

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

FERNANDA FERRAROLI NÓBREGA DE ALMEIDA PARO

A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

SÃO PAULO

2017

FERNANDA FERRAROLI NÓBREGA DE ALMEIDA PARO

A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Monografia de conclusão de curso de pós-graduação apresentada à Coordenadoria Geral de especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista (lato sensu) em Direito Constitucional, sob orientação do Prof. Dr. Luis Eduardo Patrone Regules.

Orientador: Luis Eduardo Patrone Regules

SÃO PAULO

2017

FERNANDA FERRAROLI NÓBREGA DE ALMEIDA PARO

A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação apresentada à Coordenadoria Geral de especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista (lato sensu) em Direito Constitucional, sob orientação do Prof. Dr. Luis Eduardo Patrone Regules.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

Nome do Professor

Nome do Professor

Nome do Professor

Agradeço primeiramente aos meus familiares que me permitiram estudar e alcançar essa vitória. Ao meu marido que esteve sempre ao meu lado nessa trajetória e me auxiliou de maneira estrutural.

Agradeço também ao Professor Luis Eduardo Patrone Regules, pela honrosa orientação e ensinamentos despendidos.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar o cenário atual em relação à eficácia do direito fundamental à saúde, os pontos que o enfraquecem e os pontos que são alavancas para sua efetividade.

A princípio, a fim de fornecer uma estrutura aos assuntos que serão tratados, refletirei um pouco sobre os direitos fundamentais, humanos e sociais, sobre a Emenda Constitucional nº 95 de 2016 e o congelamento dos gastos com Saúde.

Tratarei brevemente sobre a estruturação do sistema único de saúde, sua formação, problemas, necessidades, financiamento, dentre outros pontos que nos faça refletir sobre sua efetividade, continuidade, problemática e eficácia.

Não obstante, serão também mencionadas aqui questões sobre a problemática da judicialização da saúde, sua necessidade versus sua devida aplicabilidade e, como poderemos alcançar um equilíbrio nessa esfera.

Além disso, será abordada a questão da realidade atual brasileira no que tange à eficácia das normas constitucionais que visam a implementação da saúde no Brasil e, por fim será dada a conclusão, na qual restará demonstrado o entendimento da efetividade deste direito fundamental.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. COMPROMISSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Gerações de direitos fundamentais

2.2 Direitos fundamentais, humanos e sociais

2.3 Emenda Constitucional 95 de 2016 e o Congelamento dos gastos com Saúde

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O S.U.S.

3.1 Criação, cenário atual, o S.U.S. como saída.

3.2 Financiamento

3.3 O S.U.S. como direito do cidadão e dever do estado

3.4 Funções do S.U.S.: regular, fiscalizar, controlar e executar

3.5 Portarias inconstitucionais e ilegais

3.6 Progresso?

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

4.1 Breves Considerações sobre os Planos de Saúde

4.2 Regime jurídico do direito à saúde e sua judicialização

4.3 Jurisprudência Constitucional da judicialização da Saúde

5. A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA REALIDADE BRASILEIRA

5.1 Direito à Saúde e sua aplicabilidade

5.2 Garantismo dos direitos à saúde

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Como ponto de partida do presente trabalho, tem-se uma discussão sobre a caracterização do direito à saúde como um Direito Fundamental, uma vez que tal Direito é assegurado pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e, a partir dos Anos 90 (noventa) foram criadas leis infraconstitucionais que garantissem a aplicabilidade e eficácia desse Direito, conforme poderemos observar ao decorrer deste trabalho, uma vez que serão abordadas de forma resumida.

Decerto, importa esclarecer que atualmente existe uma abordagem acerca do papel que os direitos fundamentais assumem diante da Teoria Moderna da Constituição, ou seja, existe o entendimento de que os direitos sociais se perfazem em Direitos Fundamentais.

Tendo em vista o entendimento tirado dos ensinamentos de grandes mestres doutrinadores do direito, os direitos fundamentais são históricos e fruto da construção humana através de grandes lutas e batalhas travadas por diversas sociedades ao longo do tempo. Tais direitos fundamentais são seguidos de direitos sociais advindos de uma ligação estreita entre os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, as quais são tidas atualmente como garantias adquiridas ao longo do tempo e da história, hoje inseridas basilarmente em nossa Magna Carta.

Em seu artigo 3º a nossa Constituição traz, pela primeira vez em nossa história como “mandamentos basilares” da República, os direitos à dignidade da pessoa humana e à vida como direitos fundamentais do cidadão e, segundo Luis Roberto Barroso (2009, p.10):

“O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos”.

Logo, vislumbrando estes princípios estruturais para a constituição de uma sociedade moderna mais igualitária e mais protecionista tem-se que o direito à saúde é uma condição essencial que deve ser perpetrada pelo Estado, por meios de

políticas públicas através de seus órgãos, exigindo assim, uma conduta e atuação positiva do ente estatal para que haja eficácia e garantia desse direito a todos os cidadãos.

Por esta razão, a Constituição deve, segundo Maximiliano, ser interpretada preponderantemente com um aspecto prático, garantindo uma resposta efetiva ao anseio da sociedade. A compreensão constitucional procura “atingir um sentido que tornam efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não os contrarie ou reduza à inocuidade”¹.

Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo refletir sobre a efetividade do direito à saúde como direito fundamental, assegurado pela Constituição, no contexto do Estado Democrático de Direito.

¹ MAXIMILIANO, 2010, p. 250.

2. COMPROMISSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme brevemente explanado acima, temos que, em se tratando de direito à dignidade à pessoa humana e, consequentemente a construção dos direitos sociais que desembocam como princípios estruturais na Constituição e que visam medidas protetivas e eficazes, é possível falar que os direitos humanos e os direitos fundamentais da pessoa humana se referem a um conjunto de normas que objetivam proteger os bem jurídicos mais sensíveis na proteção desta dignidade, conforme será possível observar a seguir.

2.1. Direitos fundamentais, humanos e sociais

Esses direitos são reconhecidos atualmente na esfera internacional, uma vez que os direitos humanos desconhecem qualquer tipo de fronteira e, neste contexto vale mencionar a existência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, os quais elevaram os Direitos Sociais ao nível de Direitos Humanos, percebendo vigência universal, independentemente de serem ou não reconhecidos por quaisquer Constituições, uma vez que se referem à Dignidade da pessoa humana (COMPARATO, 2003, p.176).

O Estado democrático de direito teve como marco inicial a elaboração da Constituição Federal de 1988, e nela, em seu artigo 6º tem-se os direitos fundamentais estampados nas seguintes palavras:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.”

Não obstante, em seu artigo 196, a Constituição democrática prevê também que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença, de outros agravos e de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Segundo Magalhães (2008) “o direito à saúde não implica somente direito de acesso à medicina curativa. Quando se fala em direito á saúde, refere-se à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e a educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas. Muitas das doenças existentes no País, em grande escala, poderiam ser evitadas com programas de esclarecimento da população, com uma alimentação saudável, um meio ambiente saudável e condições básicas de higiene e moradia. A ausência de alimentação adequada no período da gestação e nos primeiros meses de vida é responsável por um grande número de deficientes mentais.” (MAGALHÃES, 2008, p.208).

Magalhães traz uma explanação abrangente ao falar em saúde, no entanto, a grande questão é sobre o compromisso para com a efetividade de toda essa gama de direitos expostos ao cidadão, e, sobre qual é o compromisso do Estado Democrático de Direito nessa seara, uma vez que a efetivação dos direitos sociais depende efetivamente da obrigação do Estado em agir, através das políticas públicas e/ou pelo judiciário, pois tudo isso irá depender de um planejamento adequado e eficaz, visando um financiamento básico, execução competente e constante avaliação de resultados.

No entanto, caso não haja essa aplicabilidade eficaz por parte do Estado enquanto administrador, uma vez que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, a sua implementação poderá ser efetivada por meio da “judicialização das políticas públicas”.

Embora exista a possibilidade de se alcançar alguns resultados por vias externas, sem contar com a mão do Estado-Administrador, não é isso que se espera da aplicabilidade e eficácia dos Direitos fundamentais e sociais constituídos na Constituição Federal de 1988, pois para que haja um Estado Social de Direito, com fulcro no âmago da Democracia, que é a essência da Constituição, é preciso que haja moldes cujo parâmetro nasça dos direitos fundamentais e atendam os fins sociais prometidos.

Por isso, é de extrema importância o entendimento e o comprometimento do Estado no que diz respeito às mudanças e necessidades da sociedade, através de um mecanismo de comunicação e de discussão que permita essa troca, a fim de legitimar cada vez mais o processo democrático constitucionalmente assegurado.

2.2. Gerações de Direitos Fundamentais

Diante das explicações expostas acima, restou claro que os Direitos Fundamentais advindos do princípio internacional da dignidade da pessoa humana, visam assegurar a todos os cidadãos uma existência digna, e por essa razão, segundo Alexandre de Moraes, existe um “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”. (MORAES, 2005, p.21).

Além disso, os direitos fundamentais, por serem indispensáveis à vida de qualquer cidadão, possuem também as seguintes características: 1) Inalienáveis - são direitos intransferíveis e inegociáveis; 2) Imprescritíveis - não deixam de ser exigíveis em razão do não uso; 3) Irrenunciáveis - nenhum ser humano pode abrir mão da existência desses direitos; 4) Universais - devem ser respeitados e reconhecidos no mundo todo e 5) Limitáveis - podem ser limitados sempre que houver uma colisão de direitos fundamentais.

Possuem ainda divisões quanto ao seu nascimento e importância social, as quais são chamadas de gerações. Como 1ª (primeira geração), tem-se os Direitos individuais, que surgiram nos Séculos XVII e XVIII e foram os primeiros a serem reconhecidos pelos textos Constitucionais. De 2ª (segunda) Geração, são os Direitos Sociais, quais sejam, econômicos, sociais e culturais, que tiveram origem no Século XX, e passaram a se basear não só no individualismo e sim no âmbito e necessidade social.

Aqui entra o Direito à saúde como um verdadeiro direito social, um direito social prestacional, pois, conforme já colocado, é necessária atitude positiva do Estado para que haja eficácia deste direito.

Já os direitos de 3ª (Terceira) geração são aqueles chamados de Direitos Coletivos, que asseguram a solidariedade e a fraternidade. E, por fim, os direitos de 4ª (quarta) geração, que são os direitos das minorias, decorrentes da evolução da sociedade e da globalização.

2.3. Emenda Constitucional 95 de 2016 e o Congelamento dos gastos com Saúde

A emenda Constitucional 95 de 2016 institui um novo regime fiscal limitando os gastos do governo federal por vinte exercícios financeiros. No que diz respeito ao direito à saúde a emenda constitucional modificou o regime de custeio e financiamento nos seguintes termos:

"Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do **caput** do art. 212, da Constituição Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

Ora, para tratarmos de tal tema primeiro se faz necessário recorrer a digressões que escapam a própria ciência do direito constitucional, isto porque estamos adentrando numa seara cinzenta entre direito constitucional, direito financeiro e políticas públicas. Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que a filosofia e ciência política expõem as teorias marxistas e liberais para apontar que a tentativa de equilibrar tanto a liberdade liberal como a igualdade

marxista vem à tona a concepção providencialista da democracia, justamente neste âmbito está o dilema da PEC 241/16 que limita o teto dos gastos do governo federal.

As ideias de igualdade de condições e direitos sociais estão relacionadas, haja vista que os direitos sociais são aqueles que visam garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de direitos fundamentais em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna, por meio da proteção e garantias dadas pelo Estado Democrático de Direito.

A demanda por direitos sociais teve origem no século XIX com o advento da Revolução Industrial. Foram primeiramente estabelecidos pelas constituições Mexicana em 1917 e de Weimar em 1919, mas foram positivados no âmbito internacional em 1948 por meio Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e mais tarde detalhados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966.

Numa perspectiva moderna de constitucionalismo temos como peculiaridade uma aguda tensão entre o constitucionalismo e democracia. Isto é, atualmente, exige-se uma “rematerialização” da constituição, emprestando assim dimensão substancial para a democracia, logo, exige-se prestações positivas por parte do Estado-Administrador que custam dinheiro, isto é, é imprescindível que o Estado empenhe parte do orçamento com a efetivação de direitos sociais, dentre eles a saúde.

É o que percebemos ao recorrer aos ensinamentos de José Afonso da Silva, que ao tratar das normas constitucionais programáticas e os direitos sociais, diz que a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-las sistematicamente como princípios sócio ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições contemporâneas entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, o Estado democrático de direito.

A constituição de 1988 consagra, de forma expressa, amplo catálogo de direitos sociais. Neste sentido, anote-se as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein, para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos

fundamentais têm custos públicos, dando especial relevo a “reserva do possível” e evidenciando a “escassez de recursos”.

Segundo o jurista Ingo Sarlet, a reserva do possível apresenta tríplice dimensão: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, etc; c) proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

A doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que nada mais é que o “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”

É fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e a própria dignidade da pessoa humana, sendo que o Estado Democrático Brasileiro, conforme previsão preambular da Constituição, foi instituído destinado a assegurar o livre exercício dos direitos sociais e tem como objetivo fundamental erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais. Ainda nos termos da Constituição são direitos sociais o direito a saúde, educação, alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, entre outros.

Em recente nota técnica do IPEA², Vieira e Benevides (2016) tratando sobre os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para efetivação do direito a saúde no Brasil deixam claro que:

“Pelo exposto nesta Nota Técnica, fica claro que a PEC 241 impactará negativamente o financiamento e a garantia do direito à saúde no Brasil. Congelar o gasto em valores de 2016, por vinte anos, parte do pressuposto equivocado de que os recursos públicos para a saúde já estão em níveis adequados para a garantia do acesso aos bens e serviços de saúde, e que a melhoria dos serviços se resolveria a partir de ganhos de eficiência na aplicação dos recursos existentes. Ademais, o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará e envelhecerá de forma acelerada. Assim, o número

² Instituto de Pesquisas Econômica Aplicadas.

de idosos terá dobrado em vinte anos, o que ampliará a demanda e os custos do SUS”³.

Resta claro, portanto, que estamos lidando com uma questão jurídica que decorre de uma crise econômica e “déficits” seguidos na arrecadação pública de tributos, no entanto, não podemos deixar de considerar também que somos cidadãos de um país extremamente desigual e a limitação dos gastos públicos com saúde, em especial, e políticas sociais em geral, acaba por impactar mais sensivelmente grupos socialmente mais vulneráveis, o que implica numa contribuição direta ao círculo vicioso do aprofundamento da desigualdade e não efetivação do direito à saúde no país.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O S.U.S.

Conferências Nacionais de Saúde foram as responsáveis por transpassar a ideia que permeava a sociedade mais ou menos 30 (trinta), 40 (quarenta) anos atrás.

Em meados de 1960 já se demonstravam ideias sobre a Municipalização dos Serviços de Saúde e, por essa razão pensamentos sobre uma reforma no sistema de saúde iam germinando entre os Departamentos de Medicina Preventiva e Social, bem como em algumas escolas médicas e, com o passar do tempo ia amadurecendo um ideal de assistência integral das ações de saúde para todas as pessoas e, assim começou em grupos de sanitaristas que tinham uma visão mais moderna da realidade a formarem opiniões e lutarem por elas.

A discussão sobre a saúde tomava uma proporção como nunca havia tomado antes e, tanto nas organizações privadas como em médias e grandes Associações como a ABRASCO, Associação Paulista de Saúde Pública, a

³ VIEIRA, Fabiola Sulpino e BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. OS IMPACTOS DO NOVO REGIME FISCAL PARA O FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. IPEA. Brasília, Setembro de 2016, p. 21.

importância desse assunto crescia, bem como a necessidade de implementação de uma política abrangente e satisfatória.

Após, alguns prefeitos implementaram em seus municípios redes básicas de saúde com serviços de emergência, sem qualquer subsídio estadual ou federal, e, até hoje foi o único “dinheiro novo” que se aplicou na saúde nos últimos anos, independente de qualquer reforma fiscal, pois o que houve foi uma resposta formal dos administradores municipais às necessidades da população.

Com a Proposta da Nova República para área da saúde, vieram mudanças radicais no sistema para essa área, a criação da Lei Orgânica da Saúde e também a tentativa de alteração do sistema único de saúde, mas alguns somente abriram portas para um crescimento de plano de pronta atenção aos convênios para que fossem mais universalizados e ágeis.

Diversas tentativas foram implementadas e, após a era das Ações Integradas de Saúde (AIS), em 1983, veio o SUDS em 1987, que era uma proposta de unificação das três esferas de governo, enquanto não houvesse a criação do S.U.S., cuja lei somente saiu em meados de 1990.

3.1. Criação, cenário Atual e o S.U.S como saída

Sem dúvidas, a criação no Sistema único de Saúde se deu a partir da origem e consagração da Constituição Federal do Brasil, tendo como um dos pilares o Estado democrático de Direito, bem como princípios que surgiram como estruturas fundamentais, quais sejam: autonomia dos Estados e Municípios, participação popular e valorização da cidadania como mecanismo de controle da sociedade (público e privado) e a descentralização e rompimento com a tradição militar.

Outro ponto importante foi a passagem de uma época na qual somente havia a previdência para aqueles que contribuem para outra na qual o conceito é

mais amplo e extensível a todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer discriminação.

As Leis nº 8.080 e nº 8.142, guardam os princípios norteadores do Sistema único de Saúde advindos desses avanços em relação à saúde no Brasil, que passaram a ser protegidos pela Constituição, conforme já demonstrado. Tais princípios são: 1) gratuidade; 2) universalidade e equidade do acesso; 3) dicotomia entre promoção, prevenção, assistência e reabilitação, integralidade na assistência; 4) saúde como direito a todos e dever do Estado; 5) financiamento tripartite entre os entes federativos; 6) descentralização com gestor único em cada esfera de governo; 7) participação comunitária a partir dos Conselhos de saúde e das Conferências de Saúde, dentre outros.

No entanto, há quem diga que mesmo diante de todos esses princípios e estruturas elencadas a fim de criar e dar eficácia a esse sistema em construção, este ainda não se desenvolveu da forma desejada, uma vez que falta infraestrutura e investimento para que haja um crescimento e desenvolvimento eficaz.

Além da ausência dessa infraestrutura, o fato de o Sistema único não atingir os resultados pretendidos na sua plenitude, também se relaciona a outros elementos e fatores existentes no Brasil atual, quais sejam: desemprego, pobreza e fome, agravamento de doenças, encarecimento da assistência, queda do financiamento em contraponto às necessidades prementes, dentre outros. Porém, ainda assim existem outros fatores alheios à saúde que não auxiliam para seu crescimento.

Posto isso, dos princípios da criação até o cenário atual, é notório que houve crescimento e progresso no que se diz respeito ao amplo acesso à saúde, porém, ainda existe uma grande deficiência em relação à eficácia deste Sistema, no que tange ao financiamento, investimento e estrutura, que o Brasil de hoje não possui.

No entanto, não se pode desperdiçar tudo o que já foi construído e abandonar um Sistema que pode trazer muitos benefícios à sociedade de uma forma geral. É importante que seja dada sequência aos trabalhos realizados a fim de

implantar o S.U.S e dar efetividade para as Leis criadas através de uma atitude democrática.

3.2. Financiamento

Conforme explicitado acima, dentre as implantações que não deram certo, existe um outro princípio que também está esquecido e foi colocado de lado, que é o do financiamento do S.U.S, que, com o passar do tempo vem decrescendo enquanto o custo para mantê-lo cresce.

Embora a Constituição Federal tenha determinado que cada esfera do governo deve colocar recursos fiscais para sustentar o orçamento da Seguridade Social, tal determinação não está sendo seguida, e é uma das principais falhas que ensejam o não desenvolvimento do Sistema Único de Saúde.

Outro ponto deficiente que dificultou o financiamento do S.U.S foi a gestão financeira da Seguridade Social, que alcançou uma importância que historicamente não percebia e fez com que houvesse a diminuição do investimento na saúde.

Não obstante, grande absurdo que pudemos e podemos verificar ainda hoje, ocorre em relação à atitude do Ministério da Previdência Social que se vê com autoridade suficiente para reter percentuais da saúde e de até mesmo, publicamente, anunciar que dentro de “x” período não irá repassar nada da contribuição de empregados e empregadores à saúde.

Ou seja, estamos diante de um cenário no qual a saúde do povo brasileiro é figurativa e não primordial. A saúde no Brasil nunca gozou de prestígio e acaba sempre sendo deixada para trás nas negociações essenciais e, não para por aí, pois com o intuito de jogar areia nos olhos da população, hoje se “mascaram” determinadas necessidades alheias à área da saúde como se dela fizessem parte, somente para dizer que o investimento está indo para a saúde, no entanto, sabemos que isto não é verdade.

Outro ponto importante a ser discutido, é a questão do repasse dos próprios Municípios para a saúde, pois quando o Governo Federal repassa os valores devidos, alguns municípios simplesmente “se esquecem” de alocar a sua parte e, com isso o déficit vai aumentando, vez que nunca são alocados de fato todas as verbas as quais a saúde tem direito.

Todos esses itens tratados acima são os principais causadores da dificuldade de crescimento econômico do S.U.S atualmente, porém, não obstante a eles, ainda temos que lidar com outros problemas que incidem diretamente no campo da saúde, como por exemplo a sonegação e corrupção de forma geral.

Portanto, enquanto deixarmos essa questão como plano secundário, sem investimentos devidos e corretos, o Sistema Único de Saúde sempre perderá por ter que lidar com o mau uso, uso indevido, modelo assistencial inadequado, baixo investimento em recursos humanos, dentre outros fatores que colaboram para um enfadonho ciclo vicioso e sem esperança.

Não obstante, vale frisar ainda, que o governo federal vem subfinanciando a saúde e que o Brasil gasta recursos insuficientes. A demonstração através de evidência facilitará o entendimento dos equívocos cometidos pelo governo federal nestes últimos dez anos, sem falar na Emenda Constitucional 95 de 2016, conforme previamente exposto no item 2.3, descrito acima.

Segue abaixo o demonstrativo de três evidências a partir de dados concretos mostrando a constante diminuição do financiamento federal.

Como 1ª Evidência: o gasto federal *per capita* caiu entre 1997 e 2008 e só aumentou depois diante da ameaça da gripe suína. Em 1997 eram R\$ 294 (duzentos e noventa e quatro reais) *per capita*. Em 2003, primeiro ano do governo Lula, R\$ 234 (duzentos e trinta e quatro reais) *per capita*, e em 2008, R\$ 289 (duzentos e oitenta e nove reais) *per capita*.

Como 2ª Evidência: entre 1995 e 2011 caiu o gasto percentual em relação à Receita Federal.

E, por fim, como 3ª Evidência: a participação federal no financiamento da saúde pelas três esferas de governo veio caindo e aumentando a participação de Estados e municípios.

3.3. O S.U.S. como direito do cidadão e dever do Estado

Conforme já explicitado acima, o Sistema Único de Saúde é resultado de décadas de luta batalhada pelo Movimento da Reforma Sanitária e, conseqüentemente, após anos de esforço, ele foi instituído pela Constituição Federal de 1988 e consolidado pelas Leis 8.080 e 8.142, bem como denominado de tal forma.

Tem como característica essencial e como patamar principal, a questão constitucional de que saúde é Direito do Cidadão e dever do Estado, muito embora tenhamos observado o cenário demonstrado acima.

Declarada na Constituição Federal, a relevância pública dada à saúde, tem o significado do destaque e proeminência da saúde entre tantas outras áreas e setores. É importante destacar que foram consideradas como de relevância pública tanto a saúde pública como a privada. Os juristas entendem nessa relevância pública uma limitação ao simples entendimento de que a saúde seja apenas, pura e simplesmente, um bem de mercado.

Os serviços privados de saúde, além de serem de relevância pública, estão subordinados à Regulamentação, Fiscalização e controle do S.U.S. Aí se incluem tanto o sistema privado lucrativo exercido por pessoas físicas ou jurídicas individuais ou coletivas, prestadoras ou proprietárias de planos, seguros, cooperativas e autogestão, quanto o sistema privado não lucrativo, filantrópico ou não. Incluem-se: hospitais, clínicas, consultórios, laboratórios bioquímicos, de imagem e outros, de todas as profissões de saúde e com todas as ações de saúde.

No entanto, infelizmente hoje, embora haja relevância do exposto acima, o Estado, e quando fala-se Estado, não exclui os demais entes federativos, não estão dando conta de implantar um Sistema de saúde eficaz para o povo Brasileiro, haja vista a falta de arsenal econômico e de investimento, ou seja, mesmo sabendo que trata-se de direito do cidadão e dever do Estado, o que se nota é que esse dever vem sendo cumprido de forma precária e totalmente desequilibrada no que diz respeito a estruturação.

O Sistema Único de Saúde está com as prioridades todas invertidas pois, infelizmente e lamentavelmente, ao falarmos do objetivo contumaz da saúde, logo pensamos em tratar pessoas que estão doentes e necessitadas, tanto na esfera pública quanto privada, porém, nos esquecemos que o maior objetivo da saúde é impedir que as pessoas adoeçam!!

Por essa razão foram inseridas na Constituição Federal, bem como na Lei nº 8.080, outra visão desses objetivos:

Artigo 196: "saúde é direito de todos e dever do Estado garantido mediante... o acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Artigo 198: "atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais".

Artigo 200: "(...) ao SUS compete, além de outras atribuições no termo da lei... (listagem de várias ações do SUS)".

A Lei nº 8.080 regulamentou a Constituição Federal e definiu muito claramente vários objetivos do Sistema Único de Saúde, tais quais: fazer ações de saúde de promoção, recuperação e proteção, integrando ações assistenciais e preventivas, identificar e divulgar os condicionantes e determinantes da saúde, bem como formular a política de saúde para promover os campos econômico e social a fim de diminuir o risco de agravos à saúde, dentre outros.

Deveria haver estudos epidemiológicos sobre os condicionantes e determinantes da saúde, aqueles que a maioria das pessoas entendem que não afetam a própria vida, como o trabalho, o salário, a comida, a casa, o meio ambiente, o saneamento, a educação, o lazer, o acesso aos bens e serviços essenciais e divulgá-los. Tal ação se torna importante, pois, quando não é possível

identificar e divulgar as causas das doenças e seus condicionantes e determinantes, passa-se a atribuir à área de saúde a responsabilidade única pela falta desta.

Por essa razão, o intuito seria formular a política de saúde de modo a promover, nos campos econômico e social, "o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (Lei nº 8.080). Aqui se identifica o poder dos dirigentes do S.U.S. de atuar na política de saúde, interferindo no campo econômico e social.

Sendo assim, o Estado deveria ter como foco e objetivo, fazer com que o S.U.S. se dedique às ações de assistência às pessoas por intermédio de atitudes de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Segundo o Glossário do Ministério da Saúde, Promoção da Saúde é "o processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo (...) indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente". Mais comumente, dizemos que promover a saúde é trabalhar nas causas do adoecer, com participação efetiva das pessoas como sujeitos e atores de sua própria vida e saúde.

Não obstante, um ponto importante a se tratar é o fato de que a saúde exige ainda, políticas públicas relacionadas a assuntos indiretos, tais como saneamento básico, por exemplo, que em alguns lugares do Brasil ainda é um atendimento precário à população e que influencia diretamente no aspecto da saúde pública. Ou seja, se houver pelo menos a intenção de erradicar esses problemas pouco a pouco, haverá um fator de grande importância para a diminuição dos problemas de saúde.

O Desembargador Newton Carpe da Silva, citado pelo jurista Juliano Heinen (2010, p.3/4), ao analisar a realidade do país afirma que:

"Milhares de brasileiros bombam mortos todos os dias, pela fome, frio de desassistência do Poder Público. Milhões de tantos outros carecem com a falta de saneamento, infra-estrutura, moradia, água potável e energia [...]" e

que no campo assistencial a situação nacional não é melhor, pois faltam leitos nos hospitais, faltam hospitais públicos, faltam remédios, médicos e estrutura as casas de saúde destinadas ao atendimento público [...] conclui ser totalmente despida de razão o comando judicial que determinou o Estado a arcar com gastos improvados”.

Corroborando com tal entendimento, Ingo Sarlet (2001, p.12) menciona:

“Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que a nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referencia genérica. Em suma o direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento medico até fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito a saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição”.

O Estado deve, portanto, trabalhar com o método de Proteção à saúde, tendo como base, o campo da saúde que trabalha com os riscos de adoecer, o que ensejaria um “desafogamento” dos hospitais e facilitaria a vida das pessoas e a super demanda do Estado. Tais medidas se dão através de vacinas, exames preventivos, o uso do flúor na água ou associado à escovação, dentre outros que possam prevenir o caos, conforme narrado acima.

Logo, tendo como ponto de partida a ideia de que saúde é dever do Estado e direito do cidadão, é primordial que haja a recuperação da saúde, para que exista o cuidado daqueles que já estejam doentes ou tenham sido submetidos a todo e qualquer agravo à saúde.

No entanto, ao passo que, se o Estado começar a de fato cuidar deste Sistema, o pós cuidado não será a ação mais evidente dos serviços de saúde e não seremos mais tendentes a reduzir a ação do setor saúde a essa área, bem como poderemos evitar uma sensação de fracasso dos serviços de saúde por parte do Estado e também da sociedade por não terem nem conseguido evitar os problemas surgidos.

3.4. Funções do S.US.: regular, fiscalizar, controlar e executar

Cabe agora, elencarmos as funções do sistema único de saúde:

A função de Regulação permite que sejam traçados regulamentos para que o esse sistema exista, funcione e alcance resultados. Como bem aduzido acima, o direito à saúde, precursor do S.U.S. deu ensejo a implementações na Constituição Federal e a criação de leis específicas que visam nortear sua atuação.

Desta forma, a regulação do S.U.S. de uma forma geral se dá quando este informa sobre o funcionamento dos hospitais públicos e privados, unidades de saúde, consultórios privados e até quem pode ou não exercer a função de médico, dentista e etc., quais são os dados essenciais que devem ser gerados pelo serviço, como serão tratadas determinadas doenças de interesse público, quais os medicamentos, dosagens, vacinação de adultos e crianças, como deverá ocorrer a entrada das pessoas para o devido atendimento no sistema, dentre outras inúmeras coisas que acarretem a necessidade de regulação.

A função de fiscalização e controle tem como objetivo avaliar se o que está havendo está dentro dos parâmetros que entendemos como bom e desejável, ou seja, devemos comparar duas realidades e emitir um juízo de valor. No entanto, entende-se que são processos diferentes quando se trata de controle e fiscalização. O controle vem de dentro e a fiscalização vem de fora, mas, de fora do cenário onde ocorre, vem da responsabilidade do “fazer acontecer”.

É primordial que haja um controle interno, para que as ações estejam dentro do esperado, porém é extremamente necessário que se tenha uma fiscalização com olhos de fora, para que haja a referida comparação entre o que se tem e o que se deveria ter.

A fiscalização e o controle no SUS pode ser dentro do próprio público ou do privado (contratado-conveniado ou não): da ação de saúde, do serviço, da instituição, dos profissionais, dos contratos-convênios, dos planos e seguros de saúde etc.

Podemos ainda falar em controle público, que é a especificidade de se controlar o público e que se divide em controle público institucional e social. O

controle público institucional é aquele exercido pela própria instituição pública, sobre o público. O controle público social é aquele exercido pela sociedade, pelos cidadãos sobre a instituição pública.

A fiscalização vem de entes constituídos propriamente para avaliar e auditar, qual seja, a Agência Nacional de Saúde, que tem o condão de fiscalizar os métodos que estão sendo utilizados, atendimentos, médicos, atuações dentre outras coisas que permitam uma análise externa de acontecimentos internos do país no que diz respeito ao método e atuação do Sistema Único de Saúde em geral.

No que tange à função de execução do S.U.S., pode-se dizer que isso inclui os setores privados e públicos e também terceiros, vez que essa execução deve ser feita diretamente ou através de terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado, ou seja, além de executar serviços próprios, pode contratar essas pessoas para complementar os serviços que não der conta de executar por si próprio.

O S.U.S. exerce ações públicas, o que, no entanto, antigamente, ao se falar sobre ações públicas de saúde, automaticamente pensava-se na concepção antiga da saúde pública, que eram ações mais coletivas e de promoção e proteção à saúde e para as doenças de maior interesse coletivo e com pouco apelo comercial, como tuberculose, hanseníase, malária, febre amarela, doença mental etc.

Hoje, existe uma abrangência relacionada a concepção e o campo da saúde pública enquanto S.U.S., incluindo o individual e o coletivo, com ações de promoção, proteção e recuperação da saúde em todos os campos e fazendo todos os campos como vigilância sanitária, epidemiológica, saúde do trabalhador, alimentação e nutrição, saúde da pessoa portadora de deficiência e todos os procedimentos: consultas, exames, urgências, internações, cirurgias, transplantes, UTI e etc.

Por fim, são estas as funções que permeiam um Sistema de Saúde até então ineficaz e precário, que necessita de muito mais implementos, bem como exige reiterados comportamentos que reforcem esses objetivos e torne-os cada vez mais reais.

3.5. Portarias inconstitucionais e ilegais

Primeiramente, vale lembrar que, o que está ocorrendo é a decrescente hierarquia dentro da legislação, principalmente no âmbito federal. Em primeiro lugar, a preponderância, como lei maior, a Constituição Federal de 1988 alterada por algumas dezenas de emendas constitucionais acontecidas nesses 25 (vinte e cinco) anos, leis com predominância das Leis Complementares sobre as Leis Ordinárias e, não obstante, os Decretos Federais e, ainda, para melhorar o cenário, os próprios Ministros e secretários emitem Portarias e, até onde sabemos, elas jamais podem ditar regras que contrariem a Constituição Federal, Leis e Decretos.

No entanto, ultimamente as portarias estão contrariando as leis. E, inúmeras delas são portarias do Ministério da Saúde, sendo que, o que assusta é o fato de que a grande maioria delas é ilegal e/ou inconstitucional.

Tais infrações vêm acontecendo no pós-constitucional reiteradamente em todos os governos que por lá passaram e de qualquer doutrina ideológica. O que se observa é que o foco existente é a prepotência de descumprir a lei, pois o Ministério da Saúde, assim como outras Secretarias de saúde, se julga dono do dinheiro que arrecada, mesmo sendo a única esfera que pode arrecadar, sob o entendimento de que se "prejudicará" caso cumpra a legislação.

Nos anos passados e em gestões passadas, houve a esperança que a legislação fosse cumprida em prol dos interesses do povo e, principalmente daqueles que são privados quase que totalmente de seus direitos, porém apesar de existirem políticas públicas de melhoria, o Sistema Único de Saúde continuou e continua defasado em razão de falta de gestão, investimento, dentre outros.

Porém, o que muito indigna é que mesmo diante deste cenário, as ilegalidades são praticadas pelo próprio Ministério da Saúde e suas secretarias, como já citado.

Não obstante, vale mencionar que o Ministério da Cultura optou pela utilização de "marcas", com o velado intuito de ludibriar o povo brasileiro com o único intuito de deixar um legado para a posterioridade, pois Nobs, Noas, redes, como Rede "Cegonha", farmácia popular com a faixa "Aqui tem farmácia popular" e "saúde

não tem preço” marcam de fato um legado ilusionário, capaz de causar uma conjuntivite crônica na população no que tange à “arenosidade” em seus olhos.

3.6. Progresso?

É posição comum colocar todas as mazelas do S.U.S. nas costas principalmente dos municípios e as conquistas do S.U.S. na responsabilidade apenas do governo federal, Ministério da Saúde. As três esferas do governo são responsáveis pelos sucessos e fracassos da atenção ao cidadão, pois os Estados e os Municípios são os agentes finais das ações de saúde e, o fato de até o presente momento não existir um cenário pior se deve aos aumentos dos recursos dos Municípios serem muito acima do piso legal (15% quinze por cento) chegando a mais de 20% (vinte por cento), e os Estados se aproximaram do piso legal de 12% (doze por cento).

Sob o aspecto da regulação do sistema, deve-se agradecer à regulamentação da Lei nº 8.080 que fora feita através do Decreto nº 7.508, embora com 20 (vinte) anos de atraso, mas podemos comemorar conquistas.

Muita coisa foi feita e, não obstante, a crítica cerrada ao S.U.S., denota que o sistema público de saúde brasileiro mais faz do que deixa de fazer. Hoje se oferecem inúmeros cuidados de saúde individuais e coletivos, de baixa, média e alta complexidade, preventivos e curativos.

Ainda em relação a novos desafios, é importante rememorar aqui os 13 (treze) compromissos quando da ex-Presidente Dilma em campanha presidencial (programa acordado com os partidos políticos da base da Presidente), os quais, se continuados e tratados com afinco, poderão fazer toda a diferença no atual cenário.

Tratam-se de treze pontos que irão melhorar a saúde dos brasileiros e fortalecer o S.U.S., seja agora, ou nas próximas gestões:

- 1) Incrementar as ações de proteção e promoção da saúde e prevenção de doenças;

- 2) Ampliar o acesso da população às ações e serviços de saúde;
- 3) Humanização, acolhimento e qualidade;
- 4) Avançar na política de assistência farmacêutica com distribuição gratuita de medicamentos e fortalecer o programa farmácia popular implantada pelo governo Lula;
- 5) Fortalecer a saúde mental e promover o tratamento do uso abusivo do álcool, do crack e de outras drogas;
- 6) Garantir financiamento para investimento na melhoria da infraestrutura da rede de atenção à saúde do S.U.S.;
- 7) Aprofundar as políticas de gestão do trabalho e a educação na saúde;
- 8) Ampliar a qualidade de gestão do sus modernizando os seus mecanismos de gestão;
- 9) Financiamento crescente e estável para o setor, compatível com o crescimento, o desenvolvimento econômico e social do país e com as necessidades do S.U.S.;
- 10) Aprovar a lei de responsabilidade sanitária;
- 11) Fortalecer o controle social com gestão democrática e participativa;
- 12) Aumentar a capacidade de regulação do estado brasileiro sobre os diversos setores econômicos que influenciam a saúde;
- 13) Ampliar as políticas de fortalecimento e desenvolvimento do complexo produtivo da saúde.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A Judicialização da saúde ocorre hoje como um movimento massivo atinente à busca da efetivação de prerrogativas presentes na Constituição Federal e Estadual de cada Estado.

A população vem até o Poder judiciário para que o Poder Executivo seja compelido, através de medida judicial a implementar políticas públicas deficitárias e, não obstante, a expansão ilimitada da judicialização da saúde vem alarmando gestores e juristas.

Diante do ora exposto, o presente trabalho já deixou claro que o S.U.S. não tem sido capaz de efetivar a contento o Direito à Saúde para todos os cidadãos, segundo previsto na Constituição Federal e, por essa razão o judiciário acaba por ser uma última alternativa para a obtenção de seus direitos, como por exemplo, a efetivação do uso de um medicamento ou tratamento. Porém tal ocorrência vem aumentando e, o que não deveria passar de uma exceção, está se tornando regra diária, haja vista que no ano de 2015, a demanda de casos judiciais era em torno de 92% (noventa e dois por cento) a mais em relação à 2010, ou seja, grande parte do orçamento total da saúde foi revertido em gastos com demandas judiciais individuais⁴.

Tal crescimento pode causar danos gravíssimos e desequilíbrios a este orçamento, bem como prejudicar a execução e eficácia das políticas públicas previstas, porém, ao mesmo tempo não se pode rechaçar um paciente que procurou a justiça para poder usufruir de seu direito e, por essa razão, é necessário que haja um equilíbrio dessa judicialização.

Ainda não foi possível chegar a uma conclusão sobre o que de fato seria esse equilíbrio, visto que estamos diante de um cenário no qual existe a precariedade do Sistema único de saúde, a abusividade dos planos de saúde e o atendimento precário do cidadão e, por essa razão torna difícil a missão do

⁴ Fonte: Secretaria Estadual de Saúde de SP

Supremos Tribunal Federal e a importância dessa Judicialização, que, bem ou mal, vem amparando a população.

Portanto, com relação aos limites da judicialização entende-se que estes, dentre outros, são: 1) a tripartição dos poderes, ou seja, um poder não pode exercer as funções do outro, bem como, 2) no caso da judicialização efetivar esse comportamento de fornecimento de medicação de modo forçado, não existirá impulso para que haja mudança na estrutura do S.U.S., e este continuará sem eficácia.

Por essa razão é preciso que exista um equilíbrio e também o sopesamento de princípios que ainda estão em jogo nessa discussão, e, segundo os mandamentos do ilustre doutrinador Robert Alexy: “em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto”⁵.

4.1. Breves Considerações sobre os Planos de Saúde

A Constituição de 1988 foi uma divisora de águas e chegou para implementar inúmeras melhorias para os cidadãos, porém também permitiu que com essas melhorias e implementações, houvesse um grande crescimento de investimentos e também de novos problemas.

No que tange às investidas privadas, a Constituição Federal de 1988 marcou a liberalização estatal quanto aos planos privados de assistência à saúde e passou a permitir, em seu artigo 199, a criação de empresas operadoras de planos privados e do oferecimento aos consumidores de “seguros-saúde” de forma complementar a saúde pública do S.U.S.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 97

O mercado dos planos de saúde cresceu tanto que, já na década de 90 (noventa), passou a fazer parte do orçamento fixo de grande parcela das famílias brasileiras, tomando grande relevância política e econômica.

Se, por um lado, os planos assistenciais representaram o crescimento vertiginoso da oferta de trabalho aos profissionais da área médica, por outro geraram número considerável de demandas judiciais que discutiam o seu atendimento mínimo e suas cláusulas contratuais.

Sob a ótica moderna de “Estado-Regulador” trazido pela Constituição de 88, foi aprovada a Lei nº 9.656 de 1998, que trata especificamente dos Planos de Assistência à Saúde, dispondo sobre diversos assuntos a eles relacionados.

Dentre as diversas disposições da referida lei, destaca-se o artigo 32, incluído pela Medida Provisória nº 2.177 de 2001, cujo objeto é o chamado “ressarcimento ao S.U.S. pelos planos de saúde”.

O “ressarcimento” ao S.U.S., assim definido pela Lei nº 9.656/98, é a obrigação que têm as operadoras dos planos de saúde (“Operadoras”) de pagar por tudo o que for gasto pelo Estado quando um de seus beneficiários – um cliente do plano – for atendido em algum estabelecimento do S.U.S.

Ou seja, em regra, tendo havido negativa ou não pelo Plano, não importando a cobertura do contrato, se um cliente ou dependente do Plano é atendido via S.U.S., o Estado poderá cobrar da Operadora tudo o que “razoavelmente” foi gasto no atendimento.

A entidade responsável por estabelecer o quanto é devido por cada atendimento é a Agência Nacional de Saúde Suplementar – A.N.S., que publica periodicamente tabelas e critérios de valores para consultas, procedimentos e materiais.

Os valores “ressarcidos” ao S.U.S., conforme determinação da Lei nº 9.656/98, são destinados ao Fundo Nacional de Saúde, para o fim de aplicação na saúde pública.

De mesmo modo, à A.N.S. cabe cobrar administrativa e judicialmente dos planos de saúde dos atendimentos realizados no S.U.S. pelos seus beneficiários.

Com o maior controle do S.U.S. sobre o perfil das pessoas atendidas em seus estabelecimentos, verifica-se que os gastos do sistema com clientes dos planos de saúde representam dezenas de milhões de reais anualmente, por cada plano (Operadora) de grande porte.

Os Planos de Saúde têm natureza fundiária, isto é, administram os recursos provenientes de sua carteira de clientes ou beneficiários por conta destes e à sua ordem.

Além disso, realizam cálculo atuarial de valores da mensalidade de acordo com os valores arrecadados, aqueles efetivamente gastos em determinado período, bem como avaliam o risco gerado por cada atendimento.

Desta forma, se somados os riscos eventualmente apurados à obrigação de ressarcimento ao S.U.S. legalmente imposta, conclui-se que em determinados casos haverá aumento na mensalidade dos planos de saúde, de modo que, ao final, o consumidor, o cliente da operadora, arcará com a diferença apurada.

Muita polêmica emergiu da cobrança do ressarcimento por utilização do Sistema Único de Saúde, sobretudo do ponto de vista técnico-jurídico.

Há tempos, juízes e juristas em geral se confrontam quando o tema é “o ressarcimento ao S.U.S.”. Esse embate se dá em razão da quantidade de argumentos que ambos os lados, das Operadoras e do S.U.S., possuem para tentar cobrar ou obstar a cobrança do ressarcimento.

Os planos de saúde apontam diversas falhas na sistemática de cobrança do aludido ressarcimento e, tais falhas nascem com o artigo 32 da Lei nº 9.656/98, aquele trazido pela MP 2.177-44, levantando uma gama de questionamentos, constitucionais e infraconstitucionais.

Em suma, os planos defendem que:

1) ao procurar assistência junto ao SUS, o interessado apenas exerce o seu direito de acesso aos serviços de saúde, direito este insculpido no artigo 196 da CF/88, conflitando, inclusive com o princípio da livre iniciativa, daí não poder se falar em ressarcimento;

2) o ressarcimento por utilização do SUS constituiria nova espécie de “tributo” para financiar a saúde pública, o que seria contrário à Constituição e, até mesmo, porque a lei 9.656/98 não é formalmente capaz de instituir forma de cobrança, uma vez que não é Lei Complementar;

3) a cobrança do ressarcimento ao SUS fere a natureza do contrato oferecido, que é de “seguro”, e estaria impondo a cobertura total e irrestrita aos planos;

4) o consumidor, contribuinte de tributos financiadores do SUS, estaria pagando novamente, embutido em sua mensalidade do plano, por um serviço público de que tem direito de utilizar sem custo adicional;

5) ainda que válida a cobrança, o ressarcimento, os valores exigidos pelo SUS são maiores do que aqueles praticados pelo plano de saúde.

Como pode ser visto, o tema é bastante amplo e cabe uma reflexão aprofundada. Contudo, está claro que no contexto atual, a cobrança pelo S.U.S. de quaisquer ressarcimentos é questionável, bem como a conduta dos planos de saúde, ao passo que se tratam de quantias exorbitante cobradas mensalmente do consumidor que, quando mais precisa, muitas vezes é deixado de lado e sem cobertura, tendo que, novamente, fazer uso da Justiça para viver.

O descompasso entre o ordenamento jurídico como um todo e o regramento para ressarcimento é economicamente e juridicamente significativo.

Tal situação tem levado as operadoras de planos de saúde a adotarem medidas de contenção destes valores já que ainda pendem um posicionamento final do judiciário sobre o tema, inclusive a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.931, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que trata do assunto de maneira

pormenorizada, e que ainda está pendente de julgamento e encontra-se, atualmente, no gabinete deste Ministro.

4.2. Regime jurídico do direito à saúde e sua judicialização

Há quem entenda, assim como Marrara e Nunes⁶, que através da Justiça possa haver algumas melhorias para o direito à saúde, como se pode observar a seguir:

a) Estimula a concretização do direito social: determina o respeito por todos os Poderes aos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição, “para realização de um mínimo de bem-estar individual e social”. Como já ponderamos, o processo “força” que uma prerrogativa não implementada ou implementada precariamente seja concretizada por uso do sistema de freios e contrapesos da tripartite, e em nome da dignidade da pessoa humana, que, conforme Luis Roberto Barroso.

b) Desestimula o mau funcionamento do Estado: seja por corrupção, lobby ou pura omissão, o Executivo e o Legislativo prestam atendimento à sociedade muito aquém do que seria o ideal. “Nesse contexto de baixa eficiência e eficácia de muitos setores estatais, são de extrema relevância os estímulos judiciais em forma de determinação de ações concretas, quer para coibir erros e ilegalidades, quer para afastar omissões indevidas”. Novamente tem-se o uso do sistema de freios e contrapesos, objetivando corrigir um grupo específico de ineficiências que prejudica a população, no caso relativas a prestações em saúde.

c) Coíbe o esvaziamento de investimentos do setor: o orçamento brasileiro é autorizativo; na prática, isso significa que o Executivo pode modificar ou mesmo cancelar qualquer dotação votada pelo Legislativo. A judicialização seria, em tese, uma saída para evitar que a população seja prejudicada no caso da diminuição de

⁶ MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

dotações voltadas para a saúde, assegurando que o Executivo aja quando necessário for.

d) Dificulta o retrocesso social: “veda ao Estado a criação de situações fáticas em que os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser ignorados”. O processo, em tese, evitaria o esvaziamento do núcleo mínimo do direito à saúde, com fulcro na dignidade da pessoa humana, de modo a sempre ampliar (nunca reduzir) as conquistas relativas ao direito à saúde.

Já aqueles contrários ao movimento, listam aspectos negativos do mesmo, como ponderam ainda Marrara e Nunes:

a) Confusão entre microjustiça e macrojustiça: muitas vezes o Judiciário autoriza demandas perante o Estado sem considerar, em tese, a globalidade de políticas públicas. “Assim, não raro, ao buscar a Justiça no caso concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o que se chama de macrojustiça, ou seja, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser gerados pelo conjunto de políticas públicas praticadas (...) de modo coerente”. De fato, esse talvez seja o argumento mais forte daqueles que se contrapõem à judicialização da saúde. E na prática isso realmente pode ocorrer se o processo for conduzido sem razoabilidade; há tratamentos de uma só pessoa que podem custar mais de R\$ 500.000,00 (quinhentos milhões) em um ano. Esse valor pode prejudicar orçamentos naturalmente pequenos, como os dos municípios.

b) Substituição de decisões técnicas por decisões superficiais: entende-se que o Judiciário estaria prejudicando a implementação de políticas em saúde, abalando o planejamento do Executivo ao autorizar situações não previstas, baseadas apenas em laudos médicos e não no planejamento orçamentário anual, baseado em estudos científicos estatais. Observa-se que esse argumento é diretamente complementar ao primeiro. Mas não devemos ser simplistas e nem frios, já que há vidas envolvidas. Obviamente, é raso falar que situações não previstas podem sempre prejudicar todo o orçamento da saúde, sem estudar de forma acurada os fatores envolvidos. No entanto, sem assessoramento adequado os juízes podem realmente tomar decisões equivocadas, pois seu conhecimento não abarca a seara médica.

c) Desrespeito à Reserva do Possível e ao orçamento: Relacionado à teoria alemã de que ninguém está obrigado ao impossível, mas nesse âmbito é aplicada ao Poder Executivo de forma que “este não teria como ser obrigado a concretizar direitos que, na realidade, exijam esforços materiais e/ou financeiros desproporcionais – o que poderia impactar significativa e negativamente o orçamento público, prejudicando outras políticas públicas”.

d) Eventual violação da harmonia entre os poderes: ao interferir em políticas públicas o Judiciário estaria extrapolando suas funções e adentrando nas do Executivo. Esse é o único argumento contrário que não prospera de modo algum, pois, em matéria de Direitos Fundamentais, especialmente em saúde, a situação encontra-se justamente na ambiência das intervenções autorizadas, pois refere-se a um momento de uso do próprio sistema de freios e contrapesos, de modo a corrigir a atuação equivocada do Executivo em relação às políticas públicas, no caso sua omissão. Esse é o entendimento do STF (Acórdão STA 175-AgR/CE).

4.3 Jurisprudência Constitucional da judicialização da Saúde

Um breve apanhado da jurisprudência constitucional sobre o tema é fundamental para uma adequada compreensão sistêmica sobre o direito à saúde. Devemos lembrar que o surgimento da ideia de controle de constitucionalidade difuso acontece com o caso *Marbury x Madison* em 1803 e, mais de cem anos depois temos com o surgimento da constituição austríaca, em 1920, o surgimento do controle de constitucionalidade concentrado com Kelsen, sendo que a estrutura judicial brasileira nos fornece um exemplo peculiar híbrido, abarcando tanto o controle difuso quanto o concentrado de constitucionalidade.

O papel do Judiciário, principalmente da Suprema Corte, sempre foi ponto de efusiva controvérsia na democracia contemporânea, pois, desde os Artigos Federalistas temos polêmicas ideias que buscam legitimar o papel contra majoritário que as cortes exercem na complexa arquitetura dos poderes democraticamente instituídos. Publius, no Federalista nº 78, demonstra a constância e imparcialidade que o Poder Judiciário aplica as leis visando a segurança e estabilidade do Estado.

Dando prosseguimento aos ensinamentos de Roger Leal, na introdução de seu livro o autor ressalta o memorável julgamento no STF no qual o eminente ministro Orozimbo Nonato disse que embora o sistema brasileiro seja presidencialista, a organização política do país apresenta, traços de “judiciário”. Na mesma esteira Lowenstein adverte acerca dos papéis dos tribunais nos regimes constitucionais contemporâneos, para a transformação dos sistemas constitucionais em judiocracias.

Questão que não pode ser silenciada é, qual a consequência prática do STF possuir típica competência de Tribunal Constitucional europeu, mas ao mesmo tempo, assumir as funções de órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. Logo, o ordenamento jurídico brasileiro possui um dos mais completos sistemas de controle de constitucionalidade, pois, como já foi visto, adota conjuntamente o controle difuso (concreto) e concentrado (abstrato). Neste sentido, devemos estudar e pesquisar formas de melhoria da efetividade e celeridade nos sistemas de ambos os controles para a realizar a profícua supremacia da carta constitucional e consequente defesa efetiva dos direitos fundamentais.

Neste sentido, numa abordagem que trata a Jurisprudência em direito à saúde evoluindo rumo à racionalidade, Otávio Balestra Neto (2015) demonstra que:

No cenário jurídico delineado pela Constituição Federal de 1988, a judicialização do direito à saúde tem sido uma das questões mais importantes da administração judiciária brasileira. O grande número de ações sobre o assunto, ajuizadas principalmente na última década, demonstra a necessidade de se discutirem e adotarem parâmetros racionais para que a tutela jurisdicional seja entregue ao cidadão de forma mais célere e justa possível⁷.

Neste tópico vamos estudar o tema da jurisprudência constitucional sobre o tema de forma emblemática, incluindo como estudo de casos emblemáticos o já citado julgado do STF Acórdão STA 175-AgR/CE e a Suspensão de Segurança nº 3073/RN também julgada no STF em 2007.

O Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, julgado em 2010, tratava-se de um caso no qual um paciente, portador de rara

⁷ NETO, Otavio Balestra. Jurisprudência em direito à saúde rumo à racionalidade R. Dir. sanit., São Paulo v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015. P. 109.

enfermidade – doença de Niemann-Pick Tipo C – para seu adequado tratamento deveria se medicar com um remédio de nome Zavesca, não registrado na Anvisa.

Assim, a ação judicial tinha como escopo a condenação solidária da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza ao fornecimento obrigatório do tratamento, que envolvia um valor mensal próximo de R\$ 52 mil (cinquenta e dois mil). O TRF da 5ª Região concedeu antecipação de tutela, com a finalidade fornecimento imediato do medicamento. Foi elaborado pedido de suspensão da tutela antecipada à Presidência do STF, no qual se manteve a posição do Tribunal Regional. A União agravou da decisão e levou a questão ao Plenário da corte.

O voto do ministro Gilmar Mendes, acompanhado por todos integrantes da corte expos os seguintes argumentos:

“(a) se existe a política pública e a Administração Pública não fornece a prestação material ali prevista, o cidadão tem direito subjetivo a obtê-la. Neste caso, o Poder Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento;

(b) se não existe política pública que abranja a prestação material requerida, deve-se verificar o motivo da falta de fornecimento, que pode ser: (i) uma omissão legislativa ou administrativa; (ii) uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (iii) a vedação legal expressa à sua dispensação. De qualquer forma, é vedado à Administração Pública fornecer prestação material que não possua registro na Anvisa, por força de lei48;

(c) outro dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há situações em que se ajuíza a ação com objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear, por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nesse caso, há duas hipóteses a se considerar: (i) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente. Esta situação exige cautela, pois os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas adotados representam um consenso científico sobre a condução de determinada doença. São instrumentos das políticas públicas de saúde, que visam à universalidade e à igualdade, principalmente porque equalizam as demandas da coletividade com a escassez dos recursos públicos para atendê-las. Assim, como regra, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, salvo em situações excepcionais, nas quais restar assentada a ineficácia ou impropriedade da política pública existente. (ii) O SUS não fornece nenhuma prestação material para determinada doença. Neste caso, é possível que existam tratamentos experimentais, que não têm ainda comprovação científica de sua eficácia. Tais drogas, porque ainda não aprovadas pelas autoridades sanitárias, não podem sequer ser comercializadas e, menos ainda, fornecidas pelo SUS. Outra hipótese é a existência de novos tratamentos, ainda não incorporados aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS. É cediço que a burocracia administrativa pode eventualmente dificultar a incorporação desses novos

tratamentos ao sistema público. Assim, não se afasta a possibilidade de que a omissão administrativa seja objeto de impugnação judicial”.⁸

O caso acima realmente foi um separador de águas na jurisprudência sobre direito à saúde e seus parâmetros constitucionais, pois é um precedente que reúne os debates firmados em audiências públicas no ano de 2009, estruturando assim, importante diretriz no campo.

Já na Suspensão de Segurança nº 3073/RN44 decidida monocraticamente pela Presidência da corte, foram abordados alguns temas e algumas questões, sendo que a mais importante para o presente estudo era a questão sobre a obrigação do poder público a fornecer tratamento experimental. Assim, *in casu*, havia mandado de segurança que foi impetrado no TJ do Estado do Rio Grande do Norte, no qual houve concessão de liminar no sentido de ordenar à Fazenda Pública Estadual ao fornecimento ao impetrante o medicamento em testilha.

Eis o entendimento da então presidente do STF, ministra Ellen Gracie:

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 pesquisas⁹

Uma conclusão importante extraímos da decisão monocrática da ministra presidente: medicamentos experimentais não podem ser solicitados judicialmente, pois estão em fase de teste e, quando exigem altos custos, podem inviabilizar o sistema público de saúde.

⁸ Idem. 108.

⁹ STF, SS 1073, Rel. Min. Presidente, proferida pela Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007, p. 21

Tal decisão não tem o condão de afetar diretamente na questão do fornecimento de medicamentos visto se tratar de medicamento experimental, o que ainda deve ser verificado, levando em consideração a proteção da população e o crescimento das investigações dos laboratórios quanto às drogas utilizadas para tratamentos.

5. A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA REALIDADE BRASILEIRA

A ideia de restrições a direitos fundamentais leva a duas situações distintas: o direito e a restrição. Neste sentido podemos nos referir à eficácia das normas constitucionais e a própria ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais já foi extensamente estudado por José Afonso da Silva que entende eficácia como o fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada, ou seja, a capacidade de atingir os objetivos previamente fixados como metas. Por isso que se diz que eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita.

O mesmo autor recorre à antiga doutrina americana, sobre as normas constitucionais auto aplicáveis e não auto aplicáveis, a fim de apontar para a importância das normas programáticas e, com isso, reconstruir a concepção moderna sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais atribuindo uma tríplice característica às normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, quais sejam: 1) normas constitucionais de eficácia plena são aquelas de imediata aplicação; 2) normas constitucionais de eficácia contida que também incidem direta e imediatamente, mas que possuem limites que mantêm sua eficácia contida e 3) normas constitucionais de eficácia limitada são as que não produzem todos os seus efeitos essenciais, sendo necessário, para isto, um trabalho do legislador ordinário. As normas de eficácia limitada são divididas entre as normas de princípio institutivo e de princípios programáticos.

É importante frisar a iminente lição constitucional de que os direitos fundamentais, enquanto direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados ou restringidos por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato pela própria constituição (restrição mediata). Porém, é justamente neste ponto, que se delineia o centro da divergência entre dois grandes constitucionalistas: José Afonso da Silva e Virgílio Afonso da Silva, isto é, para o primeiro autor, defensor da tríplice característica das normas constitucionais e da teoria dos limites imanentes, defende que só assim podemos admitir que os direitos garantidos por normas de eficácia plena e irrestringível estão submetidos apenas aos limites que decorrem expressa ou implicitamente da constituição, enquanto que as normas de eficácia contida estariam sujeitas a outros limites e restrições. Virgílio, por sua vez, adota como ponto de partida a teoria alemã dos princípios e na distinção entre direitos definitivos e direitos *prima facie*.

Assim, para o autor o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Isto significa que se um direito é garantido por uma regra esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, por outro lado, se um direito é garantido por uma estrutura de princípio não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige, sua realização é parcial, pois é nesta diferença que repousa aquilo que é garantido *prima facie* e o que é realizável como medida de otimização, pois dificilmente a realização total de um princípio não encontrara barreiras na proteção de outro princípio.

A relação entre direito e suas restrições é, na verdade, contraposição entre a teoria interna e externa. Adentrar neste tópico requer um certo refino conceitual, tendo em vista que é muito comum recorrer a termos como restrição, direitos fundamentais, sopesamento, ponderação ou proporcionalidade sem a clara compreensão da relação entre direito e seus limites e restrições. Ideias como limites imanentes não são passíveis de convivência, na mesma teoria com termos de restrição a direitos ou sopesamento.

Isto tudo porque quando se parte de uma teoria interna temos como ponto de sustentação que o direito e seus limites são algo uno, isto é, os limites são imanescentes ao próprio direito, excluindo por consequência qualquer outro fator externo, baseados por exemplo na ideia de que sopesamento entre princípios imponham eventuais restrições.

Neste sentido, se a definição e a extensão de cada direito não depende de fatores externos e sobretudo não sofre influência de possíveis colisões posteriores, a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é que direitos que são definidos a partir do enfoque da teoria interna tem sempre a estrutura de regras.

A teoria externa, por seu turno, divide o direito em si e sua restrição e a partir desta distinção chega ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais, baseado precipuamente na regra da proporcionalidade. Assim, temos que as restrições acabam por não ter nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto restringir seu exercício, neste sentido, no caso de colisão o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade nem a sua extensão *prima facie*.

No que concerne a proporcionalidade salientamos que a restrição se revela desproporcional a medida em que excede, se torna incongruente e irrazoável gerando uma inadequação entre os meios e fins. Assim a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que em se tratando de imposição de restrições a direitos fundamentais deve-se indagar não somente sobre a admissibilidade constitucional da restrição (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade, o que contribuiu para converter a reserva legal, em reserva legal proporcional.

Ao fim e ao cabo, o que temos como pressuposto da restrição aos direitos fundamentais é a razoabilidade e a proporcionalidade que se traduzem não só na legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador ou interprete, mas também a adequação desses meios para a consecução dos fins pretendidos e a necessidade de sua utilização, conforme já brevemente tratado

acima sobre a questão do equilíbrio da judicialização da saúde e dos direitos e deveres do Estado-administrador.

5.1 Direito à Saúde e sua aplicabilidade

Diante das considerações já feitas acima, observou-se que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata e plena, a qual não poderá ser negada em nenhum aspecto, pois caso seja, a sua efetividade restará prejudicada.

Tendo em vista que os direitos fundamentais são munidos de uma multifuncionalidade, eles podem ser classificados em dois grupos: Direitos de Defesa e Direitos a prestações. Os primeiros incluem os direitos de igualdade, garantias, liberdade e parte dos direitos sociais, e os segundos englobam direitos à proteção e à participação na organização e procedimento. Ambos representam direitos subjetivos individuais, como é o caso do direito à saúde, aonde a regra constitucional fornecesse ao indivíduo uma posição ativa subjetiva, plena em prol dos direitos fundamentais, ou seja, o uso desses direitos não depende de qualquer prestação alheia, pois são munidos de plenitude e eficácia, bem como de efetividade imediata.

Porém, embora tal direito esteja coberto de plenitude e aplicabilidade imediata, muitas vezes não é possível exercê-lo desta forma. Tendo em vista que se trata de direito prestacional, exigem na maioria das vezes uma atuação positiva por parte do Estado, conforme já exposto, e, com isso, surgem diversas posições para sua aplicabilidade imediata, haja vista os positivados pela norma programática, que padecem de ausência de aplicabilidade e necessitam de interposição do legislador para que sejam dotados de aplicabilidade e eficácia plena.

Portanto, para dizer que o preceito é totalmente aplicável, é necessário que ele seja autossuficiente, ou seja, que independa de qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consuma a sua efetividade. E, em

última instância, princípio imediatamente aplicável vincula o Poder judiciário, pois no caso de negação pela Administração Pública ou pelo Legislativo ou ainda pelos particulares a sua aplicação, cabe a este dirimir o conflito de sua pronta efetivação.

5.2 Garantismo dos direitos à saúde

Os garantismos dos direitos à saúde encontram-se previstos nos artigos 196 a 200 da Carta Magna e configuram imposições, sejam elas positivas ou negativas aos órgãos do Poder Público, as quais limitam sua conduta, asseguram sua observância ou inobservância.

Demonstrando a amplitude do problema e a dificuldade em sua solução, o artigo 196 da Constituição, menciona que a garantia e efetivação desse direito é dever do Estado, bem como depende do auxílio do Direito econômico. O que o artigo em questão visa não apenas o oferecimento de uma medicina curativa e sim também de uma medicina preventiva que abrace políticas sociais e econômicas, ambas adequadas.

Neste passo, temos como principal garantia Constitucional do direito à saúde, o Sistema Único de Saúde, mais conhecido como S.U.S. que abrange a saúde pública brasileira e é voltado a organizar as ações e serviços públicos de saúde, para promoção, proteção e recuperação, a serem prestados pelo Estado. Tal Sistema reafirma o dever do Estado de garantir a saúde mediante políticas públicas, econômicas e sociais. A organização desse Sistema se faz através de algumas Leis Infraconstitucionais importantes para a execução das ações e serviços públicos de saúde, cita-se a Lei nº 8.080/90 e a Lei nº 8.142/90 dentre outras.

Como bem menciona o artigo 3º da Lei 8.080/90 “Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Logo, é

notório o dever do Estado para com a saúde de realizar implementos e acessos significativos a fim de garantir aos cidadãos o seu direito efetivado.

O Estado deverá modificar o sistema social de forma que cumpra com a imposição constitucional de promover a saúde não somente no que tange à prevenção de doenças, mas também prevenindo-as. Resgatando o há pouco falado sobre o auxílio do Direito econômico, vale acrescentar a Emenda Constitucional nº 29 de 2000, a qual passou a prever um orçamento mínimo destinado às ações e serviços de saúde.

Não obstante, a fim de garantir ainda uma participação da comunidade em relação ao controle e fiscalização da saúde, a Lei nº 8.142/90 criou duas instituições jurídicas que institucionalizam a participação do povo no S.U.S, os Conselhos de Saúde e Conferências.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto percebe-se o quão complicado é a questão do direito a saúde e os seus correspondentes parâmetros dogmáticos, constitucionais e judiciais. São diversas facetas a serem exploradas no âmbito do tema proposto, sendo que esta pesquisa serve apenas como material introdutório de um tema complexo e arenoso como o direito social à saúde, pressuposto básico do Estado de direito.

É nesta esteira que se delineia a necessidade de aprofundamento das pesquisas, pois numa conjuntura de mudanças legislativas como a Emenda Constitucional 95 de 2016, atribuindo uma mudança dura e sensível ao regime fiscal de custeio dos direitos sociais em geral com especificidades próprias relacionadas com o direito à saúde.

Independente dos diagnósticos propostos por estudiosos de políticas públicas e do sistema único de saúde, percebe-se que sob a perspectiva jurídica,

num ponto de vista da formalidade, a EC 95/2016 está imbuída dos respectivos requisitos de aprovação. Alguns mais ousados buscam reivindicar uma espécie de inconstitucionalidade material diante do não retrocesso sob o qual o sistema de direitos fundamentais, questões ainda especulativas que não estão no escopo da presente pesquisa.

É fato que, como foi devidamente explanado ao longo do texto o sistema único de saúde possui um modo de financiamento específico e voltado a fazer funcionar adequadamente um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, com características de universalidade.

No que concerne à judicialização do direito à saúde e suas implicações constitucionais, foram analisados dois casos emblemáticos que delimitaram a interpretação posterior dos tribunais sobre o tema. Assim, no âmbito do STF, após os dois julgados analisados, verificou-se uma espécie de pacificação de entendimento jurisprudencial ao longo das cortes estaduais e federais no Brasil, pois ambos os julgados compuseram a consolidação do entendimento geral sobre o tema do acesso ao direito a saúde por meio dos tribunais, quanto a oferta de tratamento experimental e aqueles necessários para pacientes com enfermidades raras que precisam de tratamentos caros.

No entanto, insta salientar que ainda carecemos de um entendimento no sentido de que é necessário que a coletividade seja beneficiada por tais questões, e não somente de formas individuais, que, é claro, já é um auxílio, porém, diante da demanda existente é necessário que se façam valer algumas prerrogativas em relação à coletividade.

Em decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712/RS.

“Ademais, o aresto impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Salientou-se no referido julgado, que a regra contida no art. 196 da Constituição tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro[23].”

E, como bem diz o Ministro Gilmar Mendes, “o direito à saúde possui um caráter universal e outro individual, assim, o Estado deve assegurar, através de políticas públicas, o acesso universal ao tratamento necessário à população, entretanto, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão.”

Em suma, ao fim e ao cabo, verifica-se que as mudanças legislativas e constitucionais trazem efervescência sobre questões futuras que apontam para uma dinâmica cada vez mais aguda e polarizada, tendo o cidadão numa ponta do espectro, um buscando a otimização de seu bem estar e a garantia de direitos previstos na constituição federal e o Estado em crise financeira e política ofertando com dificuldade os serviços públicos, abrindo para a iniciativa privada a oferta de serviços como saúde e educação, fator este que, como dito ao longo do texto, contribuem para o aprofundamento das desigualdades neste país já tão prejudicado pela concentração de riquezas.

7. REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. Comparative administrative law, 2010.
- ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.
- BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- NETO, Otavio Balestra. Jurisprudência em direito à saúde rumo à racionalidade R. Dir. sanit., São Paulo v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Ingo%20Wolf
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- VIEIRA, Fabiola Sulpino e BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. OS IMPACTOS DO NOVO REGIME FISCAL PARA O FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. IPEA. Brasília, Set / 2016.