



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LUCIANA BARROS FERNANDES

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: TEMAS ATUAIS SOBRE A
DISPONIBILIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

BELÉM - PA
2021

LUCIANA BARROS FERNANDES

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: TEMAS ATUAIS SOBRE A
DISPONIBILIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão Curso apresentado para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará.

Orientador: Prof. Me. Luiz Eduardo de Souza

BELÉM – PA

2021

LUCIANA BARROS FERNANDES

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: TEMAS ATUAIS SOBRE A
DISPONIBILIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
como requisito para a obtenção de grau de
Bacharel em Direito, pela Universidade
Federal do Pará – UFPA.

Data de aprovação: ____/____/____

Conceito: _____

Banca Examinadora:

À minha mãe, pois sem ela não teria sido possível.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, a Sr.^aMarluce Fernandes, pois está sempre presente, me apoiando em minhas decisões e me estimulando a estudar;

Ao meu pai, o Sr.^o José Wilson Fernandes, uma vez que quando vivo ele sempre me foi motivo de inspiração e orgulho, assim, sem ele não teria consigo cursar direito;

Ao meu irmão, o Sr.^o José Lucas que é meu melhor amigo e conselheiro;

A todos que trabalham com o ensino público e em especial aos professores, coordenadores, diretores e técnicos da UFPA e ao meu orientador o Prof. Me. Luiz Eduardo de Souza;

A todos meus colegas de turma e especialmente aos meus amigos Jéssica Pâmela, Luíza Rodrigues, Mateus Tavares e Vitória Amaral.

“Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”
(Livro dos Conselhos *citado por* JOSÉ SARAMAGO, epígrafe,
Ensaio Sobre a Cegueira)

RESUMO

O objetivo desta monografia é estudar a efetividade do direito à saúde, para isso foi necessário conceituar direito à saúde. Abordar como a Constituição de 1988 dispõe sobre o direito à saúde como um direito fundamental e o que é a sua promoção. Buscar compreender argumentos envolvendo os Princípios do Mínimo Existencial e o da Reserva do Possível. Buscar compreender o fenômeno da judicialização do direito à saúde e a importância da participação do Judiciário em políticas públicas. Coletar Súmulas e Temas de Repercussão geral que demonstrem a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre a efetividade do direito à saúde. Analisar os direitos e deveres dos Indivíduos e do Estado no direito à saúde utilizando a Pandemia causada pelo COVID-19 como exemplo. Nesse sentido, o método adotado foi o de pesquisa bibliográfica e assim realizada uma pesquisa analítico-descritiva utilizando-se de livros, sítios eletrônicos, julgados e normas, ademais, a presente monografia analisou a efetividade do direito à saúde por meio da abordagem de alguns dos temas atuais sobre esse direito social, sendo os temas: Princípio do Mínimo Existencial, Princípio da Reserva do Possível, Núcleo Essencial do Direito à Saúde e a Pandemia causada pela COVID-19. Dessa análise, foram observados os benefícios da postura ativa do Judiciário no fenômeno da judicialização do direito à saúde, uma vez que os Poderes Executivo e Legislativos estariam sendo omissos em relação a um direito prestacional e a sociedade necessita de uma resposta para a complexa situação sanitária do país. Então, da pesquisa foi possível depreender que o Estado tem o dever de uma prestação positiva em relação às políticas públicas que concretizam esse direito fundamental, pois a efetividade do direito não se limita a uma medicina curativa, já que também devem ser realizadas ações e serviços destinados à prevenção e promoção.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direitos Fundamentais. Saúde Pública. Judicialização.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to study the effectiveness of the right to health, for that it was necessary to conceptualise the right to health; Approach the way the Brazilian Constitution of 1988 provides the right to health as a fundamental right and what its promotion is; Seeking to understand arguments involving the Principle of Basic conditions of Life and the Principle of Reserve for Contingences; To seek understanding of the phenomenon of the judicialisation of the right to health and the importance of the Judiciary participation in public policies; Collect legal precedents and themes of general repercussion that demonstrate the Federal Supreme Court's perspective on the effectiveness of the right to health; Analyse the rights and duties of Individuals and the State in the right to health using the Pandemic caused by the COVID-19 as an example. In this regard, the method adopted was that of bibliographic research and thus carried out an analytical-descriptive research using books, electronic sites, judgments and regulations, in addition, this monograph analysed the effectiveness of the right to health through the approach of some of the current themes on this social right, being the themes as following: Principle of Basic conditions of Life, Principle of Reserve for Contingences, Essential Core of the Right to Health and the Pandemic caused by COVID-19. From this analysis, we observed the benefits of the active position of the Judiciary in the phenomenon of the judicialisation of the right to health, since the Executive and Legislative Powers would be omitting in relation to a right to do and society needs an answer to the complex health situation of the country. Therefore, it was possible to deduce from the research that the State has a duty to provide the right to do in relation to public policies that make this fundamental right concrete, thus, the effectiveness of the right is not limited to curative medicine, since actions and services must also be carried out for prevention and promotion.

Key-words: Right to health. Fundamental Rights. Public Health. Judicialisation.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
P.	Página
Rel.	Relator
Min.	Ministro
Nº	Número
Emb.	Embargos
Decla.	Declaração
Inc.	Inciso

LISTA DE SIGLAS

ONU	Organização das Nações Unidas
OMS	Organização Mundial da Saúde
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CAPs	Caixas de Aposentadorias e Pensões
IAPs	Instituto de Previdência
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
SUS	Sistema Único de Saúde
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
STF	Supremo Tribunal Federal
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
AgR	Agravo Interno
SAMU	Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
CF	Constituição Federal
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
DF	Distrito Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
RE	Recurso Extraordinário
GAB	Gabinete
MS	Ministério da Saúde
SE	Secretaria Executiva
COVID-19	Doença do Coronavírus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	14
1.1. Direito à saúde no Brasil na Constituição de 1988	14
1.2. Princípios do Sistema Único de Saúde	19
1.2.1. Princípio da Universalidade	21
1.2.2. Princípio da Integralidade	21
1.2.3. Princípio da Equidade	22
1.3. Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível	23
1.4. Núcleo Essencial do Direito à saúde	29
2. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	35
2.1. Conceito de Judicialização	35
2.2. Análise da Judicialização da Saúde	35
2.3. Súmulas e Temas que demonstram a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre a Disponibilização do Direito à Saúde	38
2.3.1. Súmulas do Supremo Tribunal Federal	38
2.3.2. Temas das Teses com Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal	38
2.4. Os Problemas da Judicialização da Saúde	41
3. PANDEMIA DO COVID-19 E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	45
3.1. Deveres dos Indivíduos no Direito à Saúde com a Pandemia	45
3.2. Deveres do Estado no Direito à Saúde com a Pandemia	46
3.3. Dedução sobre os direitos e deveres de saúde na Pandemia	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53
ANEXO A – TABELAS DAS SÚMULAS E TEMAS DO STF	55

INTRODUÇÃO

O Estado tem o dever a uma prestação positiva de ações e serviços de saúde, sendo efetivado por meio de políticas públicas curativas e preventivas dotadas de uma promoção, ou seja, dotadas de qualidade. Por isso, o objetivo geral deste trabalho é analisar a efetividade do direito à saúde por meio da abordagem de alguns dos temas atuais do direito e a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre eles, sendo os temas: Princípio de Mínimo Existencial, Princípios da Reserva do Possível, Núcleo Essencial do Direito à Saúde e a Pandemia causada pela COVID-19.

Em vista deste fim, os objetivos específicos concentram-se em: Conceituação do direito à saúde; Abordar como a Constituição de 1988 dispõe o direito à saúde como um direito fundamental e o que é a sua efetivação. Buscar compreender argumentos envolvendo os Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. Buscar compreender o fenômeno da judicialização do direito à saúde e a importância da participação do judiciário em políticas públicas. Coletar Súmulas e Temas de Repercussão geral que demonstrem a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre a efetividade do direito à saúde. Analisar os direitos e deveres dos Indivíduos e do Estado no direito à saúde utilizando a Pandemia causada pelo COVID-19 como exemplo.

Ademais, para chegar aos objetivos é necessária uma metodologia, pois a pesquisa é um procedimento formal, detém etapas, que necessitam de um método para fomentar o pensamento reflexivo, portanto para que seja considerada uma pesquisa precisa-se de um tratamento científico, a qual será o caminho para chegar à realidade ou verdades parciais (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 155).

Então, para realização de uma pesquisa é necessário adotar uma metodologia. Pois, para analisar os fatos do ponto de vista empírico, assim confrontar a visão teórica utilizando dados da realidade é necessário utilizar um modelo conceitual e operativo da pesquisa (GIL, 2002, p. 43). Assim, para tornar possível o desenvolvimento dessa monografia foi adotado o método pesquisa bibliográfica, ademais foi feita uma pesquisa analítico-descritiva com um estudo qualitativo, logo foram estudadas as normas, a doutrina, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e também empregadas pesquisas em sítios eletrônicos. Por último, também

foi feita uma coleta de dados (súmulas e temas) na ferramenta de busca da página eletrônica do Supremo Tribunal Federal.

À vista disso pode-se dizer, que fora realizada uma pesquisa bibliográfica, que segundo Marconi e Lakatos (2003, p. 183/184) não deve se pautar em uma mera repetição do conteúdo científico já escrito, pois se deve buscar analisar o tema, anteriormente tratado, com uma nova abordagem. Portanto, não foi somente lembrando os problemas já tratados nas bibliografias utilizadas, já que também foram exploradas novas vertentes dos problemas. Por isso, na abordagem deste trabalho serão colocados argumentos sobre o tema e depois disso será feita análise do fenômeno.

Após isso, para chegar à perspectiva do Supremo Tribunal Federal foi feita uma coleta de dados nos dias 11/01/2021 e 12/01/2021, nesse sentido foram pesquisadas no site do STF súmulas e temas de repercussão geral, respectivamente. A ferramenta de coletas de súmulas está no *link* “<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>”, enquanto a de temas no “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencialRepercussao/abrirTemasComRG.asp>”.

Em continuidade, foram elaboradas três tabelas com o resultado das palavras-chaves: “saúde”, “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “núcleo essencial do direito à saúde”. Então, essas tabelas estão dispostas no anexo A do trabalho, ademais também foram marcados em negrito os resultados importantes para a pesquisa e posteriormente foram analisados no segundo capítulo.

Por fim, é inegável a necessidade de efetividade do serviço público de saúde, já que nosso país é dotado de grandes desigualdades sociais, sendo os mais vulneráveis que encontram as maiores adversidades para a efetivação dos direitos fundamentais, assim, o judiciário acaba sendo um meio necessário para o cumprimento do que está disposta na Constituição de 1988.

Todavia, mesmo com as intervenções das ações judiciais nas políticas públicas ainda é precária a promoção da saúde pública, pois é fundamental para a devida promoção que o Executivo e Legislativo não sejam omissos, uma vez que o papel deles é essencial para reduzir as demandas sociais, sendo a competência típica desses dois poderes isso. Então, apesar do direito à saúde ser posto de uma forma na Constituição de 1988, a sua garantia é programática e assim diversas vezes não se verifica na realidade.

Assim, esse é um problema social que a academia deve dispor-se a produzir pesquisas, as quais investiguem o problema e que contribuam com hipóteses para a possível elucidação, assim sendo esse trabalho também uma pequena contribuição acadêmica para se buscar compreender e melhorar a demanda social pelo direito à saúde pública de qualidade.

Por conseguinte, no primeiro capítulo foram abordados os conceitos de direito à saúde e principalmente como ele foi progredindo no Brasil, além do mais se procurou compreender o que é a efetividade do direito a sua, assim fora questionado o que o Estado deve minimamente promover para se considerar esse direito garantido, ou seja, o núcleo básico do direito à saúde. Por isso, se buscou entender como o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível podem influenciar na garantia do direito à saúde, uma vez que o princípio do mínimo existencial pode ser um argumento para impedir que o Poder Público reduza a promoção do direito, enquanto que o princípio da reserva do possível pode ser usado para justificar uma limitação da promoção do direito à saúde.

Já o segundo capítulo, busca compreender a segunda fase do trabalho que é a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre direito à saúde, quanto aos temas abordados no primeiro capítulo. Assim, para se chegar a uma eventual perspectiva se analisou o fenômeno da judicialização do direito à saúde e a sua relevância no atual contexto do país. Nesse sentido, foram observados os pontos positivos e negativos da judicialização, principalmente quando ela acaba se tornando excessiva, dessa forma foram analisadas as Súmulas e Temas coletados e dispostos no Anexo A desta monografia.

Por último, quanto ao terceiro capítulo, foram examinados os direitos e deveres dos titulares do direito à saúde e a importância dos deveres para a efetividade do direito à saúde utilizando-se da conjuntura vivenciada devido ao Coronavírus. Para isso, foram observadas as atuais situações em que o direito à saúde é colocado em contraponto à autonomia da vontade e como o Supremo Tribunal Federal interviu nessa problemática.

1. EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O tema central desta monografia é discutir a Efetividade do Direito à Saúde, então para isso é primeiro necessário compreender o atual contorno da promoção desse direito pelo Estado. Assim, posteriormente observar quais são as problemáticas em voga quanto à disponibilização. Nesse sentido, a palavra efetividade também ganha um peso diferente, pois no fim é preciso saber o que seria básico para tornar um direito efetivo, ou seja, qual é o núcleo essencial do direito à saúde.

1.1.Direito à saúde no Brasil na Constituição de 1988

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais imprescindíveis para os seres humanos, uma vez que está intrinsecamente ligado a dois outros direitos que são o direito à vida e à integridade física, portanto uma ponderação sobre saúde deságua em questões maiores sobre a vida e a integridade física. Por isso, ter “saúde é uma condição de direito fundamental do homem” (SILVA, 2012, p. 781).

Em continuidade, o direito à saúde para a Organização Mundial da Saúde (OMS): “ é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”(OMS, 1946, preâmbulo). Dessa forma, para estar saudável se deve levar em conta aspectos individuais como questões físicas e psicológicas, como também questões sociais e econômicas do ambiente macro regional e global que o indivíduo está inserido. (AITH, 2010, p. 187)

Uma vez que, para estar com uma saúde plena se deve perpassar pela higidez do corpo assim como pela da “alma” ou mente. Logo, não há como se estar saudável em uma sociedade adoecida como, por exemplo, o que ocorreu durante a 1ª e 2ª guerras mundiais, por isso após as guerras as questões humanitárias se mostraram essenciais e os direitos humanos tiveram uma maior internacionalização, assim, foram criadas a ONU e também a OMS.

Nesse sentido, em 1948 a ONU adotou a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e nela fora aderido além dos direitos de defesa também os direitos prestacionais, ademais, apesar de ser uma resolução a DUDH tem um caráter jurídico vinculante, então é o

principal instrumento sobre os direitos humanos e contribui para a ideia do direito à saúde em seu artigo 25¹.

Em prosseguimento, os direitos de defesa são os que criam um status negativo de atuação para os Estados, já os direitos prestacionais dispõem uma obrigação positiva de ação do Poder Público, logo o direito à saúde é um direito social (art. 6º, *caput*, da CRFB/88) e se caracteriza como prestacional.

Então, a Constituição Federal de 1988 foi à primeira no Brasil a trazer um capítulo sobre os direitos e garantias fundamentais, inclusive SILVA (2012, p. 781) ensina que “é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem”. Pois, anteriormente no país o direito à saúde era bastante restrito, assim pode-se afirmar que antigamente a saúde pública era focada apenas no controle de epidemias. Portanto, somente passou a existir um viés curativo na saúde pública nos anos 20 com as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), as quais recolhiam uma contribuição dos patrões e funcionários para prestar assistência aos aposentados.

Por conseguinte, as CAPs passaram a ser os Institutos de Previdência (IAPs), que também prestavam serviços de saúde, porém limitando-se às categorias profissionais de cada instituto, assim, dependendo da categoria se detinha um maior acesso ao direito à saúde. Posteriormente, no regime militar os IAPs foram unificados criando o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), o qual atendia ao trabalhador e seus dependentes, todavia esses trabalhadores tinham que ter a carteira assinada e contribuir para o sistema, no entanto grande parte da população não detinha um emprego formal, logo, ficavam excluídas do acesso à rede pública de saúde.

Com a redemocratização de 1988, adveio a Constituição cidadã que tornou o direito à saúde um dever do Estado e também criou o Sistema Único de Saúde (SUS). Esse reconhecimento do direito à saúde no Brasil foi um grande avanço para afirmação do país

¹ Artigo 25º 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, art. 25)

como um Estado Democrático de Direito, no entanto o direito social à saúde disposto na Magna Carta de 1988 é uma norma programática, assim o direito à saúde nos moldes da Constituição de 1988 é uma meta a ser perseguida pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), este fim último da saúde estabelecido no art. 196 da Constituição de 1988 ainda não se encontra plenamente efetivo. Já que, mesmo sendo reconhecido o direito à saúde, a sua garantia não se mostra efetiva, pois a saúde pública é um grande desafio no Brasil.

Perpassados isso, recapitula-se que o Direito à Saúde agora pode ser compreendido como Direito Social, o qual é um direito fundamental e essencial para os povos, por isso amparado pelo direito internacional e o direito interno nacional. A Constituição de 1988 consagrou este direito como fundamental, assim, tendo o Estado que proporcionar as condições indispensáveis para a efetivação desse direito (SILVA, 2005, p. 781/782). Dessarte, SILVA, dispõe:

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes,[...], “uma, de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e tratamento delas(SILVA, 2005, p. 781)

Sobre as vertentes do direito à saúde AITH (2010, p. 185) também escreveu que:

podemos perceber que, como direito social, o direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos etc. De outro lado, deve-se ter em vista que o direito à saúde também se configura como direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que o cidadão ou a coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento ou tratamento cirúrgico específico.

Então, o direito à saúde segundo SILVA (2012, p. 781) é “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”, isto posto SARLET (2013, p. 1931) ensina que “parece elementar que uma ordem constitucional que protege os direitos à vida e à integridade física e corporal evidentemente deve salvaguardar a saúde, sob pena de esvaziamento daqueles direitos”. À vista disso, depreende-se que a saúde é um bem ligado a outros como a vida e integridade física, o qual pode ser oponível ao Estado incorrendo o Poder Público na inconstitucionalidade caso o não disponha. Assim, outra forma de conceituar direito à saúde é a de AITH (2010, p. 186), que disciplinou como “um direito humano fundamental da sociedade brasileira, necessário para o

desenvolvimento do país. Por essa razão, as ações e serviços de saúde são, no Brasil, considerados de relevância pública (CF, art. 197)”.

Por esse motivo, ainda sobre a garantia do direito à saúde na Constituição de 1988, SILVA (2012, p. 782) dispõe que:

para que não se tenha o direito reconhecido como programático apenas, a norma aperfeiçoa o direito, consignando-lhe garantia. É isso que está previsto: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido (...)” - o direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional, até porque os meios financeiros para o cumprimento do dever do Estado, no caso, são arrecadados da sociedade, dos empregadores e empresas, dos trabalhadores e de outras fontes

Perpassado esses conceitos introdutórios, no Estado brasileiro atual e observando o que dispõe o artigo 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à saúde é prestacional, portanto, passível de exigibilidade da sua efetivação. Assim, primeiramente, o art. 6º da Constituição de 1988 coloca a saúde como um direito social, então, como um direito social a sua tutela visa disponibilizar a possibilidade de uma vida mais decente e digna aos menos favorecidos. (BULOS, 2017, p. 823/824)

Nesse sentido, BULOS (2017, p. 823) define os direitos sociais como tendo o objetivo de:

Beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real.

Partem do princípio de que incumbe aos Poderes Públicos melhorar a vida humana, evitando tiranias, arbítrios, injustiças e abusos de poder.

Visam, também, garantir a qualidade de vida, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados

Ademais, a doutrina reconhece que existem dimensões dos direitos fundamentais tendo BULOS (2017, p.528/534) com base na doutrina, exemplificado seis gerações de direitos fundamentais. Dessa forma: a primeira geração corresponde aos direitos individuais; a segunda geração aos direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira geração aos direitos de fraternidade ou solidariedade; a quarta geração aos direitos dos povos; a quinta geração ao direito à paz; a sexta geração ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo político.

Nesse sentido, o direito à saúde por ser um direito social é um direito de segunda geração, logo ele impõe uma prestação positiva do Estado, já que o Poder Público se vê obrigado a realizar ações ou serviços públicos para concretizar esses direitos. Então, em resumo, "tais prestações qualificam-se como *positivas* porque revelam um *fazer* por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais". (BULOS, 2017, p. 823)

Em continuidade, existe também uma perspectiva subjetiva e objetiva do direito à saúde, assim, SARLET (2013, p. 1933) explica que a visão subjetiva se divide em uma concepção subjetiva negativa e subjetiva positiva. Então, a subjetiva negativa se refere a uma noção de proteção dos indivíduos ou da sociedade contra as ações praticadas pelo Estado, já a subjetiva positiva corresponde ao amplo ou estrito dever de agir do Estado para salvaguardar direitos fundamentais. Por conseguinte, a concepção objetiva é aquela que reside na ação tanto do Estado, quanto dos próprios titulares dos direitos fundamentais, uma vez que a atuação estatal deve adotar medidas para a garantia e proteção dos direitos fundamentais das ações indivíduos e do próprio Poder Público, como, por exemplo, a elaboração de leis.

Então, pode-se exprimir que o titular dos direitos fundamentais também detém deveres assim como direitos. Portanto, pode-se afirmar que os indivíduos no direito à saúde têm o dever de proteção da sua saúde e também da de terceiros no decorrer da convivência social e familiar. Assim, todos devem cooperar para a eliminação de possíveis riscos à saúde, tendo, como exemplo, a participação de programas de vacinação. (AITH, 2010, p. 190/191)

Além do mais, o direito à saúde trata-se de um direito-dever, pois esse dever pode ser observado:

num dever de proteção à saúde, individual e pública (dimensão defensiva), facilmente identificada em normas penais e normas de vigilância sanitária; assim como num dever de promoção da saúde (dimensão prestacional em sentido amplo), especialmente vigente no âmbito das normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS (SARLET, 2013, p. 1932)

Apesar das responsabilidades individuais e sociais de cada pessoa, o Estado é que detém a maior responsabilidade pela defesa dos direitos fundamentais. Logo, a atuação prestacional do Estado depende dos deveres constitucionais impostos ao Executivo, ou seja, como ele deve organizar e dispor das ações e serviços públicos, portanto:

Os deveres do Estado na proteção da saúde podem ser traduzidos pela necessidade de elaborar e executar políticas públicas capazes de alcançar dois grandes objetivos: 1) reduzir ao mínimo os riscos de doença e agravos à saúde dos indivíduos e da população; 2) organizar uma rede de serviços públicos de qualidade capaz de garantir acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde ou de interesse da saúde (AITH, 2010, p.192)

Em continuidade, passando para a análise do art. 196 da Constituição de 1988, entende-se que na atual norma constitucional o direito à saúde detém três dimensões: preventiva, promocional e curativa.

Portanto, a saúde no Brasil atual, de forma resumida, pode ser compreendida como um “direito de todos e dever do Estado” (art. 196 da Constituição de 1988). Assim, as ações e serviços de saúde detêm relevância pública, de maneira que essas políticas precisam ser integradas em uma rede regionalizada e hierarquizada formada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mesmo que seja livre a assistência à saúde pela iniciativa privada. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 321)

Ademais, quanto à relevância pública, contida no art. 197 da Constituição de 1988, SARLET ensina que:

A explicação constitucional de que as ações e os serviços de saúde são de “relevância pública” é reflexo, como outras normas constitucionais sobre o sistema de saúde, das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, que tinham por objetivo central a superação do modelo anterior de atendimento à saúde. Com tal medida, o texto constitucional acentua o caráter indisponível dos interesses tutelados, em termos subjetivos e objetivos - isto é, do direito individual e coletivo à saúde, bem assim da garantia institucional consubstanciada no próprio Sistema Único de Saúde (SUS). (SARLET, 2013, p. 2018)

À vista disso, o reconhecimento que a atual Constituição deu ao direito à saúde se mostrou um grande avanço para o Brasil, como um Estado democrático de direito. Já que, baseado na norma constitucional passa a ser possível reivindicar uma prestação do direito à saúde tanto na forma de promoção, quanto para proteção e recuperação do indivíduo. Logo, o Estado passa a ter o dever de desenvolver políticas públicas que concretamente torne realizável o desfrute do direito à saúde. (AITH, 2010, p. 183/184)

1.2. Princípios do Sistema Único de Saúde

A Constituição de 1988 e a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 indicaram os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS). Pois, a Magna Carta traz o contorno do SUS em seu art. 198² e a Lei 8.080/1990 contribui para a compreensão principiológica, já que orienta, em norma, como os entes públicos devem atuar, sendo, um exemplo, o art. 7º³ da

² Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

³rt. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

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

lei tratada. Então, os princípios oriundos da Constituição Federal são a base que sustenta, organiza e guia as ações do SUS, sendo o caminho as diretrizes também presentes na Constituição de 1988. Logo, “os princípios são os alicerces do sistema, as diretrizes o seu contorno” (AITH, 2010, p. 208). Nesse sentido, existem três princípios importantes da atuação do SUS, os quais são o Princípio da Universalidade, o Princípio da Integralidade e o Princípio da Equidade. Assim, em comunhão esses três princípios buscam a dignidade da pessoa humana, o respeito aos direitos humanos e também pautar como deve ser disposto o direito à saúde pelo Poder Público.

1.2.1 Princípio da Universalidade

O princípio da Universalidade está no art. 196 da Constituição, pois ele dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988, art. 196). Portanto, é dever do Estado brasileiro dispor de serviços e de ações que efetivamente concretizem o acesso universal de todos à saúde.

Então, tratando-se de serviços de saúde disponibilizados pelo Poder público, na esfera do SUS, os serviços devem ser disponibilizados para todos que dele precisarem. Logo, trata-se de um direito dotado de titularidade universal. Uma vez que, a saúde está precipuamente ligada a outros direitos fundamentais, como o direito à vida e a integridade física e corporal, assim não há como restringir o direito à saúde sem esbarrar em outros princípios.

Logo, a efetividade da universalização, não diz respeito somente a disponibilização de serviços de urgência, mas sim a uma universalização que se desafia a ofertar serviços, realizar ações e práticas preventivas de saúde a todos que necessitem. (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva, 2000).

1.2.2 Princípio da Integralidade

O princípio da integralidade também se trata de uma diretriz, nesse sentido ele está no art. 198, inc. II, da Constituição, pois esse artigo dispõe que os serviços e ações serão o “atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços

assistenciais" (BRASIL, 1988, art. 198). Portanto, da leitura do artigo pode-se concluir que o Estado deve adotar ações buscando a prevenção em conjunto com a assistência.

Então, desse princípio depreende-se a necessidade de ações preventivas e de tratamentos terapêuticos que atendam aos mais diversos grupos. Nesse sentido, os atendimentos à saúde devem também amparar as necessidades específicas dos indivíduos, mesmo que seja uma minoria em relação ao total da população brasileira.

Logo, é dever do Estado brasileiro oferecer todo o atendimento cabível, aos mais diversos tipos de doenças e não importando a complexidade da enfermidade para a oferta de tratamentos. Assim, bastando que o tratamento seja reconhecido pela ciência como eficaz e estritamente necessário para o indivíduo. Por isso, que existem tratamentos voltados, por exemplo, especificamente para as pessoas portadoras do vírus HIV, assim, estando incluso além dos tratamentos terapêuticos, tratamentos preventivos e de campanhas de informação.

1.2.3. Princípio da Equidade

A equidade é o reconhecimento da existência das desigualdades entre as pessoas, assim a partir disso se busca assegurar as garantias dos indivíduos baseado nas de diferentes situações em que cada um vive. Portanto, as políticas públicas devem visar proporcionar resultados iguais de saúde, a partir de tratamentos diferentes para cada necessidade específica do indivíduo, assim como Aristóteles conceituou “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”.

Nesse sentido, o Brasil detém grandes desigualdades sociais e regionais, portanto, a oferta de políticas públicas também deve se adequar às necessidades de cada localidade. Uma referência desse paradigma é a diferença no quantitativo da mortalidade infantil, do norte do país em comparação ao sul, assim a aplicação dos serviços de saúde no norte deve ter o objetivo de combater essa situação. Pois, para com as devidas ações e políticas públicas possa futuramente haver uma redução da mortalidade infantil no norte e, portanto, um equilíbrio dos quantitativos das duas regiões. (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva, 2000)

1.3 Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível

Primeiro, o princípio do mínimo existencial diz respeito ao núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está amparado pelo art. 1º, inciso III da Constituição⁴. Nesse sentido, o mínimo existencial deve corresponder aos direitos aos quais o Estado não pode eximir-se de realizar a prestação, uma vez que tratam das condições mínimas para que se possa considerar que o indivíduo está tendo uma vida digna. Ademais, tem-se dialogado muito sobre o que seria então o mínimo existencial, assim, na jurisprudência pátria ele se caracteriza como os direitos vitais os elencados no art. 7º, inc. IV da Constituição de 1988. (GOTTI, 2012, p. ?)

Por isso, pelo vínculo existente entre o princípio da dignidade humana e o do mínimo existencial a proteção dos direitos fundamentais mostram-se como essenciais, pois esses direitos são o mínimo que o Estado deve realizar para fazer jus à dignidade humana de cada indivíduo. Além do mais, o princípio da dignidade humana pode ser observado como um “mandamento de otimização para a realização do escopo do Estado Democrático de Direito” (DUARTE; CASTRO, 2020, p. 217), ou seja, para a real concretização do Estado Democrático de Direito é importante que as ações do Estado tenham como propósito a prestações de serviços que deságuam na salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos. (DUARTE; CASTRO, 2020, p. 217/219)

Por conseguinte, os direitos sociais estão presentes na Magna Carta, assim, não se trata somente de uma concepção principiológica mais de uma regra também, portanto, o Poder Público deve disponibilizá-los prioritariamente.

Além do mais, se deve ressaltar que o art. 5º, §1ª, da Constituição de 1988 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”(BRASIL, 1988, art. 5º). Logo, as normas de direitos sociais possuem aplicabilidade direta e eficácia imediata, mesmo que a possibilidade do alcance dessas normas possa ser restringida pelo caso concreto. (SARLET, 2013, p. 546/547)

Todavia, não poderá ser feito obstáculo à aplicação imediata e exigibilidade por via judicial dos direitos e garantias fundamentais seja a exigibilidade fundamentada por ação ou

⁴Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

omissão do Poder Público. Também ressaltando que, os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, de acordo com o art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, ou seja, o poder constituinte se preocupou em limitar importantes matérias de possível reforma constitucional. (SARLET, 2013, p. 1214/1218)

Por último, em relação ao princípio do mínimo existencial é preciso diferenciá-lo do mínimo vital, pois enquanto o mínimo existencial não busca somente a manutenção da vida, mas também a manutenção de uma vida em conjunto com a uma existência digna. Logo, para que seja satisfeito o mínimo existencial é necessário que se tenha uma vida digna, já o mínimo vital trata de uma sobrevivência física, então o mínimo vital não leva em consideração a qualidade dessa vida, Assim:

O mínimo existencial possui maior abrangência que o denominado mínimo vital, pois aquele, (...), é composto pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e tem objetivo de salvaguardar a dignidade humana. Já o mínimo vital, como diferencial Sarlet e Zockun (2016, p. 115), inclui apenas a garantia da vida humana, sem, necessariamente, abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas.(DUARTE;GASPAR, 2020, p. 218)

Em continuidade, o segundo princípio em debate é o da Reserva do Possível que foi elaborado pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgado conhecido como *numerus clausus* no início da década 1970, pois no julgado foi admitido que pretensões individuais estão submetidas a uma reserva financeiramente possível. (SARLET, 2018, p.?).

Assim, a reserva do possível é a ideia trata do reconhecimento da natureza finita dos recursos em contrapartida ao oneroso custo da manutenção dos direitos fundamentais. Por isso, o princípio da reserva do possível admite que seja analisada a obrigação do Estado de efetivamente prover um determinado direito fundamental, em um caso concreto, pois se for demonstrado *in casu* que se trata de uma prestação inviável, seja fática ou juridicamente o Ente Público poderá ser desobrigado da realização da prestação. (ALEXY *apud* DUARTE; VIDAL, 2020, p. 36)

Nesse sentido, a aplicação do princípio da reserva do possível deve observar que todas as vidas humanas detêm igual valor. Assim, embora a dificuldade na realidade orçamentária seja relevante, não se pode admitir que argumentos desarrazoados levem a

utilização do princípio. Portanto, DUARTE E VIDAL (2020, p. 110/111), deve-se primeiramente demarcar o que é a reserva do possível, após isso demonstrar a real insuficiência de meios disponíveis para, assim, pode ocorrer a limitação dos recursos utilizados para a efetivação dos direitos fundamentais, os quais o Poder Público é obrigado a prestar, ademais:

as prestações necessárias à preservação da vida minimamente digna, por configurarem núcleo essencial do direito à saúde são veiculadas por normas de natureza das regras, isto é, comandos definitivos a serem efetivados pelo Estado (DUARTE, 2020, p. 168-188) e não sujeitos, pois, à restrição tensionada pelo princípio da reserva do possível (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 111)

Ademais, uma concepção a favor da reserva do possível seria o argumento de BARROSO (2007, p. 24/25), no qual ele explica que os recursos públicos não são suficientes para que se possam atender efetivamente todas as necessidades sociais existentes no país. Portanto, o Estado deve sempre fazer escolhas complexas, em relação ao orçamento, já que “investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros” (BARROSO, 2007, p. 25). Então, para o Ministro deve haver uma razoabilidade quanto ao uso de recursos para a disponibilização de um direito fundamental, em um determinado caso concreto, já que o uso exacerbado de orçamento para um indivíduo poderia gerar o prejuízo na efetivação do direito fundamental de toda uma coletividade.

Ocorre também, SARLET (2013, p. 576/577) pontuou que os direitos negativos nunca detiveram a questão do custo como impedimento, pois não detém a característica de uma prestação material ou de um fazer por parte do Estado. Assim, a conjuntura econômica se tornou um motivo para justificar a eficácia dos direitos prestacionais, uma vez que políticas públicas dependem da destinação de recursos públicos.

Por isso, SARLET (2012, p. 577) dispõe sobre uma tríplice dimensão do princípio da reserva do possível. Assim, a primeira dimensão diz respeito “a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais”, portanto trata da observância realista da limitação do orçamento público em contrapartida ao custo para dispor determinada política pública que efetive o direito social. Em continuidade, a segunda dimensão corresponde a “disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas”, assim essa segunda dimensão corresponde a um respeito a sistemática

adotada na aplicação do recursos orçamentários advindos do contribuinte e já tendo o seu comando de destinação organizados em lei ou órgãos políticos. Por último, a terceira é resguardar uma proporção e razoabilidade na perspectiva da disposição do direito e nos gastos.

Em contribuição, FERREIRA FILHO (2020, p. 274) coloca que os direitos sociais são tidos como essenciais para a obtenção de condições mínimas de uma vida digna, ou seja, do mínimo existencial. Todavia, ele acrescenta que:

A implementação de grande parte desses direitos, porém, oferece, não raramente, dificuldades, eis que ela depende da disponibilidade de meios suficientes, com que nem sempre conta o poder público. Por isto, são eles condicionados pela cláusula, ou como hoje se diz, pela “reserva do possível”. Esta traduz a verdade já afirmada pelos romanos — *impossibilia nemo tenetur* —, ou seja, ninguém está obrigado a fazer coisas impossíveis (FERREIRA FILHO, 2020, p. 274)

Portanto, conforme o disposto, FERREIRA FILHO coloca que o Poder Público não pode ser responsabilizado por não cumprir com uma obrigação impossível, uma vez que o Estado não detém de recursos suficientes não há como esperar do Poder Público uma resolução para as demandas de forma indiscriminada, ou seja, é preciso estabelecer uma ordem de prioridade nas ações e políticas governamentais.

Disso, pode-se retirar que o princípio da reserva do possível pode ser utilizado como um argumento contrário à judicialização do direito à saúde, pois a intervenção judicial poderia causar, de acordo com a visão contrária, mais malefícios do que benefícios. Assim, o Poder Executivo e o Legislativo passam a ser vistos como os legitimados para exercer unicamente a viabilização de políticas públicas e de questões orçamentárias.

Todavia, SARLET (2015, p. 468/482) explica que sempre ocorreram crises econômicas e adversidades orçamentárias e que esse argumento não pode ser utilizado para um retrocesso dos direitos fundamentais. Assim, cabendo ao Executivo e Legislativo cumprir com os mandamentos constitucionais, ou seja, não podendo ser esvaziada a Constituição por esses Poderes, logo não se pode utilizar o argumento da reserva do possível de forma contrária à Constituição, então, sendo produtiva a ação proativa do Judiciário e cabendo ao Poder Público o ônus de comprovar a insuficiência orçamentária e se ele está realizando a correta aplicação dos recursos.

A partir dessas colocações, deve ser observada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto, uma vez que o STF já teve oportunidade de decidir sobre. Assim, o Supremo se mostrou a favor da intangibilidade do núcleo consubstanciador do princípio do mínimo existencial. Pois, na ADPF nº 45/DF, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello ficou decidido que o judiciário pode, excepcionalmente, quando o Poder Público se mostra omissivo na promoção das políticas públicas, portanto:

a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Informativo/STF nº 345/2004, ADPF nº 45/DF)

Outro julgado que prevaleceu o princípio do mínimo existencial para o Supremo Tribunal Federal, fora o ARE 745.745 AgR tendo como relator o Ministro Celso de Mello, a qual considerou um desrespeito a Constituição a inércia estatal quanto ao dever de manutenção da rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, pois a argumentação da reserva do possível não é admissível quando a sua invocação for comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, assim o Judiciário novamente confirma o dever de agir em políticas públicas, quando instituídas pela Constituição, mas não efetivadas pelo Poder Público.

Então, no ARE 745.745, no voto do Relator, é também tratado sobre o princípio da proibição do retrocesso que trata da vedação ao retrocesso social, assim o CELSO DE MELLO dispõe:

a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), **impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos**, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (ARE 745.745 AgR, Voto do Rel. Min. Celso de Mello, p. 20, grifou-se)

Igualmente, no ARE 727.864 AgR, tendo também como Relator o Ministro Celso de Mello, versou-se sobre a possibilidade dos serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do Sistema Único de Saúde atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) nos casos de urgência e falta de leitos disponíveis na rede pública de saúde. Assim, novamente o STF afirmou a impossibilidade de invocação

da reserva do possível para legitimar o injusto inadimplemento de deveres do Estado de prestação impostas pela Constituição ao Poder Público.

Então, CELSO DE MELLO (ARE 727.864, p. 18) dispõe:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196) – 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

Logo, depreende-se dos julgados expostos que o Supremo já detém uma perspectiva sobre a resolução do conflito entre os princípios do mínimo existencial e reserva do possível, assim o STF demonstra que não há como invocar uma reserva legal quando se tratar do núcleo básico, ou seja, o mínimo existência. Uma vez que, isso configura como uma forma do Poder Público tentar se exonerar no dever constitucional de prestar o serviço, assim, a omissão do Estado é um desrespeito ao ordenamento da Constituição de 1988 e um comportamento inconstitucional dos Entes Públicos.

No entanto, apesar da exposição da necessidade de prevalecer o direito à saúde, ainda há a questão de o que fazer caso o Poder Público comprove a impossibilidade de Recursos Financeiros e justo motivo para a falta da disponibilização do direito pleiteado. Pode se dizer a priori que se afasta a cláusula da reserva do possível quando se tratar de questões envolvendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que a falta de capacidade de gerir o orçamento público não pode ser utilizado para aferir justificativa para o não atendimento aos de atendimento aos mais vulneráveis em seus direitos vitais.

No entanto, pode se dialogar a reserva do possível com o princípio da implementação progressiva, assim esse princípio expõe que o Estado deve implantar gradualmente medidas que visem o pleno exercício dos direitos sociais, ou seja, de acordo com GOTTI (2012, ?):

o princípio da implementação progressiva parte da premissa de que o Estado deve, ao longo do tempo, avançar no que se refere às condições de gozo e exercício dos direitos sociais, que demandam a criação de condições materiais para a sua concretização. Se o Estado deve sempre melhorar as condições de gozo e exercício desses direitos não pode, por consequência lógica, retroceder sobre os passos já adotados, reduzindo o nível de proteção dos direitos vigentes ou simplesmente revogando os direitos existentes.

Assim, do enxerto depreende-se que o Estado não precisa ir além do que pode disponibilizar, uma vez que os recursos são finitos e a disposição dos direitos sociais será

progressivamente ao longo do tempo. Então, é essencial que o Estado estabeleça um planejamento que contenha metas de curto, médio e longo prazo para a implementação de políticas em direitos sociais, sendo justificado quais serão as prioridades (GOTTI, 2012, p. ?), já que existiram prioridades e elas justificam a não concessão, por via judicial, de um medicamento ou tratamento extremamente caro, pois se tal for obrigatoriamente ofertado poderá a vir a prejudicar a disponibilização de diversos outros medicamentos e tratamentos comuns à coletividade.

Por essa via, BARROSO (2007, p. 4) explicou que quando ocorre uma colisão entre o direito à vida de um indivíduo contra o direito à vida de uma coletividade, onde o princípio da reserva do possível pode ser invocado para evitar uma desorganização no orçamento público, todavia se deve ressaltar que SILVA (2012, p. 782) esclareceu que a garantia do direito à saúde é assegurado na Constituição de 1988 e que os meios financeiros para o cumprimento usados pelo Estado advém da sociedade, assim, caracterizado uma omissão inconstitucional a simples negativa sem indicar futuras políticas que podem ser estabelecidas ou que já estejam sendo prioritariamente estabelecidas. Portanto, para compreender esse contraponto será necessário diálogo sobre o que é o núcleo essencial do direito à saúde a ser efetivado, ou seja, a políticas e ações públicas de promoção prioritárias.

1.4 Núcleo Essencial do Direito à saúde

A busca pela compreensão do que seria a efetiva disponibilização do direito à saúde, perpassa observar quais são suas atuais limitações constitucionais, assim, como o Poder Público deve se portar quando se tratar da prestação de um direito fundamental de segunda geração e como o princípio do mínimo existencial e o orçamento também influenciam nessa busca pela efetivação do direito.

Todavia, a busca pela compreensão do tópico que é “Efetividade do Direito à Saúde” deságua no que seria o núcleo essencial desse direito, já que é esse núcleo que vai dizer quais prestações prioritárias que não podem ser negadas pelo Estado. Portanto, é essencial “a tarefa de diagnosticar o núcleo essencial do direito à saúde, de forma a permitir a identificação das prestações que, se omitidas pelas políticas públicas, estariam aptas ao deferimento pelas autoridades judiciárias”. (DUARTE; VIDAL 2020, p. 35)

Logo, é necessário saber qual é o “mínimo existencial” do direito à saúde, assim, poder compreender até onde os tribunais podem decidir sobre políticas públicas de promoção do direito à saúde.

De antemão, como explica SARLET, (2013, p. 1934):

uma primeira dificuldade encontra-se no conteúdo aberto, e de certa forma programático, das normas constitucionais que asseguram o direito à saúde (arts.6º e 196), que não definem propriamente o objeto protegido pela tutela jusfundamental, deixando ao intérprete a tarefa de integração prática (e tópica) da norma constitucional

Assim, para DUARTE E CASTRO (2020, p. 218 e 225/226) o núcleo essencial do direito à saúde corresponde a priori às demandas de primeira necessidade, ou seja, as demandas referentes à preservação, mediata ou imediata da vida humana acrescido da prestação das demandas de saúde necessária à garantia da dignidade da pessoa humana, ainda que não vinculadas a uma sobrevivência física.

Essa concepção dos autores, acima, advém da diferenciação do mínimo existencial do mínimo vital. Pois, para DUARTE E CASTRO (2020, p. 221/225) a efetivação do núcleo essencial do direito à saúde deve se pautar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, no qual a saúde não se restringe a sobrevivência do corpo, mas a todo uma existência digna como ser humano.

Assim, para a compreensão desse viés, DUARTE E CASTRO (2020, p. 223) exemplificam que para o Estado, amparar uma vida minimamente digna, deve observar a vinculação da prestação do serviço à dignidade da pessoa, citando, por exemplo, a concessão de próteses pelo SUS.

Já em contraponto, BARROSO (2007, p 25) em artigo que estudou o fornecimento de medicamentos gratuitos, fora da lista elaborada pelo SUS, realizou uma crítica à judicialização excessiva. Pois, ele explicou que decisões judiciais acarretam uma desorganização da Administração Pública, uma vez que o orçamento deslocado para atender uma pessoa já detinha uma finalidade e ao mudá-lo acaba por deixar de realizar a sua precípua finalidade, logo alguém acabaria sendo prejudicado.

Então, BARROSO afirma que "frequentemente o governo retira o fármaco do programa, desatendendo o paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve decisão favorável" (BARROSO, 2007, p. 25).

Portanto, somente tutelas advindas de uma organização do Estado voltada para a coletividade devem ser supridas, já que ele acredita que a jurisprudência brasileira apoia uma “abordagem mais individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios” (BARROSO, 2007, p. 27). Ou seja, para o autor o núcleo essencial do direito à saúde não contempla a dignidade da pessoa humana, quando se trata de uma demanda individual. Por isso, BARROSO limita a efetiva promoção da saúde às questões coletivas ou indispensáveis para a manutenção da vida humana.

Compreendido as concepções opostas ora apresentadas, o Supremo Tribunal Federal já julgou um processo que colocava em contraponto a dignidade da pessoa humana e a questão orçamentária, quando se tratava de um direito individual e não essencial à sobrevivência física. Nesse sentido, na relatoria da antiga Ministra Ellen Grace, ocorreu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada 185-2 Distrito Federal de dezembro de 2007, o qual foi contra ato da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4).

Pois, o TRF-4 havia concedido a tutela antecipada determinando que a União, no prazo de trinta dias, disponibiliza-se “todas as medidas apropriadas para possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização” (STF, SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 185-2/DF, Relatora Min. Ellen Grace).

Contextualizado o julgado, observa-se que a cirurgia de redesignação sexual está mais vinculada à dignidade da pessoa humana, do que a mera sobrevivência, assim pelos argumentos dos autores DUARTE E CASTRO (2020, p. 201/226), seria adequado à concessão pelo SUS da cirurgia. Já que, mesmo não sendo uma demanda de urgência, é fundamental para que a pessoa transgênero viva com dignidade. Todavia, para BARROSO (2007, p. 22/28.) essa questão iria esbarrar na questão de deslocar recursos públicos coletivos para uma demanda individual.

Assim, ELLEN GRACE expôs que as pessoas transexuais necessitam desse amparo, quando diz conhecer o sofrimento e a dura realidade dos pacientes e que eles merecem todo o respeito por parte da sociedade brasileira e do Poder Judiciário. (STF, SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 185-2/DF, Relatora Min. Ellen Grace, p. 3)

No entanto, ELLEN GRACE considerou a concessão como uma grave lesão à ordem pública. Pois, ela dispôs que para a imediata execução da decisão, do TRF-4, seria necessário o remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde, o que daria causa a problemas de alocação dos recursos públicos. Portanto, mesmo não tendo sido observado ainda em pleno a questão, pela decisão da Ministra ELLEN GRACE observa-se pela manifestação do núcleo essencial do direito limitado por questões orçamentárias, na qual a intervenção do judiciário sobre gastos públicos é considerada equivocada, quando não se tratar de demandas de primeira necessidade.

Logo, considerando a atual posição jurisprudencial a concepção do núcleo essencial de SARLET acaba sendo a menos divergente para contemporaneidade, assim, para ele o núcleo essencial do direito à saúde corresponde às demandas de urgência (*apud* DUARTE; CASTRO, 2020, p. 213), ademais o SARLET também dispõe, em relação aos princípios da universalidade e integralidade, que:

ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimentos não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais (SARLET, 2013, p. 1937)

A nosso ver, devo salientar que a ideia de incluir a dignidade como núcleo essencial da efetividade à saúde se mostra muito importante, já que não seria uma disposição desarrazoada, pois a dignidade da pessoa humana é fundamental para a manutenção de um Estado democrático de direito. Além do mais, pelos princípios e diretrizes do SUS, concebidos pela Constituição, o direito à saúde deve observar o princípio da dignidade da pessoa humana buscando-se, assim, a máxima efetividade do direito fundamental.

Todavia, a maior abrangência do que seria necessário como núcleo essencial do direito à saúde, assim o que é preciso para ser efetivo o direito também leva ao aumento do orçamento público deslocado. Portanto, considerando o direito à saúde como programático é preciso que o orçamento seja organizado prioritariamente pelos Poderes Legislativo e definidos em políticas públicas pelo Executivo, pois por mais que o Judiciário desloque recursos para proteger os direitos fundamentais cabe aos outros Poderes estabelecer programaticamente as políticas voltadas para o crescimento da efetividade do direito em consonância ao desenvolvimento do país. Assim, não estando o Ente Federal comprovadamente omissos não há no que se falar em responsabilização ou interferência judicial.

Assim, o direito internacional dispõe nos Comentários Gerais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mais precisamente no Comentário Geral nº 14: artigo 12 (O direito ao mais elevado nível possível de saúde) importantes observações sobre as obrigações prestacionais e os limites em decorrência da falta de recursos financeiros. Então, primeiramente no parágrafo 43⁵ são dispostas as obrigações fundamentais, ou seja, o que seria o núcleo do direito à saúde, assim são seis obrigações destacando a *línea a* que dispõe sobre a não discriminação de grupos vulneráveis e marginalizados.

Em continuidade, o parágrafo 47 do Comentário Geral nº14 dispõe sobre a violação do direito à saúde, então:

Ao determinar que ações ou omissões equivalem a uma violação do direito à saúde, é importante estabelecer uma distinção entre a capacidade de um Estado Parte de cumprir as obrigações que contraiu em razão do artigo 12 e a relutância desse Estado a cumprir essas obrigações. Isso decorre do artigo 12.1, que se refere ao mais elevado nível possível de saúde, assim como do artigo 2.1 do Pacto, em virtude do qual **cada Estado Parte tem a obrigação de adotar as medidas necessárias até o máximo de recursos disponíveis. Um Estado que não está disposto a utilizar o máximo dos recursos disponíveis para dar efetividade ao direito à saúde viola as obrigações contraídas em virtude do artigo 12. Se a limitação de recursos impossibilita o pleno cumprimento por um Estado das obrigações que contraiu em virtude do Pacto, esse Estado deverá, no entanto, justificar que foram envidados todos os esforços para utilizar todos os recursos disponíveis para satisfazer, prioritariamente, as obrigações acima indicadas. Deve-se notar, no entanto, que um Estado Parte nunca pode, ou em qualquer circunstância, justificar seu descumprimento das obrigações básicas estabelecidas no parágrafo 43 acima, que são inderrogáveis**

Então, depreende-se, no direito internacional, que o Estado viola a disposição do direito à saúde quando não cumpre com umas das seis alíneas do parágrafo 43, mas quando o Estado não consegue cumprir progressivamente as outras obrigações mesmo utilizando de todos os seus recursos não incorre em violação.

⁵ a) Garantir o direito de acesso a centros, bens e serviços de saúde sobre uma base não discriminatória, em especial no que diz respeito aos grupos vulneráveis ou marginalizados; b) Garantir o direito de acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutritiva, adequada e segura, e garantir que ninguém passe fome; c) Assegurar o acesso a casa, habitação e condições sanitárias básicas, assim como ao fornecimento adequado de água limpa potável; d) Fornecer medicamentos essenciais, segundo as definições periódicas que figuram no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS; e) Zelar pela distribuição equitativa de todas as instalações, bens e serviços de saúde; f) Adotar e aplicar, com base em evidências epidemiológicas, uma estratégia e um plano de ação nacionais de saúde pública para fazer frente às preocupações em matéria de saúde de toda a população; a estratégia e o plano de ação devem ser elaborados, e periodicamente revisados, com base em um processo participativo e transparente; essa estratégia e esse plano devem incluir métodos, como os indicadores de direito à saúde e parâmetros que permitam o monitoramento próximo dos progressos realizados; o processo pelo qual se concebe a estratégia e o plano de ação, assim como o conteúdo de ambos, deverá prestar atenção especial a todos os grupos vulneráveis ou marginalizados. (Comentário Geral nº 14, parágrafo 43)

À vista do que foi exposto, se pode depreender que a definição do que é o núcleo do direito à saúde que vai definir o que o Poder público deve realizar para considerar que ele efetivamente está assegurando esse direito social. Além do mais, para não ser responsabilizado o Ente federal precisa demonstrar que não está sendo omissos com o seu dever positivo de prestar o serviço, mas sim que apesar de seus esforços não há como garantir de imediato tal política pública que se mostra onerosa e não prioritária.

2. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Nesse tópico se irá buscar perceber qual é a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre os assuntos tratados no tópico anterior, assim primeiro será exposto o que é o fenômeno da judicialização e como ele se dá no direito à saúde. Após isso, será demonstrada a pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal por meio das palavras-chaves que representam temas importantes aqui debatidos.

2.1. Conceito de Judicialização

A judicialização é um fenômeno jurídico que decorre do fortalecimento da justiça constitucional sobre o Poder Executivo e Legislativo. Assim, passa a existir uma diminuição ou fluidez da separação dos poderes, uma vez que o judiciário vem intervindo em políticas públicas e grandes questões nacionais. (BARROSO, 2009, p. 3/4.)

Então, o BARROSO (2009, p. 3), no artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, define que a:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro

2.2. Análise da Judicialização da Saúde

O Brasil apesar de deter uma Constituição inspiradora como a de 1988 detêm grandes desafios quanto ao direito à saúde, assim “os grandes desafios para a proteção do direito à saúde no Brasil, hoje, residem na criação e disponibilização à sociedade de garantias jurídicas, políticas, processuais e institucionais eficazes”.(AITH, 2010, p. 194)

Portanto, o direito à saúde pública existe no Brasil, estando contemplado pelo art. 6º e art. 196 até o art. 200 da Constituição cidadão. No entanto, nem sempre o direito tem sido

dotado de reais garantias no Brasil, motivo pelo qual muitos precisam pleitear diante do judiciário o reconhecimento de seu direito. Assim, pensando-se nessa busca pela garantia do direito o fenômeno da judicialização se formou, dessa maneira acabam os juízes decidindo, no lugar do Poder Executivo, como serão utilizados os recursos públicos. Isso, faz com que muitos questionem o fenômeno da judicialização, contudo:

as discussões travadas no âmbito do STF deixam claro que a saúde, reconhecida como direito universal e integral merecerá guarida no âmbito do Poder Judiciário. Não pode o Executivo, com pretexto de supostos desequilíbrios financeiros gerados pelas decisões judiciais, escusar-se de prestar um serviço de saúde de qualidade, eficaz e resolutivo, como determinado pela Constituição (AITH, 2010, p. 230)

Então, daí retira-se que para a eficácia dos dispositivos da Constituição e contrapartida aos déficits orçamentários e problemas sociais latentes, o judiciário tem procurado satisfazer um acesso justo à saúde, pois:

a inexorável busca do cidadão pelo justo acesso à satisfação de suas demandas de saúde oportuniza que a judicialização da saúde cumpra a importante tarefa de tencionar a melhoria das políticas públicas, já que vários dos pedidos reiteradamente satisfeitos pela via judicial (a exemplo dos tratamentos contra a Aids, que inauguraram o fenômeno no Brasil, e de vários tratamentos contra o câncer) acabam por ser incorporados à prestação administrativa do direito. (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 31)

Nesse contexto, da crescente judicialização do direito à saúde no Brasil o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se preocupou em realizar um relatório no ano de 2019, nesse relatório foram produzidas diversas tabelas e gráficos analisando os números de processos, relevância de assuntos, distribuição regional dos processos, dentre outros. Um tópico interessante é o que trata das fases de proteção do direito à saúde nos Estados Democráticos de Direito, nele fica expresso que o reconhecimento formal da saúde não é o suficiente para haver uma eficácia do direito, logo para o direito à saúde ser materialmente utilizada é preciso que no Estado haja garantias jurídicas eficazes. (CNJ, 2019, p.153)

Portanto, depreende-se pelo relatório do Conselho Nacional de Justiça que há uma preocupação em ter um melhor conhecimento e informação da judicialização da saúde para, assim, poder solucionar de forma mais positiva às demandas judiciais. Então, pelo relatório se percebe que o CNJ reconhece a importância da atual ação participativa do judiciário e também do acesso à justiça aos cidadãos, ou seja, como garantias jurídicas eficazes são importantes para a eficácia do direito à saúde e do Estado democrático de Direito.

Contudo, nem todas as perspectivas da judicialização do direito à saúde são positivas, sendo uma crítica bastante relevante a relacionada ao conflito de competências, uma vez que se argumenta que o Poder Executivo que deteria a melhor maneira de organizar as políticas e gastos públicos, podendo ser nefasta a intromissão do judiciário a organização do Poder Executivo. Assim, Barroso afirma que “o art. 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas públicas e econômicas*, não através de decisões judiciais” (BARROSO, 2007, p. 23)

Tendo em mente essa crítica, AITH exprime que: “Nos Estados modernos, em que vigora o princípio da separação de poderes, é natural que os conflitos sociais sejam resolvidos pelo Poder Judiciário quando não encontram consenso na sociedade” (AITH, 2010, p. 223). Dessa maneira, AITH (2010, p. 223) reconhece que o fenômeno da judicialização pode gerar uma desarmonização nas competências, todavia é preciso que os poderes Executivo e Legislativo efetivamente realizem as políticas públicas e as leis que aperfeiçoem a disposição dos direitos, pois, somente assim as problemáticas passariam a não necessitar mais que a sua resolução seja por via judicial.

Esses recorrentes conflitos levam a necessidade da elaboração de súmulas, que dispõe qual é a interpretação a ser adotada pelos tribunais. Assim, BULOS, define súmulas como “proposições jurídicas que consolidam a jurisprudência de um tribunal acerca de assuntos controvertidos - súmulas - não apresentam características de ato normativo. Logo, não se sujeitam ao controle difuso. Incluem-se aí as súmulas vinculantes” (2017, p. 216), ou seja, o objetivo da súmula é ser um parâmetro a ser usado em casos semelhantes. Por isso, para analisar a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde serão pesquisadas súmulas sobre os temas debatidos até então.

Além das súmulas, existem os temas, que são segundo o glossário jurídico do STF “uma categoria processual autônoma, objeto da repercussão geral, que surge com o julgamento da preliminar de repercussão geral”⁶. Portanto, a análise dos temas também se mostra importante quando se permite realizar um estudo da perspectiva do Supremo.

⁶ STF. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em 11 de janeiro de 2021.

2.3 Súmulas e Temas que demonstram a perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre a Disponibilização do Direito à Saúde

Primeiramente, para realizar a pesquisa acerca da possível perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde, foi pesquisado o que fora definido pelo Supremo em súmulas e temas recentes. Assim, foi acessado o *site* do STF e lá foi realizada a coleta dos dados utilizados, após isso foram elaboradas tabelas que estão dispostas no anexo A desta monografia.

2.3.1. Súmulas do Supremo Tribunal Federal

Nesse sentido, no dia 11/01/2021 foi selecionada a ferramenta de pesquisa de jurisprudências em seguida foi escolhida como base, no buscador, súmulas. Por conseguinte, foram empregadas na pesquisa as palavras-chaves: “saúde”, “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “núcleo essencial do direito à saúde”. Então, da utilização dessas palavras-chaves no termo “saúde” foi encontrado duas súmulas sendo a Súmula nº 736 de 26/11/2003 e a Súmula nº 438 de 01/06/1964.

Portanto, na busca de súmulas do STF, vide anexo A, não foi obtido um resultado que demonstrasse a perspectiva do tribunal sobre a disponibilidade efetiva do direito à saúde.

2.3.2. Temas das Teses com Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal

Em continuidade, no dia 12/01/2021 foi realizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, mais precisamente na ferramenta de buscas de Teses de repercussão geral, uma busca utilizando as palavras-chaves: “saúde”, “mínimo existencial” e “reserva do possível” e “núcleo essencial do direito à saúde”.

Dos temas encontrados, gostaria de destacar o tema 579 (Melhoria do Tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde - SUS - Mediante o pagamento da diferença respectiva) e o tema 793 (Responsabilidade Solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à Saúde).

No tema 579, ficou definido como sendo inconstitucional alguém pagar para ter melhores acomodações no SUS, já que se configura um atendimento por “diferença de classe” e feriria os princípios da isonomia, equidade e universalidade. Nesse sentido, durante o

juízo de mérito, no acórdão unânime, foram identificadas importantes colocações do tribunal.

No voto do Ministro DIAS TOFFOLI (RE 581.488/RIO GRANDE DO SUL, p. 10/35), ele versa sobre cada artigo do direito à saúde e os seus princípios, assim também dispõe que o sistema foi pensado para ser de forma equânime, assim “possibilitar assistência diferenciada a cidadãos numa mesma situação, dentro de um mesmo sistema, vulneraria a isonomia, também consagrada na Carta Maior, ferindo de morte, em última instância, a própria dignidade humana, erigida a fundamento da República”. (BRASIL. STF, Voto do Min. Rel. DIAS TOFFOLI, RE 581.488/RIO GRANDE DO SUL, p. 20).

Além do mais, o TOFFOLI dispõe como a prática de uma diferenciação de classe iria ferir as premissas do SUS e assim podendo ser considerado desvio de finalidade uma possível cobrança, já que o Estado deve ter suas ações pautadas pelo que está autorizado na lei, de acordo com o princípio da legalidade. Por fim, TOFFOLI argumenta que tal possibilidade, pode fazer que pessoas sejam privilegiadas em detrimento de outras por poder arcar com os custos e também que enfermarias e instalações usadas, por aqueles que não podem pagar, poderiam vir a ter um grande declínio na qualidade. (BRASIL. STF. VOTO DO MIN. REL. DIAS TOFFOLI, RE 581.488/RIO GRANDE DO SUL, p. 10/35)

Então, desse julgado percebe-se que o Supremo não apoiará diferenciação de classes no SUS, mesmo com a justificativa de importante levantamento orçamentário. Assim, priorizando os princípios formadores do Sistema Único de Saúde e também reafirmando o dever positivo do Estado de prestar a efetiva disponibilização do direito à saúde, então o Estado deve seguir com seu dever prestacional sem criar discriminações entre os pacientes.

Já do tema 793, ficou definido que os Entes são solidariamente responsáveis pelas demandas de saúde, tendo o judiciário a incumbência de direcionar o cumprimento observando cada caso concreto. Desse modo, quando for definida a obrigatoriedade prestacional de um tratamento médico adequado, irão responder solidariamente os entes federados, logo o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (BRASIL. STF. MIN. REL. LUIZ FUX, EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.17/SERGIPE).

Então, o tema 793 ficou em destaque, pois é importante saber qual Ente da federação deverá cumprir com tal dever prestacional, já que a grande quantidade de demandas no judiciário relativas ao direito à saúde.

Continuando a busca por temas que representassem uma perspectiva do Supremo Tribunal Federal, foi realizada pelo sistema de buscas uma pesquisa com a palavra-chave “mínimo existencial”, no entanto nenhum registro foi encontrado. Após isso, foi empregada uma pesquisa utilizando o termo “reserva do possível” e nesse termo dois temas foram encontrados.

O tema número 220 ficou em destaque, pois ele apesar de não dispor diretamente sobre o direito social à saúde, no acórdão de resolução de mérito RE 592.581/Rio Grande do Sul ocorreu uma decisão sobre a intervenção do judiciário nas políticas públicas do Estado. Assim, desse julgado se pode retirar do voto do Ministro Edson Fachin importantes embasamentos sobre o tema da pesquisa.

Nesse sentido, FACHIN retrata como a Constituição Federal de 1988 não é apenas um documento político que organiza o Estado e determina as suas competências, pois a Constituição também presta um compromisso fundamental com a dignidade da pessoa humana. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592.581, Voto do Min. Edson Fachin, p. 74)

Em continuidade, no voto de FACHIN ele adverte que não é dever do Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo ou Executivo quanto às políticas públicas. Contudo, o Judiciário tem o dever de proteger e tornar efetivo os direitos fundamentais, então quando uma decisão de um tribunal está buscando proteger ou efetivar um direito fundamental está também protegendo a democracia e pedindo a atenção dos outros poderes que têm sido omissos ao caso. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592.581 , Voto do Min. Edson Fachin, p. 83/89)

Assim, FACHIN cita uma ementa de uma decisão sobre direito à saúde o ARE 745.745-AgR, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, no qual é decidida a inaplicabilidade da Reserva do Possível sempre que invocada para comprometer o núcleo básico do mínimo existencial e que pode ser papel do judiciário a implantação de políticas públicas quando instituídas pela Constituição, mas não efetivadas pelo Estado.

Assim, FACHIN dispõe:

No estágio atual de democracia em que o Brasil se posiciona, não há espaço para a negativa de direitos fundamentais positivados no Texto Constitucional. A Constituição é fruto de uma opção política que adota a proteção desses direitos como única escolha possível na construção de uma sociedade justa e democrática. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592.581 , Voto do Min. Edson Fachin, p. 86)

Então, fica demonstrado que na aceção do Supremo Tribunal Federal de que não fere a separação de poderes a intervenção do Judiciário em políticas públicas, a qual é uma das principais críticas sobre a judicialização da saúde.

Por último, foi realizada a busca utilizando os termos “núcleo essencial do direito à saúde” e dessa frase não ocorreu nenhum resultado de registro.

Portanto, após a pesquisa e leitura dos acórdãos percebe-se que o Supremo Tribunal Federal já definiu alguns dos pontos retratados no tópico Efetividade do Direito à saúde. Todavia, alguns ainda não foram definidos como o núcleo essencial do direito à saúde. Mas, os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial já foram debatidos e delimitados, pois o Supremo define que não pode ser violado o núcleo básico do mínimo existencial pautado no princípio da reserva do possível pelo Estado e também dispôs que o judiciário pode intervir em políticas públicas.

Também, os princípios do SUS foram debatidos no tema 579, sendo ressaltado o princípio da equidade e dignidade da pessoa humana, frente a uma possibilidade de aumento do orçamento para o SUS, já que ele se basearia em um preconceito de classes o que iria de encontro a tudo que foi retratado nos tópicos sobre princípios desta monografia. Logo, as decisões do Supremo parecem manter uma linha de respeito à dignidade da pessoa humana para, assim, uma primazia pela democracia do Estado, uma vez que compete ao Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição⁷.

2.4. Os Problemas da Judicialização da Saúde

A Judicialização se mostra importante na medida em que protege os direitos fundamentais e evita o esvaziamento da Constituição de 1988, além do mais os três Poderes

⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição(…)” (BRASIL. Constituição Federal, *caput* do art. 102).

são responsáveis pela manutenção dos direitos fundamentais dando a eles a maior efetividade possível. No entanto, como dispõe AITH (2010, p. 229):

Em consonância com a lógica do Estado de direito brasileiro definida pela Constituição Federal de 1988, a aprovação da lei orçamentária pelo Poder Legislativo confere ao Poder Executivo a liberdade de aplicar os recursos de acordo com as políticas de governo que forem mais convenientes e oportunas. Ocorre que, à luz dos princípios e diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde anteriormente elencados, bem como à luz do fato de que a Constituição afirma expressamente que a saúde é direito de todos e dever do Estado, **a liberdade do Poder Executivo para aplicar os recursos de saúde de forma que julgar mais adequada vem sendo cada vez mais limitada por decisões judiciais que determinam a aplicação de recursos para o atendimento de casos específicos que chegar ao Judiciário (grifou-se)**

Assim, o problema à vista do que foi tratado é como a interferência do Judiciário pode ser prejudicial ao que o Executivo considera prioritário quando elaborou as políticas governamentais, então é importante que os políticos eleitos articulem como o direito será proposto, já que as suas ações representam a vontade de seus eleitores em uma democracia indireta. Ademais, BARROSO (2007, p. 23) que defende a diminuição da judicialização argumenta que o “poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas”

Nesse sentido, AITH também dispõe que o direito à saúde não é absoluto, assim como todos os direitos fundamentais deve ter limitações que evitem o surgimento de abusos em ações judiciais de pleitos duvidosos que podem vir a prejudicar as reais demandas do Sistema Único de Saúde, pois:

Decerto existem ações judiciais que requerem medicamentos e tratamentos duvidosos e de eficácia terapêutica incerta, que acabam gerando gastos do SUS que poderiam ser mais bem realizados. No entanto, também é verdade que a rede de serviços públicos de saúde ainda é extremamente precária, sendo comum ações judiciais que buscam os direitos mais básicos (AITH, 2010, p. 230)

Assim, a crítica se figura no fato de que as ações do Judiciário trazem efeitos custosos que vão de encontro ao princípio da reserva do possível, portanto judicialização pode levar a em situações extremas de despesas realizadas em função dos direitos prestacionais impostos por uma decisão judicial que está em desacordo aos projetos estatais, logo gerando um desconforto a legitimação das ações do Estado. Portanto, o Judiciário deve observar a

razoabilidade da prestação para que uma questão financeira não acabe se tornando um problema na democracia. (FONTE, 2015, p. 136/155)

Então, em uma condição ideal que os Poderes Executivo e Legislativo não se mostrem omissos ou irresponsáveis é extremamente necessário que suas ações não sejam coibidas ou impostas pelo Judiciário, sendo que o Judiciário também tem o dever de fazer uma análise da razoabilidade de tal pretensão antes de deferi-la. Pois, sendo o país comprometido com a democracia deve respeitar o sistema de freios e contrapesos, ou seja, as divisões das funções que os três Poderes são precipuamente competentes, já que o Executivo é essencial em suas decisões para que as normas programáticas tenham suas aplicabilidade e o Brasil tenha um crescimento social.

Por isso, CELSO DE MELLO em seu voto no ARE 727864 AgR admite que:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (STF, AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 727.864/PARANÁ, Voto do Rel. Min. Celso de Mello, p. 14)

À vista disso, percebe-se que são cada vez mais constantes as tutelas judiciais no âmbito da saúde e como os Tribunais Superiores devem atuar, BULOS define o dever do Supremo como sendo quem diante de um caos deve continuar a garantir a Constituição e o direito não se tornando um reprodutor de desordem, portanto BULOS (2017, p. 1325) definiu que Supremo Tribunal Federal seja:

o oráculo de nossas Constituições, sendo a mais delicada *instituição* do regime republicano. *Instituição* moderadora, limitadora que cerca as demais instituições, como garantia de todas, o Supremo foi criado para ser inacessível às influências da desordem, das paixões, dos interesses e das inclinações corruptíveis.(grifou-se)

Portanto, conclui-se que o Judiciário não está totalmente apartado do processo político, uma vez que quando é proferida uma sentença o juiz participa da decisão sobre como será alocado o orçamento público e se envolve na ação e política pública. Logo, o Judiciário também participa de matérias orçamentárias, já que toda a vez que consideram procedente determinada promoção um fundo orçamentário deve ser gasto ou realocado para tomar essa

decisão real, ou seja, proteger direitos inegavelmente leva a um custo para o Estado. (FONTE, 2015, p. 136/155)

3. PANDEMIA DO COVID-19 E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Esse tópico irá se preocupar com a análise dos deveres tanto dos indivíduos como do Estado quanto ao direito à saúde, utilizando-se da Pandemia de COVID-19 para compreender os contornos obrigacionais inerentes aos próprios titulares do direito fundamental.

3.1 Deveres dos Indivíduos no Direito à Saúde com a Pandemia

Foi abordado no capítulo um que os titulares dos direitos fundamentais também detêm deveres para com a sua saúde, da coletividade e de terceiros. Quanto à saúde individual “é dever do indivíduo esforçar-se para manter hábitos saudáveis, cuidando da melhor forma possível de aspectos relacionados à sua saúde física e mental” (AITH, 2010, p. 190). Ademais, também existe um dever para com a coletividade e terceiros que se manifesta em ações como de limpeza do quintal para evitar a proliferação do mosquito *Aedes Aegypti* (mosquito da dengue) e também tomar os devidos cuidados para não contaminar um terceiro com moléstia contagiosa grave, estando esse último inclusive normatizado no artigo 131 do Código Penal Brasileiro.

À vista disso, SARLET também retrata o dever dos particulares e a importância do princípio da solidariedade para a promoção do direito à saúde, assim:

os particulares (pessoas físicas e jurídicas) possuem, para além de um dever geral de respeito, até mesmo direitos específicos em relação à saúde de terceiros e mesmo em relação à sua própria saúde, quando for o caso. Basta lembrar que a ofensa à integridade física e corporal de outrem é normalmente causa de conduta punível na esfera penal, assim como de estipulação de indenização no âmbito cível. Nesse sentido, a ideia de dever fundamental evidencia o vínculo com o princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade torna-se responsável pela (efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um, no âmbito de uma responsabilidade compartilhada (*shared responsibility*)) (SARLET, 2013, p. 1932)

Nesse sentido, durante a pandemia do Coronavírus foi disseminado por vários veículos de informação três principais atitudes que as pessoas devem tomar, a fim de evitar a transmissão e a sua contaminação. Assim, essas ações são a utilização de máscaras, limpeza das mãos com sabão ou álcool em gel e distanciamento social. Portanto, em vários estabelecimentos (pessoas jurídicas) tornou-se obrigatória a utilização de máscaras e também as pessoas jurídicas passaram a ter o dever de disponibilizar álcool para a higienização das mãos dos clientes.

Essas obrigações aos particulares advêm do dever fundamental de proteção à saúde que se estende a todos, como SARLET (2013, p. 1932) denominou é um direito-dever, portanto uma responsabilidade compelida a todos. Retornando ao contexto atual e levando-se em consideração a importância sanitária das medidas impostas (utilização de máscaras, distanciamento social e disponibilização de álcool em gel) elas não podem ser ignoradas, pois é uma grande demonstração da necessidade do papel de cada um na promoção do direito à saúde.

Assim, o Supremo Tribunal Federal já pode se manifestar sobre essas medidas preventivas, quando o Exmo. Ministro Gilmar Mendes concedeu parcialmente uma liminar nas elucidações de Descumprimento de Preceito Fundamental números 714, 715 e 718, as quais contestavam o veto do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro ao Projeto de lei nº 1.562/2020, o qual torna exigível o uso de máscaras em espaços públicos e privados com acesso ao público.

Nesse sentido, na ADPF 718 o Ministro Gilmar Mendes dispõe:

É necessário relembrar, com extremo pesar e assombro, que nosso país atingiu lamentavelmente o 2º lugar mundial em quantidade de casos (atrás apenas dos Estados Unidos da América). Em uma visão geral, **o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva)**. (BRASIL. STF. Min. Rel. Gilmar Mendes, ADPF 718, p. 19, grifou-se)

Portanto, depreende-se do exposto, que em consonância ao dever positivo do Estado há a um dever objetivo de cada um com a proteção e manutenção da saúde, ademais pelo princípio da solidariedade a promoção da saúde se estende ao particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas podendo inclusive o Poder Público adotar medidas sancionatórias aos cidadão que desprezarem as medidas de saúde pública. Logo, por isso GILMAR MENDES ressaltou na ADPF 718 a existência da uma dimensão individual e de uma dimensão coletiva.

3.2 Deveres do Estado no Direito à Saúde com a Pandemia

O Estado é o principal detentor da obrigação de assegurar o direito à saúde, devendo primeiramente buscar reduzir ao máximo os riscos de disseminação de doenças na população e também elaborar uma rede a qual organize serviços públicos de saúde de forma universal, integral e equânime, logo sendo capazes de fornecer tratamentos eficazes e comprovados pela ciência. Por isso, SILVA (2012, p. 782) evidencia a realização de ações para a prevenção,

uma vez que é com prevenção que se pode evitar ter a população acometida por doenças e grandes agravos, logo ele dispõe que:

O direito à saúde e o dever do Estado não se limitam à recuperação da saúde, à oferta de Medicina curativa, mas, especialmente, Medicina preventiva, ações e serviços destinados a evitar a doença - o que se vê da cláusula “políticas (...) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”. A ênfase está precisamente aí, na promoção e proteção de uma vida humana saudável, como um direito fundamental, no qual entra, com igual força, a recuperação da saúde.

Assim, com a COVID-19 o mundo passou a buscar tratamentos curativos, formas de prevenção e uma vacina eficaz para a doença. Então, o Brasil em seu dever prestacional passou a ter que organizar uma rede que pudesse com a devida qualidade e respeito à dignidade humana tratar e prevenir o Coronavírus. Portanto, o governo federal tem a obrigação positiva de adotar medidas de combate ao Coronavírus, dessa forma é possível ler no sítio eletrônico do governo, em notícias, as medidas que o governo passou a adotar, as quais são:

a montagem de hospitais de campanha, aquisição e reparo de respiradores, redução de impostos de importação de diversos produtos necessários ao combate da pandemia, distribuição de auxílio financeiro emergencial e de kits de alimentação para a população economicamente vulnerável, desinfecção de locais públicos, capacitação de profissionais da saúde, ordem de fechamento de estabelecimentos de prestação de serviços e comerciais que não se enquadram como atividades essenciais, suspensão de aulas presenciais, moratória da dívida de estados e municípios brasileiros, determinação de isolamento social e de uso obrigatório de máscaras quando da circulação imprescindível dos indivíduos etc. (BRASIL, 2020, *apud* DUARTE; VIDAL, 2020, p. 109)

No entanto, durante o ano de 2020, tanto às políticas realizadas como as não realizadas emergiram-se em controvérsias as quais colocavam o direito à saúde e a autonomia da vontade em polos opostos, assim, estando o governo omissivo ou se responsabilizando apoiando as controvérsias. Por conseguinte, duas controvérsias são importantes, pois envolvem o dever do indivíduo e o dever do Estado com o direito à saúde, assim elas são a utilização da cloroquina ou hidroxicloroquina e a autonomia de decidir quanto a sua vacinação ou não.

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal em diversos momentos da pandemia, se posicionou sobre a COVID-19, visando o resguardo dos direitos fundamentais da vida, integridade física e da saúde nesse cenário caótico.

Uma vez que, na Constituição, art. 5º, inc. XXXV diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assim todo direito também deve deter uma possibilidade de ação que o proteja, seja ele individual, difuso ou coletivo deve ter a efetiva tutela jurisdicional de proteção. Ademais, destaca-se que dispositivo foi uma externalização do poder constituinte originário pela concretização da democracia, por via da otimização da participação do cidadão. (MARINONI, 2013, 385/387)

3.2.1 Controvérsia Da Utilização da Hidroxicloroquina e Cloroquina

A primeira controvérsia a ser tratada será a da Cloroquina que se caracteriza como uma *off label*, pois já tem a sua prescrição aprovada pela Vigilância Sanitária Brasileira, no entanto a autorização era para outros tratamentos diversos do Coronavírus (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 154). Portanto, sua eficácia é comprovada, porém não para o COVID-19, sendo necessário estudos científicos que comprovem sua eficácia para então ser feita a sua utilização, porém não foi o que ocorreu.

Já que no primeiro semestre de 2020 o remédio era tido como experimental, assim foram realizadas pesquisas científicas que pacientes se voluntariaram para utilizar o medicamento, então nesse momento inicial poderia se qualificar o uso no âmbito da autonomia das partes. Porém, no avançar das pesquisas se chegou a conclusão pela ausência de eficácia do medicamento e riscos à saúde do paciente, logo deveria ter-se desistido do uso do fármaco da cloroquina. (DUARTE; VIDAL, 2020, P. 146)

Nesse sentido, existe a partir Nota Informativa nº 17/2020- SE/GAB/SE/MS as Orientações do Ministério da Saúde para Manuseio Medicamentoso Precoce de Pacientes com Diagnóstico da COVID-19. Assim, ficou-se recomendado a utilização da cloroquina e hidroxicloroquina e estado neste manual às explicações, os motivos e como deve ser realizada a utilização pelos profissionais da saúde pública. Esse tratamento que o Estado está dando para o medicamento gera uma responsabilidade para o mesmo, pois é diferente a autonomia de um voluntário, em uma pesquisa, de uma pessoa em condições de vulnerabilidade nos postos públicos de saúde. Assim, pode se dizer que:

Essas Exigências são devidas, entre outros fatores, à modalidade de responsabilidade assumida pelo Poder Público, conforme dispositivo no art. 37, §6º, da Constituição (BRASIL, 1988). Tal dispositivo permite verificar a adoção da teoria do Risco Administrativo, ou seja, o Estado é responsabilizado objetivamente pelos danos causados por ele ou por seus agentes. A responsabilização independe da comprovação da culpa, sendo a demonstração do nexos causal entre a ação ou omissão do Estado e o prejuízo

já suficientes para originar o direito de indenização (SANTOS; VIDAL, 2020, p. 166/167)

Portanto, passar para autonomia da vontade uma decisão de tomar ou não um medicamento considerado ineficaz e perigoso, pode ser visto como um grande risco à saúde individual e um erro do Estado. Isso cria uma margem para a responsabilização do Estado caso a utilização desses medicamentos vier a causar prejuízo ou o óbito dos indivíduos.

3.2.2. Controvérsia da Autonomia de Vontade Na Vacinação Da COVID-19

Como foram expostos nos capítulos anteriores os indivíduos também detêm deveres no direito à saúde, sendo esses os de ter um cuidado com a própria saúde também com a de terceiros, logo a vacinação é uma importante figura na efetividade do direito à saúde. Uma vez que, a vacinação é imprescindível para a prevenção e controle de enfermidades, assim, as ideias negativas em relação à vacina criam um desafio político para a efetivação do direito à saúde.

Então, a Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, a qual trata das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Coronavírus, dispõe em seu art. 3º, inc. III, alínea d:

“Art. 3º- Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (...) III - determinação de realização compulsória de: (...) d) vacinação e outras medidas profiláticas”

Esse tema foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal e foi firmado entendimento no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e 6587, que versavam sobre a vacinação contra a COVID-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1267879, o qual questionava se é devida a recusa à vacinação motivada por convicções filosóficas ou religiosas. Nos julgados, os Ministros do STF debateram sobre o princípio da solidariedade e como um indivíduo não pode atentar ao direito de terceiro baseado em convicções pessoais, já que a falta de imunização representa um risco de se contaminar e dessa forma passar a moléstia a outros indivíduos, assim a CÁRMEM LÚCIA sustentou que: “A Constituição não garante liberdades às pessoas para que elas sejam soberanamente egoístas”. (BRASIL. PORTAL DO STF, 2020)

Portanto, a necessidade do controle da doença, ou seja, para diminuir o potencial de pessoas contaminadas pela COVID-19 é preciso realizar a vacinação, a qual não deve ser vista de forma individualista. Já que, a imunização da população brasileira é de importância coletiva, logo a negativa em se vacinar implica na ofensa a direito de terceiro, assim quem se recusar a realizar a vacinação ficará suscetível às medidas restritivas previstas em lei.

3.3. Dedução sobre os direitos e deveres de saúde na Pandemia

À vista do que foi disposto nos tópicos anteriores se pode afirmar que a garantia do direito à saúde apesar de ser um dever do Estado também depende da conduta individual e solidária de cada um. Nesse sentido, à saúde pública ganhou ainda mais relevância, pois:

A despeito de ainda ser intensa a luta por sua concretude, o sistema público de saúde brasileiro encanta pela magnitude de sua estrutura humana e administrativa, e, no contexto pandêmico ora vivenciado, comprova sua indispensabilidade ao apresentar-se como refúgio único para o tratamento e a recuperação da saúde da maioria da população brasileira infectada pelo novo coronavírus (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 29)

Portanto, a saúde pública percorreu um grande caminho até chegar ao estágio atual em que podemos considerar o SUS admirável e nossa Constituição de 1988 exemplar, assim os mais vulneráveis necessitam da saúde pública e nela encontram sua esperança, por isso é necessário tratar com respeito às ações indicadas como sanitariamente importantes para o todos e assim evitar o aumento de vítimas fatais.

Quanto o papel da judicialização, no atual contexto, não se pode negar que já está enraizado no judiciário e que é importante, então:

Apesar das vozes hostis em relação à atuação do Judiciário na garantia do direito à saúde sob o argumento de que oportuniza seu indevido protagonismo no âmbito das políticas públicas, não se pode ignorar que a judicialização da saúde é fruto de um processo histórico marcado por avanços e retrocessos e que consiste em realidade já consolidada no país (DUARTE; PIMENTA, 2020, p.335)

Portanto, é necessária e razoável a intervenção judicial nesse contexto de pandêmico, além do mais há precedência para a atuação judicial em políticas públicas que objetivam resguardar o direito à saúde e evitar a omissão inconstitucional do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração dessa pesquisa proporcionou uma análise da efetividade do direito à saúde e da perspectiva do Supremo Tribunal Federal quanto à judicialização da saúde, ou seja, buscou compreender o que os Poderes Públicos devem promover para ser considerado garantido tal direito que detém relevância pública, logo é um direito indisponível.

Isso foi significativo, pois se depreende também da monografia a importância da ação judicial para a prestação de serviços de saúde, mesmo que intervir em políticas públicas e orçamento não seja uma função típica do Judiciário. Uma vez que, na ausência dos outros poderes em disponibilizar efetivamente o direito fundamental pode se exigir sua tutela por via jurisdicional, já que isso está consagrado pelo art. 5º, inc. XXXV da Constituição de 1988.

Mas, nenhum direito fundamental é absoluto, então é preciso delimitar até onde pode o Judiciário intervir, assim foi feita a análise do mínimo existencial e quais seriam as prestações que fariam parte dele. Nesse contexto, a dignidade humana entra em foco, pois há de se considerar que demandas além das de primeira necessidade vem cada vez mais surgindo com o passar do tempo, portanto conforme a nossa sociedade se modifica o direito também tem que acompanhar para que não ocorra o esvaziamento da Constituição.

À vista disso, é importante que os Poderes Públicos estabeleçam metas a médio e longo prazo que busquem satisfazer direitos vinculados a dignidade da pessoa humana, como o exemplo da realização de cirurgia de redesignação sexual, a qual é um pleito individual e de uma minoria, porém, notoriamente importante a sua realização para que aquela pessoa viva de forma digna. Logo, mesmo que o Estado não tenha como disponibilizar certos pleitos individuais na atual conjuntura, há como ele se programar para que com o passar do tempo e crescimento social do país ocorra uma ampliação dos serviços e medicamentos disponibilizados.

Ademais, foi visto que todos detêm compromissos em relação à saúde, portanto os próprios titulares do direito à saúde devem ter responsabilidades. Isso ficou muito cristalino com a pandemia de COVID-19, na qual o uso da máscara, distanciamento social e a utilização de álcool em gel passaram a ser exigidos e o “*negacionismo*” aos cuidados começou a ser visto como uma atitude socialmente negativa e assim dentro da esfera do direito acabou

tornando-se passível de medidas restritivas com a Lei nº 13.979, de 6 fevereiro de 2020 e a Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020.

Nesse contexto de pandemia, o princípio da solidariedade se mostra fundamental, uma vez que é preciso que as pessoas não pensem de uma forma individualista e assim restrinjam algumas de suas autonomias em prol da coletividade, um exemplo, é o distanciamento social, no a pessoa deve abdicar de certa forma da sua liberdade de ir e vir ou reunir-se para que não ocorra a disseminação do vírus.

Portanto, são muitas as demandas relacionadas à saúde, mas na perspectiva atual do Supremo Tribunal Federal, à vista do que foi exposto, é essencial o respeito aos princípios do Sistema Único de Saúde e o também ao que está programaticamente estabelecido nos artigos relativos à saúde na Constituição de 1988. Consequentemente, o Judiciário pode intervir em políticas públicas e no orçamento, apenas quando for necessário, e os outros Poderes têm o ônus de provar a insuficiência de recursos ou que estão efetivamente promovendo o direito e só caso de se tratar de uma disponibilização impossível o Estado não deve ser responsabilizado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Orientações do Ministério da Saúde para Manuseio Medicamentoso Precoce de Pacientes com Diagnóstico da Covid-19**. NOTA INFORMATIVA Nº 17/2020-SE/GAB/SE/MS. Disponível em: <<http://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2020/August/12/COVID-11ago2020-17h16.pdf>>. Acesso em: 18/01/2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Antes do SUS, saúde era para poucos**. Em discussão, ano 5, nº 19 fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>>. Acesso em: 20/01/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em 11 de janeiro de 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 581.488/RIO GRANDE DO SUL**. Relator Min. Dias Toffoli.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 718/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE 727864**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur284429/false>>. Acesso em: 30/01/2021

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE 745.745-AgR**. Rel. Min. Celso de Mello.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro suspende efeitos de veto sobre uso de máscaras em unidades prisionais**. PORTAL DO STF, 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448797&ori=1>>. Acesso em: 16/01/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional**. PORTAL DO STF, 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>>. Acesso em: 18/01/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 592.581/ RIO GRANDE DO SUL**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004. Informativo nº 345/2004

BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 185-2/DF**. Relatora Min. Ellen Grace. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA185.pdf>>

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017

CANOTILHO, J.J. Gomes SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio; MENDES, Gilmar. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. 1925/1937 p.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à Saúde: Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva 2013 – (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica)

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades e VIDAL, Víctor Luna. **Direito à Saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://www.icj.ufpa.br/digital/login/index.php?removido=true>>. Acesso em: Janeiro de 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FONTE, FELIPE DE MELO. **Políticas Pública e Direitos Fundamentais**. - 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 136/156.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. - 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: Fundamentos, Regime Jurídico, Implementação e Aferição dos Resultados**. São Paulo: Saraiva 2012. Disponível em: <<https://www.icj.ufpa.br/digital/login/index.php?removido=true>>. Acesso em: Janeiro de 2021.

NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS. **Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU: Comitê de Direitos Humanos e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. São Paulo: Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>>. Acesso em : 28/01/2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 28/01/2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Recurso na Internet em Português | LIS - Localizador de Informação em Saúde | ID: lis-22006. Biblioteca responsável:BR67.1.

SANTOS, Lenir (org.). **Direito Da Saúde no Brasil**. Campinas-Sp: Saberes, 2010. 183/235 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e prestações sociais e crise: algumas aproximações**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]. 16(2), 459-488. Disponível em: <<https://doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6876>>. Acesso em: 19/01/2021

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o direito ao ensino superior**. CONJUR, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-05/direitos-fundamentais-tribunal-constitucional-alemanha-direito-ensino-superior>>. Acesso em: 30/01/2021.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. Malheiros. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012

ANEXO A – TABELAS DAS SÚMULAS E TEMAS DO STF

TABELA 1 – SÚMULAS DO STF

Súmula	Enunciado
438	É ilegítima a cobrança, em 1962, da Taxa de Educação e Saúde, de Santa Catarina, adicional do impôsto de vendas e consignações.
736	Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Fonte: Supremo Tribunal Federal

TABELA 2 – TEMAS PARA A PALAVRA-CHAVE “SAÚDE”

TEMA	PARADIGMA	TESE DE REPERCUSSÃO GERAL	DATA
0055	RE 573540	I - Os Estados membros possuem competência apenas para a instituição de contribuição voltada ao custeio do regime de previdência de seus servidores. Falece-lhes, portanto, competência para a criação de contribuição ou qualquer outra espécie tributária destinada ao custeio de serviços médicos, hospitalares, farmacêuticos e odontológicos prestados aos seus servidores; II - Não há óbice constitucional à prestação, pelos Estados, de serviços de saúde a seus servidores, desde que a adesão a esses "planos" seja facultativa.	14/04/2010
0409	RE 631880	É compatível com a Constituição a extensão, aos servidores públicos inativos, dos critérios de cálculo da Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, Saúde e Trabalho —	10/06/2011

		GDPST estabelecidos para os servidores públicos em atividade.	
0431	AI 831223	É incompatível com a Constituição norma que institui contribuição à saúde incidente sobre o valor de proventos e pensões de servidores públicos, no interregno das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.	17/06/2011
0479	RE 627189	No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009.	08/06/2016
0555	ARE 664335	I - O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial; II - Na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.	09/12/2014
0579	RE 581488	É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o	03/12/2015

atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

- 0793 RE 855178 Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 06/03/2015**
- 0942 RE 1014286 Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC n.º 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar 31/08/2020
-

dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República.

Fonte: Supremo Tribunal Federal

TABELA 3 - TEMAS PARA A PALAVRA-CHAVE “RESERVA DO POSSÍVEL”

TEMA	PARADIGMA	TESE DE REPERCUSSÃO GERAL	DATA
0220	RE 592581	É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.	13/08/2015
0386	RE 611874	Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada	26/11/2020

Fonte: Supremo Tribunal Federal