quanto internamente, com as normas de proteção constitucional.

Observa-se que desde a promulgação da Constituição Federal em vigor, de 1988, uma postura mais garantista da jurisprudência brasileira, quando passa a reconhecer a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, a partir do que dispõe o Texto Constitucional, garantindo a fruição dos direitos essenciais básicos à

sobrevivência, evitando, então, interpretações supressivas ou diminutas dos direitos humanos.

Disto salta que em havendo uma norma internacional que proteja com maior abrangência os direitos fundamentais previstos internamente, serão aqueles aproveitados e validados nacionalmente, descabendo-se invocar eventual conflito normativo.

A Saúde é essencial e a consequência lógica é a efetivação deste Direito pelos instrumentos normativos. Foi justamente o que aconteceu na história do Brasil. Com o colapso do Poder absolutista do Monarca, a sociedade passou a não mais concordar com as decisões tomadas unilateralmente, o que resultou em um modelo de Estado Liberal.

Este, por sua vez, tirou o pé do acelerador e acabou em ausência de limites e a sociedade não conseguia mais ver seus direitos assegurados porque aqui passou a haver uma abstenção estatal na prestação de serviços essenciais destinadas às pessoas, o que motivou à mudança de modelo de Estado novamente, desta vez, o Estado Social.

Deste modelo, notou-se uma preocupação de proteger estes Direitos básicos e o Estado passou a ter obrigações perante os indivíduos e em caso de descumprimento, tendo de responder pelos prejuízos causados.

Dessarte, a prestação material dos pleitos aos jurisdicionados começa a ganhar espaço a partir deste modelo de Estado que defende a proteção dos direitos sociais; se o direito é previsto pela Lei Maior do país, é de caráter obrigatório que se dê efetividade a tais direitos, em especial quando a problemática envolve a Saúde Pública e a vida digna.

Verificou-se a existência de alguns obstáculos estatais na efetividade da Saúde, seja em razão das dificuldades de acesso à Justiça pela alta demanda e falta de profissionais para a solução delas, ou então, em razão da precariedade das políticas públicas, onde aqui se defende a implementação destas com o intuito de

maximizar o bem-estar de todos a partir da iniciativa do estado em resolver um problema público.

O investimento em políticas públicas certamente desoneraria, em tempo razoável, os investimentos absurdos em medicamentos e o indiscriminado acesso ao Poder Judiciário com demandas irrelevantes.

Como objetivo fundamental desta Dissertação e pela análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, restou clarividente que seus Julgados caminharam no sentido de conceder o Direito Social reclamado, o da Saúde, a quem pleiteou, restando, portanto, evidente que somente quando se utiliza a via judicial que se alcança a prestação requerida, vez que o Estado ainda não conta com políticas públicas suficientes para implementar de forma razoável este direito.

O Poder Judiciário tem a obrigação de resolver a demanda provocada pelos jurisdicionados; sua função principal não é a de dar efetividade aos Direitos Sociais previstos na Constituição Federal; esta atividade cabe ao Estado, que é o grande protagonista no cenário da efetividade aos direitos sociais, por meio das políticas públicas formuladas e implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, cabe-lhe, no entanto, a proteção do direito ao mínimo existencial.

Inclusive no Direito Internacional há sujeição do Brasil às regras expostas na Convenção Americana de Direitos Humanos e demais Tratados Internacionais de Direitos Humanos que protegem os Direitos Sociais, o que obriga o atendimento às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se sujeita a responsabilidades caso haja descumprimento pelo caráter vinculante, assim como deverá o Brasil cumprir aquelas oriundas do STF.

Este estudo foi exatamente uma atrevida pretensão de expor alguns obstáculos existentes cuja solução invariavelmente finda somente nos Tribunais. Tanto é, que no âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem responsabilizado os Estados que se submetem a ela nos casos de violação do direito social à Saúde.

Independentemente do nível protetivo, é possível afirmar que os direitos sociais deveriam ocupar um espaço prioritário, evitando a exclusão daqueles que não contam com recursos suficientes para o acesso a uma Saúde digna, incluindo aqueles que tem condições de obter os melhores medicamentos e tratamentos sem ter que para isto, acessar o Poder Judiciário, ou seja, alcançar um caráter igualitário e a possibilidade de efetivação do acesso à Saúde por meio de políticas públicas e em última instância, por meio do Poder Judiciário.

A judicialização da Saúde tem sido a única maneira daqueles que não têm condição econômica favorável na busca por uma solução para o acesso à saúde ou para a manutenção de suas vidas, demandando uma atuação positiva do Poder Judiciário, a fim de que se possa alcançar, enfim, o direito à Saúde, essencial a todas as pessoas.

Os Tribunais devem atuar a fim de proteger a Saúde mesmo quando conflitam com outros direitos sociais, o que faz do acesso à Justiça, o meio para a efetividade estatal na prestação do Direito Social à Saúde, garantindo a inclusão social na fruição destes Direitos Fundamentais.

Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. **Derechos Sociales como Derechos**. pp. 1-60.

ABRAMOVICH, Victor. **Das Violações em Massa aos Padrões Estruturais: Novos Enfoques e Clássicas Tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, [s. l.], v. 6, ed. 11, 1 dez. 2009.

ABRAMOVICH, Victor. **Linhas de Trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados**. Sur, Rev. int. direitos human. vol.2 no.2 São Paulo 2005: [s. n.], 2005. Acesso em: 10/09/2020.

ADPF 45 MC, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 20 Mai. 2020.

ADPF 568/PR, Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/09/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf568homolog.pdf>. Acesso em 20 Mai. 2020.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª. ed. rev. e atual. [S. l.]: Malheiros Editores, 2007. 923. P. 432/433.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso Da Silva. 2ª, 5ª tiragem. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

Assembleia Geral da ONU. "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**". 217 (III) A. Paris, 1948. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (acessado em 10 de setembro de 2020).

AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, Antônio. **A evolução do sistema interamericano de direitos humanos: avaliação crítica**. R. Inf. Legisl. Brasília, [s. l.], 1982.

AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, Antônio. **Direito das Organizações Internacionais**. 3ª. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003. 653 p. 620.

AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, Antônio. **O impacto de tratados e resoluções nas relações internacionais na América Latina**. R. Inf. Legisl. Brasília, [s. l.], 1982.

BAKHTIN, M. (VOLOCHÍNOV, V). **A interação verbal**. In: _____. Marxismo e filosofia da linguagem: Problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. 2. ed. Trad. Michel Lahud; Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 1981, p.110-127.

BALESTRA NETO, O. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade**. Revista de Direito Sanitário, v. 16, n. 1, p. 87-111, 3 jul. 2015.

BERNARDES, Marcelo. **A aplicabilidade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil**. 2011. Publicado na Revista da PUC – Goiás.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1996. 680.

BOTAZZO, Carlos. **Democracia, participação popular e programas comunitários**. In: FLEURY, Sonia; AMARANTE, Paulo; BAHIA, Ligia (Org.). Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária. Rio de Janeiro: Cebes, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal**. In: Vade Mecum RT. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.85.

BROTERO, José Maria de Avellar. **A Philosophia do Direito Constitucional. Por um ex-magistrado**. São Paulo. Editora: Typographia do Governo Arrendada por Silva Sobral. 1842. P. 2.

BUBER, Martin. **Do diálogo e do dialógico**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1982.

BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights**. [S. I.]: West Academic Publishing, 2017. P. 21/24.

JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Jose. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7.^a. ed. Portugal: Almedina, 2003. 1522 p. 1182/1183.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde**. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 41.

Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, párr. 63.

CÉSAR MONTEIRO FILHO, Augusto. **Perspectivas sobre a Judicialização da Saúde no Brasil sob o Enfoque do Direito e Economia**. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius Constitucionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional. [S. I.]: Jus Podivm, 2019. p. 593-618, P. 605.

CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4).

CONFERÊNCIA LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA EM DIREITOS HUMANOS, 2016, Auditório da FGV Direito SP. **Litigância Estratégica em Direitos Humanos Experiências e reflexões** [...]. [S. l.: s. n.], 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 31 de 30 março de 2010**. Disponível em: <<http://www.rnpd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2011.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Da ordem Social: Art. 200, [S. l.], p. 187-188, 5 out. 1988.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

CORTE IDH. **Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil**. Sentença de 15 de julho de 2020.

CORTE IDH. **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 8 de março de 2018.

Courtis, Christian. (2012). **The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A New Instrument to Address Human Rights Violations**. Global Policy. 3. 10.1111/j.1758-5899.2012.00200.x.

CREPALDI, Thiago; MORAES, Claudia. **Com judicialização da saúde, juízes passam a ditar políticas públicas do setor**. Consultor Jurídico, [S. l.], p. -, 15 ago. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4634, 9 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47193>. Acesso em: 3 nov. 2020.

DE ABREU DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30ª. ed. [S. l.]: Saraiva, 2011. 306 p. 150.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 9ª. ed. [S. l.: s. n.], 2001.

DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B.; ROMERO, L. C. **A saúde precisa de juízes epidemiologistas**. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 81, jan./abr. 2009.

Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DUVERGER, Maurice apud DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 194-195.

FACURY SCAFF, Fernando. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos

fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 136.

FANTI, Fabíola. **Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo**. 2009. 105 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 50.

FERRAZ, Octávio Luis Motta. Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil”. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). *Litigating Health Rights: can courts bring more justice to health?* Harvard: Harvard University Press, 2011; FERRAZ, Octávio Luis Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, 2011, pp. 1643-1668; FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 52, n.º 1, 2009; FERRAZ, Octavio Luiz Motta; WANG, Daniel Wei L. Atendendo os Mais Necessitados: acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 10, n. 18, 2013; CARNEIRO, Wálber Araújo. A cidadania tutelada e a Tutela da Cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, Wilson Alves de; CARNEIRO, Wálber Araújo; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. (Coords.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. *Law & Society Inquiry*, vol. 36, issue 4, 2011.

GANDOLFI DALLARI, Sueli; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. **Direito Sanitário**. [S. l.]: Verbatim, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism**: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame J. Int’L & Comp. L.*, vol. 4, 2014, p. 9-18. Versão Reduzida de seu livro publicado em inglês e em espanhol sobre o mesmo tema: GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013. Trad. Jefferson Guedes e Thiago Pádua.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Fundamentais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 87.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. p. 11.

GROSS ESPIEL, Héctor. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano**, San José, Libro Libre, 1986, p. 16-17.

Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. Organización de los Estados Americanos. **Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados em el Protocolo de San Salvador**. 2ª Edição, P. 52.

GUTIERREZ, M. e cols. **Perfil descriptivo-situacional del sector de la promoción y educación en salud: Colombia**. In: AROYO, H.V.; CERQUEIRA, M.T. (Eds.) La promoción de la salud y la educación para la salud en América Latina: un Análisis Sectorial. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1996. p. 144.

HABERMAS, Jürgen. **Objecciones de hegel a kant, in escritos sobre moralidad e eticidad**. Barcelona, Paidós, 1991, págs. 105-106.

Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, M. y Courtis, C. (compiladores): **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Ed. Del Puerto-Cels, Bs. As., 1997, pág. 283/350.

HENKIN, Louis. **International Law: Politics and Values**. 1ª. ed. [S. l.]: Kluwer Law International, 1996. P. 416.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p. 13.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm>

<https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em 18 de Maio de 2020.

HUNT, Paul. **Social Rights Are Human Rights: BUT THE UK SYSTEM IS RIGGED**. Social Rights Are Human Rights, Centre for Welfare Reform, 1 set. 2020.

KONDER COMPARATO, Fábio. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa, ano 35, n.º 138, <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>, 1998. Pg. 44/45 – abr/jun 1998.

KONDER COMPARATO, Fábio. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 570-571.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, pp. 19-20.

LANGFORD, Malcom. **Judicialização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Âmbito Nacional: Uma Análise Socio-Jurídica**. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, [s. l.], v. 6, ed. 11, 1 dez. 2009.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Temas Clave de la Constitucion Española: Los Derechos Fundamentales**. 9ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. 234.

LUZ, M.T. **Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática" - anos 80**. Physis, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 77-96, 1991.

MARCHIORI BUSS, Paulo. **Promoção da saúde e qualidade de vida.** Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 170-171, 2000.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi Dallari. **Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo.** Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 41, n. 7, p. 105, 2007.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa. **Judicialização da Saúde pelas Elites: os medicamentos para mucopolissacaridose.** Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 4, pp. 1.089-1.098, 2013.

MERLIN CLÈVE, Clémerson. **Sobre os direitos do homem, in Temas de direito constitucional (e de teoria do direito),** p. 125-127 (Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 14.^a edição, Editora Saraiva, p. 75/76.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 7ª. ed. São Paulo: Método, 2012.

O espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação de poderes, mérito do ato administrativo, prevalência do interesse público são de pouco valor prático”. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER (United Nations Information Centre, Portugal). United Nations Human Rights et al. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** In: OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER (United Nations Information Centre, Portugal). United Nations Human Rights (org.). Declaração Universal dos Direitos Humanos. [S. l.], 22 fev. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 14 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução nº 1/2020. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas.** Aprovada pela CIDH em 10 de abril de 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Organização Pan-Americana da Saúde(org.).** Disponível em: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&limitstart=1&lang=pt. Acesso em: 25 maio 2020.

PAULA DALLARI BUCCI, Maria. **A respeito dos elementos de estruturação das políticas públicas.** O conceito de política pública em direito, cit. P. 40-46.

PAULA DE BARCELLOS, Ana. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** [S. l.]: Renovar, 2011. P. 261/263.

PAULA DE BARCELLOS, Ana. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PAULA DE BARCELLOS, Ana. **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221.

PAUTASSI, Laura. (2012). **Educación, cuidado y derechos - Propuestas de políticas públicas**. *SER Social*. 13. 10.26512/ser_social.v13i29.12664. El artículo sintetiza los principales aspectos que impregnan los abordajes teóricos en torno al derecho a la educación que muchas veces ignoran la interdependencia entre la situación de niños, niñas y adolescentes y las condiciones de inserción laboral de sus padres, en el marco de una escasa oferta de infraestructura de cuidado que caracteriza a América Latina y el Caribe. Partiendo de las recomendaciones específicas que formula el enfoque de derechos humanos, se proponen acciones en materia de fortalecimiento de instituciones de política social de carácter universal como también reformas en la política educativa para que el derecho a la educación y al cuidado sean incorporados en el centro de las políticas sociales.

PAUTASSI, Laura. **La articulación entre políticas públicas y derechos. Políticas públicas para un estado social de derechos: el paradigma de los derechos universales**. 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 424.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 704 p. 334.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Malheiros. P. 193/194.

PIRES, Tércio; RULLI NETO, Antonio. **Demandas contra a Fazenda Pública**. [S. l.]: Editora Juarez de Oliveria, 2004. 210 p. 101.

PISARELLO, Gerardo. **Boletín mexicano de derecho comparado**. Biblioteca jurídica virtual.

PORTERO, Carolina Silva. **LAS DIMENSIONES POSITIVAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: El caso de las asignaciones presupuestarias. Los derechos sociales del acceso a la información a la justiciabilidad**, Centro de Derechos Humanos Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador. P. 62.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Decreto n.º 591, 6 de Julho de 1992**.

RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p. 126/127.

RIVAS, Juana Maria Ibañez. **Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do *ius Constitutionale Commune* Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional**. [S. l.]: Editora JudPodivm, 2019. 751 p. 259.

ROBERTO BARROSO, Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. 583.

ROBERTO BARROSO, Luís. Parecer desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

ROSEN, Michael. **Dignity: its history and meaning**. Cambridge, Massachussetts: Harvard University Press, 2012.

SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. [S. l.]: Livraria do Advogado, 2012. 192.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 566 e ss.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 144.

SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. [S. l.]: Verbatim, 2009. P. 143/144.

SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal; ALBERTO DAVID ARAÚJO, Luiz. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 456.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. **O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais**. In: O processo para solução de conflitos de interesse público[S.l: s.n.], p. 650 ; 23 cm, 2017.

STF reconhece o “direito a ter o custeio adequado de direitos” na **ADI 5.595**”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-et-12/contas-vista-stf-reconhece-direito-custeio-adequado-direitos-adi-5595>. Acesso em 14 de Maio de 2020.

STF, **RE 195192/RS**, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60

STF, **SS 1073**, Rel. Min. Presidente, proferida pela Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007, p. 21.

STF, **AgRg no RE 271.286/RS**, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101.

STONE, Geoffrey R. **Individual Rights and Majoritarianism: The Supreme Court in Transition**. Cato Policy Analysis, n. 51, March 29, 1985. Disponível em: <<https://store.cato.org/pubs/pas/pa051.html>>. Acesso em: 28 out. 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; Cavalheiro, Andressa Fracaro. **Nova fase dos direitos de seguridade social: um recomeço**. In. Strapazzon, C.L.; Serramalera, M.B. Direitos Fundamentais em Estados Compostos (Org). Chapecó: Unoesc, 2013, p.231-266.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; QUADROS, Francielly Glovacki de. **A exigibilidade dos direitos sociais> uma primeira análise da teoria de Christian Courtis**. In: Direitos sociais e políticas públicas. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista, Rogério Magnus Varela Gonçalves, Carlos Luiz Strapazzon – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fcd4d0ad75c6f5c>. Acesso em: 10 set. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação - Imunidades e isonomia**. [S. l.]: Renovar, 1995. P. 147/148.

ULSON PIZARRO WERNER, Patricia. **Direito à saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>.

VERA, Óscar Parra. **Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional**. [S. l.]: Editora JudPodivm, 2019. 751 p. 274.

VERAS, Renata Meira; TRAVERSO-YÉPEZ, Martha. **Social determinants of health and preterm birth trends in Brazil and Canada**. In: FLEURY, S; BAHIA, L.; AMARANTE, P. (Org.). **Saúde em debate: fundamentos de reforma sanitária**. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 431.

VICTOR ABRAMOVICH E CHRISTIAN COURTIS. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. P. 248-249.

WEI LIANG WANG, Daniel. **Judicialização da saúde: da crítica à busca de uma jurisprudência construtiva**. JOTA, [S. l.], p. 1-6, 13 ago. 2019.

WEI LIANG WANG, Daniel. **Poder Judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade**. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, [s. l.], 1 jan. 2009.

ZAMORA, Juan Clemente. **Nuevas Orientaciones en Materia Constitucional**. Instituto Nacional de Prevision y Reformas Sociales, Cuba: Editorial Atalaya, S.A., 1939. pp. 18.