



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MÉDICO DA SAÚDE E BIOÉTICA**

**EDGAR OLIVEIRA CARMO NETO**

**DIREITO A SAÚDE: IMPLEMENTAÇÃO  
E SUA EFETIVIDADE**

**SALVADOR**

**2022**

**EDGAR OLIVEIRA CARMO NETO**

**DIREITO A SAÚDE: IMPLEMENTAÇÃO  
E SUA EFETIVIDADE**

Monografia apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito Médico, da Saúde e Bioética, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista.

**SALVADOR**

**2022**

## TERMO DE APROVAÇÃO

**EDGAR OLIVEIRA CARMO NETO**

### **DIREITO A SAÚDE: IMPLEMENTAÇÃO E SUA EFETIVIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Médico, da Saúde e Bioética, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2022.

Aos professores do curso de Pós-Graduação em Direito Médico da Saúde e Bioética, que ao longo do curso, me forneceram todas as bases necessárias para a realização deste trabalho, agradeço com profunda admiração pelo vosso profissionalismo.

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar os conflitos que poderão ser gerados com a judicialização da saúde frente à discricionariedade do Estado. Pretendeu-se analisar aspectos gerais da Constituição Brasileira que tratam do Direito à Saúde Como um Direito Fundamental, apontar a limitação da Discricionariedade do Estado nas Políticas Públicas de Saúde; descrever os princípios na prestação do Direito à saúde no Brasil, analisar o processo de judicialização da saúde, levando em consideração a adoção atual de estratégias judiciais e extrajudiciais. Para responder os objetivos e problemática de pesquisa, optou-se pela realização de uma pesquisa de cunho bibliográfico e exploratório, com base em pressupostos teóricos de autores e fontes da Constituição Federal de 1988 e de fontes do ordenamento jurídico. Os resultados demonstraram que o Estado fragilizado tem limitado consideravelmente a assistência para o princípio do mínimo existencial que fere a dignidade dos direitos fundamentais da pessoa. Essa realidade gerou a necessidade de intervenção judicial tendo como justificativa a seguinte questão: É necessário ao Estado manter a teoria da reserva do possível e não apenas o mínimo existencial, e a ação do STF é justificada pela manutenção das garantias legais do direito conforme a Constituição Federal e portanto, agindo como interventor nos casos de omissão do Estado.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais. Judicialização. Discricionariedade.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the conflicts that can be generated with the legalization of health forward to the discretion of the state. It was intended to analyze general aspects of the Brazilian Constitution dealing with the right to health as a fundamental right, point the limitation of Discretion of the state in Health Public Policy; describe the principles in the provision of health law in Brazil, analyze the process of legalization of health, taking into account the current adoption of judicial and extrajudicial strategies. To answer the objectives and problems of research, it was decided to conduct a literature review and exploratory research, based on theoretical assumptions of authors and sources of the Federal Constitution of 1988 and sources of the legal system. The results showed that the state has weakened considerably limited assistance to the principle of existential minimum that hurts the dignity of fundamental human rights. This reality prompted the need for judicial intervention having to justify the following question: Is it necessary to keep the state as possible reserves of theory and not just the existential minimum and the STF action is justified by the maintenance of legal guarantees of the right under federal Constitution and therefore acting as intervening in cases of state failure.

**Keywords:** Fundamental Rights. Legalization. Discretion.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
IAPs	Instituto de Aposentadorias
OIT	Organização Mundial do Trabalho
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PPS	Políticas Públicas de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – O cenário antes e depois da reestruturação da assistência à saúde no Brasil .....	19
Figura 2 – Dimensão de atendimento do Sistema Único de Saúde – SUS.....	22
Figura 3 – Elementos de composição do Sistema Único de Saúde – SUS.....	23
Figura 4 – Diferenças entre poder discricionário e poder vinculado.....	28

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE</b> .....	12
2.1 ANÁLISE DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A LUZ DOS DIREITOS HUMANOS .....	12
2.2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL .....	18
2.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....	23
2.4 LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO ESTADO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE .....	27
<b>2.4.1 Limitação da Discricionariedade do Estado nas Políticas Públicas de Saúde</b> .....	29
<b>3 PRINCÍPIOS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL</b> .....	32
3.1 PRINCÍPIO RESERVA DO POSSÍVEL .....	32
3.2 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL .....	33
3.3 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	34
3.4 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL .....	35
<b>4 DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE</b> .....	37
4.1 DEFINIÇÃO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....	37
4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA .....	38
4.3 DIREITO À SAÚDE: A ADOÇÃO DE ESTRATÉGIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS .....	41
<b>5 CONCLUSÕES</b> .....	43
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	45

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, conhecidos como direitos de segunda dimensão fazem parte dos direitos adquiridos por meio do Estado que estabelecem certas garantias referentes à prestação de serviços por meio da Administração Pública em medidas de assistência social, educativa, de saúde, lazer, dentre outros direitos abstratos relativos às liberdades, que em suma, permitem ao sujeito adquirir os direitos materiais associados ao direito positivo.

As decisões alcançadas pelo Direito Internacional favoreceram a aplicação de mudanças no cenário de universalidade da assistência à saúde que faz parte integrante dos parâmetros internacionais e da esfera dos Estados em assegurar os benefícios dos cuidados à saúde.

Por esses instrumentos de decisão instituíram-se a proteção internacional à saúde, como medida política a ser implementada pelas nações como reconhecimento dos direitos sociais das pessoas, sob esse enfoque o Brasil ratificou a legislação para incorporar as diretrizes de promoção, prevenção e suporte à assistência à saúde.

O Estado reconheceu a necessidade de ampliar a oferta de serviços de saúde, a partir dos aspectos objetivos para favorecer a efetividade dos direitos humanos do cidadão. Os Direitos Humanos têm, hoje, caráter internacional, reunindo em seus princípios uma base de pensamento teórico e filosófico e uma base jurídica positiva, constituída de Declarações de direito, Convenções gerais e especiais, como por exemplo, os Protocolos firmados no âmbito das Nações Unidas.

Em relação à assistência do Estado ocorre uma grande distância entre o que a legislação determina como direito do indivíduo e o que realmente esse sujeito usufrui efetivamente dos direitos prestacionais de que necessitam para manter a qualidade de vida e a sua cidadania.

Na Constituição o primeiro e fundamental direito do homem é o direito à vida, suporte para existência e gozo dos demais direitos, sendo necessário, porém, assegurar-lhe os seus pilares básicos de sustentação, que são o trabalho e a saúde.

Com efeito, estabelece o art. 1º da Constituição Federal (CF), que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos, determinar medidas para que as pessoas possam

atingir a cidadania e a dignidade. Os poderes públicos tem demonstrado uma grande ineficiência em manter políticas públicas para assegurar os direitos fundamentais mínimos.

Com a Constituição Brasileira de 1988, o setor de saúde sofreu grandes transformações que marcaram um novo paradigma com fatores influentes na assistência à saúde, garantindo a universalidade da assistência médica que antes estava direcionada somente aos trabalhadores formais e suas famílias.

Com a política de saúde voltada para a universalização da assistência médica e a melhoria dos níveis de atendimento, o aumento de acesso a postos e hospitais com a implantação do Sistema único de Saúde (SUS) e o estabelecimento de convênios com diversos hospitais e clínicas, favoreceram as condições para um novo arcabouço jurídico necessário para garantir a universalização da saúde.

Nesse contexto, a problemática de estudo aponta a seguinte questão: A judicialização da saúde poderá ser considerada como um caminho alternativo, para que os usuários dos serviços de saúde possam apelar em face de um sistema de saúde deficitário?

A judicialização da saúde tem sido um tema polêmico e discutido como solução legal levando-se em consideração o avanço das ações judiciais especialmente no que se refere à apelação por medicamentos prioritários e de serviços de assistência à saúde em vários estados brasileiros.

A Administração Pública tem com incumbência desenvolver ações políticas que tenham como foco estabelecer os princípios da legalidade e da eficácia na prestação dos serviços para assegurar a promoção de medidas para o apoio às necessidades da sociedade.

A assistência à saúde se constitui em um dos princípios de qualidade de vida na qual o Estado tem a função de criar mecanismos para ofertar e atender a demanda de hospitais, clínicas e postos de saúde, bem como de recursos materiais e humanos para promover um sistema de saúde eficiente.

Nos casos de ineficácia desse sistema de saúde, apesar de haver uma independência entre os poderes constituídos, o Poder Judiciário poderá, a partir das demandas por ações judiciais impor a complementação de medidas para eliminar a ingerência na assistência à saúde, garantindo ao usuário o acesso integral desse direito que já lhe é adquirido.

O objetivo deste estudo é identificar os conflitos que poderão ser gerados com a judicialização da saúde frente à discricionariedade do Estado. Pretendeu-se aqui, analisar aspectos gerais da Constituição Brasileira que tratam do Direito à Saúde como um Direito Fundamental, apontar a limitação da discricionariedade do Estado nas Políticas Públicas de Saúde (PPS), descrever os princípios na prestação do Direito à Saúde no Brasil, analisar o processo de judicialização da saúde, levando em consideração a adoção atual de estratégias judiciais e extrajudiciais.

Para responder os objetivos e problemática de pesquisa, optou-se pela realização de uma pesquisa de cunho bibliográfico e exploratório, com base em pressupostos teóricos de autores e fontes da Constituição Federal de 1988 e de fontes do ordenamento jurídico.

Justifica-se a realização do estudo com base no reconhecimento de que é necessário distinguir os novos caminhos que serão traçados nas políticas públicas para o atendimento das exigências legais do Poder Judiciário frente a demanda de ações judiciais que se chocam diretamente com a discricionariedade do Estado.

A motivação para a escolha do tema tem como eixo a judicialização da saúde em face da limitação da discricionariedade do Estado no processo de implementação de medidas de assistência à saúde, e considerando que o direito à saúde se constitui em direito fundamental dos sujeitos.

## 2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

### 2.1 ANÁLISE DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Ao desenvolver qualquer tema relacionado aos direitos fundamentais e direitos humanos faz-se necessário considerar a questão de seus significados, mesmo se apresentando diferenciadas, nas duas expressões existem similaridades, pois ambos se associam diretamente “aos valores liberdade, igualdade e são voltados à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana”. No que concerne à diferenciação pode-se considerar que existem “três aspectos que os identificam de forma clara, a partir do contexto da positivação, titularidade e eficácia”. (VASCONCELOS, 2015, p.1).

Treviso (2009, p. 22) analisa que acerca do tema, para evitar confusões nos dois termos é reconhecido que “os direitos fundamentais estão pautados no Direito Constitucional Positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente”, enquanto que os chamados direitos humanos são reconhecidos desde os tempos do jusnaturalismo e se mantêm como posições existentes no contexto jurídico que teve no século XX na esfera do Direito Internacional um impulso, a partir da criação de instituições como A Liga das Nações e a criação da Organização Internacional do trabalho (OIT).

Treviso (2009) analisa que ao mesmo tempo que se diferenciam os termos direitos humanos e direitos fundamentais no campo jurídico, é possível distinguir que existe um processo de “interpenetração” nessas duas classes de direitos. Em relação a essa questão, Sarlet (2007, p. 10):

[...] caracterizada particularmente pela influência recíproca entre as esferas internacional e constitucional (diga-se de passagem, expressamente consagrada na nossa Constituição, especialmente no seu artigo 5º, parágrafo 2º), inexistem dúvidas quanto ao seu distinto tratamento, de modo especial, o grau de eficácia alcançado, diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para a sua realização.

Nesse contexto, a reciprocidade entre o direito internacional em relação aos direitos fundamentais possui relação direta nos aspectos constitucionais dos países que ratificam suas constituições para inserir os princípios dos direitos fundamentais.

O surgimento da Teoria dos Direitos Fundamentais teve influência na Teoria dos Direitos Humanos que remontam aos ideais iluministas e do direito jusnaturalista que se firmou como paradigma entre os séculos XVII e XVIII, com o reconhecimento do ser humano como pessoa com direitos inalienáveis (CICCO FILHO, 2007).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), permitiram as garantias dos direitos fundamentais com a proteção assegurada da vida, da honra, da liberdade, integridade física e psíquica, da igualdade, da intimidade, do segredo, dentre outros.

Segundo Cupertino (2009, p. 2) avalia que:

Os pensadores do jusnaturalismo (doutrina do direito natural, baseada na ideia de que o homem nasce com direitos, universais, que são inerentes à sua natureza humana e que devem ser protegidos a todo custo, semente que deu seus frutos na Revolução Francesa, na construção do Estado de Direito e da democracia moderna, começaram a verdadeira revolução copernicana na inversão desse princípio histórico. Partindo da perspectiva do indivíduo, o direito natural concebia o homem como detentor de direitos de natureza inatos, universais e inalienáveis, que deveriam ser garantidos.

Os direitos e garantias fundamentais do homem no que concerne aos direitos de personalidade se mantêm tradicionalmente na Constituição de 1988. Constatam-se, porém, as dificuldades de distinguir os direitos das garantias, ou seja, as que se constituem em um direito em si mesmas e as que são instrumentos para a sua efetivação (SIQUEIRA, 2015).

Os direitos individuais formam o patrimônio da pessoa, sendo essa garantia completada por todos os demais direitos subjetivos que fundamentam o ordenamento jurídico (ARAÚJO, 2010).

A proteção da pessoa humana, reconhecida pelo Estado, só encontra origem no Iluminismo e no Liberalismo desenvolvido na Inglaterra no século XVII, uma vez que a Grã-Bretanha, ao contrário dos demais países europeus que adotaram a monarquia absolutista adotou a monarquia constitucionalista, que havia se institucionalizado contra o rei João-Sem-Terra, em 1215 (ARAÚJO, 2010).

No final do século XVIII, aperfeiçoou-se a monarquia legal, sendo promulgado os seus princípios fundamentais que consistiam na tripartição do poder, no sistema representativo, na preeminência da opinião nacional, na intangibilidade dos direitos fundamentais do homem.

A elaboração da declaração de Independência se tornou um texto intemporal em que é explicitada a filosofia dos direitos naturais do homem e da autodeterminação dos povos, inspirada nos princípios do iluminismo e que certamente influenciou profundamente a elaboração da carta de direitos humanos. Porém, foi com a Revolução Francesa de 1789, que os direitos inerentes à pessoa ganharam destaque e universalidade, pois, as declarações de direitos eram alicerçadas nas bases filosóficas e teóricas instituídos pela revolução (NUNES, 2009).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apresentou-se como um contexto que privilegiou os direitos sociais dos indivíduos, preocupando-se apenas com o aspecto individualista, de acordo com os princípios iluministas que inspiraram a Revolução Francesa e a Assembléia Geral que elaborou essa Declaração.

De acordo com Cupertino (2009, p. 3):

Para John Locke, pai do liberalismo, antes de surgir a sociedade civil e o estado, o homem vivia no estado de natureza, estado esse anterior ao aparecimento de uma sociedade civil, em plena liberdade e igualdade naturais, sem instituições. Igualdade que consiste, inclusive, em todos serem os mesmos enquanto livres. O estado civil, que suplantou o estado de natureza, tinha como objetivo, com suas instituições e regras, somente a proteção desses direitos naturais por meio das garantias e do poder do estado. A perspectiva do indivíduo foi a base para que fosse possível passarmos da figura do dever estrito e das obrigações para a reivindicação de direitos e garantias.

Desse modo, o iluminismo contribuiu para fortalecer o legado moderno referente aos direitos humanos, sociais e políticos que passaram a ser classificados em gerações de direitos.

Nunes (2009) ressalta que se firmam atualmente os direitos de até quinta geração que foram classificados de acordo com a evolução do direito subjetivo. Portanto, Os chamados direitos de terceira geração representam as conquistas referentes aos políticos e civis.

Os direitos de segunda geração incorporam os direitos econômicos, sociais e culturais dos quais há um processo de intervenção estatal para serem efetivados. Tais direitos contemplam os direitos políticos de minorias (religiosas e étnicas), de famílias.

No que se refere aos direitos sociais, se configuram a tutela do Estado, como o direito de assistência à saúde, educação, moradia e outros na prestação de serviços, no entanto, tais direitos implicam em mecanismos de políticas públicas para assegurar e articular as ações de universalidade na sistemática de atendimento à saúde (SARLET, 2007).

Conforme Martino Júnior (2014, p. 5), a Constituição Federal de 1988 assegura em seu art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos humanos de terceira geração se constituem nos novos direitos associados à fraternidade e solidariedade que representa uma visão associada ao Direito Internacional entre as nações que contem a proteção geral dos povos, das famílias e referentes às nações que sofrem pela carência de direitos humanos (NUNES, 2009).

Os direitos humanos de quarta geração são formados para atender a determinadas situações que favorecem uma maior liberdade aos sujeitos que se relacionam, por exemplo, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, “direito de morrer com dignidade, mudança de sexo e outros” (TREVISO, 2009, p. 7).

Sarlet (2007, p. 51) considera que atualmente constitucionalistas renomados consideram que a quarta geração representa “o processo de universalização de direitos fundamentais que já existem, como por exemplo, os direitos referentes à democracia direta, à informação e ao pluralismo”.

No que diz respeito aos direitos humanos de quinta geração se constituem de direitos obtidos associados aos de personalidade: a honra, a imagem, a privacidade e outros como o direito virtual que representa uma forma de assegurar a dignidade humana, criado para evitar os riscos decorrentes da expansão da Internet (BARCELOS, 2002).

Conforme Sarlet (2007, p. 55):

A teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Desse modo, asseguram a liberdade e a justiça nos termos das constituições modernas e contemporâneas trazem à primazia do sujeito a partir de direitos fundamentais que representam que todo o direito ganhou uma marca social, uma nova feição, ao menos no plano teórico. Contudo, o que é primordial é o entendimento de que desde o nascedouro do movimento político constitucionalista, com base na ideia do contrato social, o fenômeno jurídico foi teorizado vistas a que este se tornasse um instrumento dos valores democráticos.

Na visão de Weber (2013, p. 44):

O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. É preciso que o cidadão tenha seus direitos sociais reconhecidos no que concerne à justiça e à dignidade como ser humano: moradia, saúde, educação e emprego.

Esses direitos fundamentais estão consolidados nas leis, em verdade percebe-se que muitos dos direitos sociais foram abandonados por aquele que deveria garanti-lo, a partir da globalização e dos processos de internacionalização do capital, o Estado assistencialista tendeu a relegar as demandas sociais, fato este que corrobora para o aumento da pobreza.

No processo de internacionalização atual até mesmo o Estado perde parte de seu poder na ordem internacional que implica uma revisão em muitos dos seus postulados, mediante as novas realidades que impõem ao ele uma série de matizes. No plano internacional, em especial, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência dos Estados soberanos, como capacidade de autodeterminação (TAIR, 2009).

Neste contexto, os direitos sociais implicam no princípio da liberdade, a partir da superação das relações sociais de dominação que venham a ferir a esfera da liberdade. Assim, entendemos que o Estado deverá ter uma função ativa no domínio social, como a garantia de emprego, à justa remuneração, o direito de greve para alcançar determinados objetivos (SILVA, 2010).

Segundo Weber (2013, p. 23) “as políticas econômicas dos Estados devem apresentar índices de crescimento de empregos para que os trabalhadores possam ter os seus direitos assegurados de ter um trabalho digno”. Essa garantia é uma grande conquista social.

Embora, os direitos estejam amplamente efetivados na Constituição Brasileira e nos Tratados Internacionais que dimensionam na teoria os direitos humanos, considerando-se que alguns países a efetivação destes direitos se constitui em letra morta, já que as pretensões universais da humanidade, referidas pela emergência dos direitos humanos; depende da superação da supremacia da ordem estatal por outros lócus de poder, tais como as organizações supranacionais e, particularmente pela ordem econômica privada ou pública que direcionam a economia e as políticas de emprego (TAIR, 2009).

Na visão de Weber (2013), o que se percebe é a necessidade de ampliar os canais de participação e efetivação dos direitos humanos ao lado do aprofundamento democrático das sociedades, a partir da superação de modelos antidemocráticos. Assim, dimensiona-se a necessidade de um caráter plural das mesmas para que possa ocorrer uma dispersão nos centros de poder.

Segundo Prates (2003, p. 1):

Direitos e garantias fundamentais dos seres humanos, antes apenas inscritos e consagrados em um plano meramente formal, necessitam, hodiernamente, serem materializados, implicando em uma internacionalização e no aperfeiçoamento da proteção jurídico-constitucional, fazendo com que inúmeras novas ações e procedimentos aparecessem com a finalidade de reforçar os ideais do constitucionalismo e assegurar plenitude ao princípio da supremacia da Constituição.

Com base nestes pressupostos apontamentos se pode evidenciar que

a dimensão essencial da proteção dos direitos e liberdades fundamentais para a cidadania, buscando os padrões processuais democráticos para impulsionar a sociedade em direção a uma estrutura transparente, justa e coerente reforçando o sentimento de Constituição (SILVA, 2010, p. 1).

Prates (2003, p. 1) avalia que “os direitos elencados na Constituição podem ampliar-se, de modo que a juridicidade, a efetividade e a justiciabilidade possam tornar concretos os direitos da cidadania, a jurisprudência constitucional propiciou a ampliação dos conceitos básicos de direitos e liberdades fundamentais na lei”, mas devem direcioná-las para a vida concreta dos cidadãos, permitindo que conheçam seus direitos.

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

As garantias do pleno exercício dos direitos fundamentais estão consubstanciadas nos modernos textos constitucionais democráticos, sendo esses mesmos direitos fundamentais entendidos como direitos processuais, assegurados que são por mecanismos e instrumentos jurídico-constitucionais que potencializam, em muito, o seu emprego por todos os cidadãos (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 2).

Neste aspecto, a constitucionalização garante “o instrumento formal e técnico a serviço da ideia de justiça”, sendo um forte aliado do exercício da liberdade e da igualdade, princípios basilares do paradigma democrático e constitucional (CARVALHO, 2007, p. 217). Os instrumentos que tutelam os direitos fundamentais têm grande relevância no Estado Constitucional, por meio da promoção de medidas para manter um ordenamento jurídico coerente com a limitação da atuação estatal, através de suas regras e princípios processuais.

No que concerne ao direito fundamental à saúde, a ordem constitucional se traduz no processo de positivação premido pela concepção de direito fundamental do sujeito junto a outros diversos tipos de direitos de natureza social. Esse processo de reconhecimento marcou a Constituição de 1988 (ACHOCHE, 2009).

Conforme Silva (2010, p. 5):

A saúde passou a ser um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado. Ao poder público incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico hospitalar. A regra inscrita no artigo 196 tem caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano institucional a organização federativa do Estado Brasileiro. É um direito que não pode ser convertido numa promessa institucional, implicando no descumprimento do preceito constitucional.

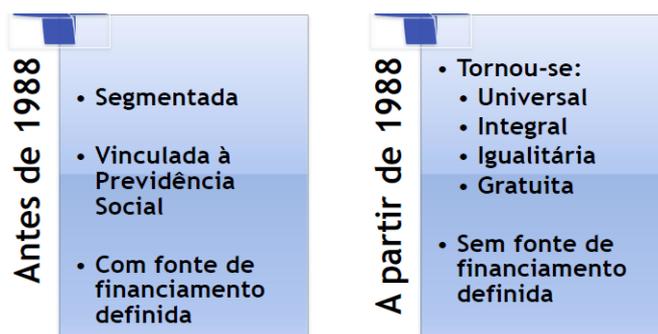
De início, segundo Sarlet e Figueiredo (2013), a assistência à saúde passou a ser objeto do direito público, que gerou a necessidade de uma estruturação da assistência à saúde individual e coletiva no Brasil com vistas à universalização.

As estratégias de implementação da de uma gestão participativa realizada pelo Ministério da Saúde em fevereiro de 2003, parte-se do pressuposto de que

essas medidas favoreceram um movimento de Reforma Sanitária proposto pelo Decreto nº 5.841/2006.

Essas medidas criadas pela Reforma Sanitária, sob o enfoque dos direitos humanos e da conquista da cidadania, como direito à saúde integral, o resultado dessa política se constituiu na criação em 1994 do SUS em um modelo descentralizado.

Segundo os autores, antes do processo de reestruturação da saúde com a criação do SUS e a organização do sistema em competências municipais, estaduais e federais pelo Ministério da Saúde e Conselho Nacional de Saúde, com base na Resolução n. 333/2003, se pode afirmar propriamente que a proteção constitucional à saúde se apresentava em normas genéricas e limitadas, apenas declarando de forma indireta a garantia de socorro público. Como representado na figura abaixo:



**Figura 1 – O cenário antes e depois da reestruturação da assistência à saúde no Brasil**

Fonte: Martino Júnior (2014)

É possível classificar o modelo de assistência à saúde antes de 1988, caracterizada por um tipo de assistência segmentada (profissionais assegurados pela CLT e seus familiares), o Estado mantinha um vínculo com a Previdência Social e, portanto, obtinham uma fonte de financiamento definida.

Com a reestruturação do modelo de assistência à saúde a partir de 1988 a 2003, atingiu-se um modelo universal, integral, igualitário e gratuito, mas sem uma fonte de financiamento definida, mantendo-se apenas pela questão político-orçamentária a partir da noção de políticas sociais (MARTINO JÚNIOR, 2014).

Os direitos fundamentais em geral, especialmente os de natureza associados à saúde estão contidos na Constituição e nas leis menores, porém a sua conversão em prática na sua plenitude é recente na medida em que o atendimento à

saúde dependia de uma associação do indivíduo ao mundo trabalho, através da CLT.

Neste sentido, pode-se afirmar que antes da implantação da política de criação do SUS, a assistência médica estava mais voltada para o domínio do trabalho de base contratual que atendia as famílias dos trabalhadores (BUENO, 2007).

O valor fundamental colocado no art. 1º é a dignidade da pessoa humana como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. Contudo o direito de viver exige também o direito à saúde que deve fazer parte da prática para assegurar verdadeiramente as condições dignas de existência para todos (BUENO, 2007).

Neste sentido, houve um grande avanço nas políticas de assistência à saúde tanto em nível de assistência universalizada como a atenção à saúde do trabalhador e de sua família que antes, somente baseava-se nas diretrizes relacionadas ao trabalho formal, aos trabalhadores contratados sob as normas da Consolidação das leis do Trabalho (CLT), que restringia a assistência à Saúde do Trabalho aos Institutos de Aposentadorias (IAPs), esse órgão tinha a incumbência de tratar das questões previdenciárias, assistência à saúde e de habitação/moradia da categoria trabalhista, exercendo uma relevante atividade social.

Os benefícios auferidos pelo IAPs estavam restritos a uma parcela de trabalhadores que colaboraram com a Previdência Social, de acordo com o contrato de trabalho formal em empresas. Portanto, a assistência à saúde não se constituía em pleno direito de toda população brasileira (FIGUEIREDO NETO, 2006).

O trabalhador, portanto, adquiria o direito à saúde na medida em que estabelecia relações de trabalho. Os trabalhadores autônomos estabeleciam a proteção social contribuindo com a previdência social.

A criação do SUS colaborou com a expansão da assistência à saúde, na medida em que a Constituição de 1988 determinou a responsabilidade do Estado em parceria com Municípios e Estados na garantia de promoção de saúde, prevenção e intervenção (GUARNIERI, 2007).

As medidas favoreceram a reforma sanitária e a melhoria do perfil epidemiológico da população e do trabalhador brasileiro na atenção terciária de alta complexidade à atenção secundária e primária.

A implantação da Política Nacional de Saúde Básica favoreceu a criação de programas de orientações educacionais, planos e medidas curativas de saúde na comunidade. Conforme se demonstra na figura abaixo, o modelo de assistência do SUS:

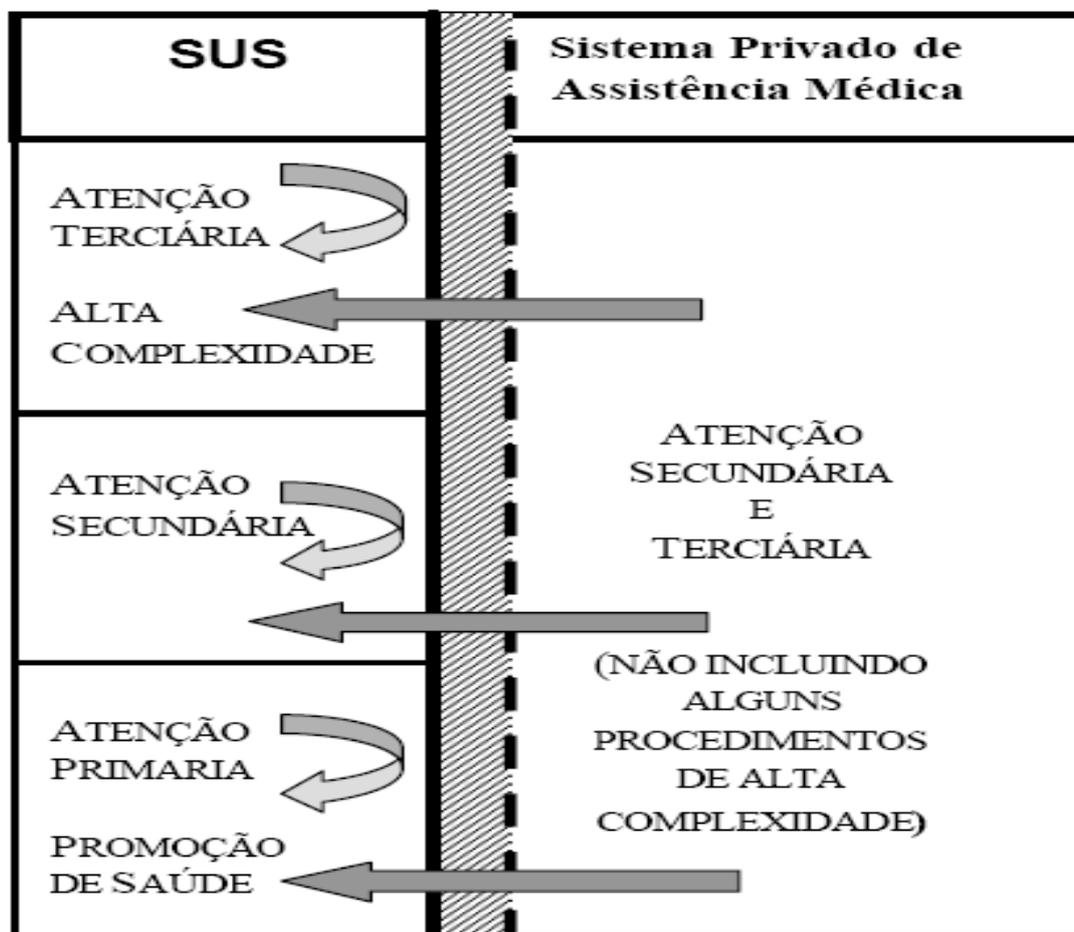
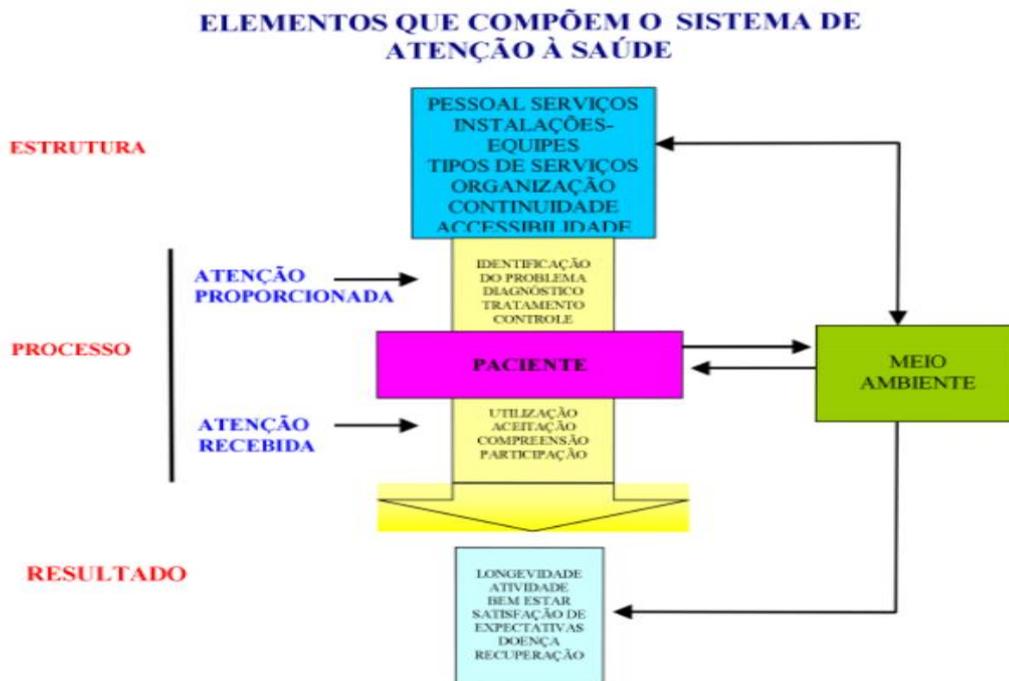


Figura 2 - Dimensão de atendimento do Sistema Único de Saúde - SUS  
 Fonte: Weber (2013)

A constituinte de 1988 favoreceu um importante referencial à saúde pública, que contemplam ações sociais e econômicas para a qualidade da assistência à saúde. O foco de expansão de educação e saúde, prevenção e recuperação se tornaram os fundamentos da ordem social de implantação do SUS.

A figura 3 demonstra os elementos que compõem a formação do SUS:



**Figura 3 – Elementos de composição do Sistema Único de Saúde - SUS**

Fonte: Weber (2013)

O Estado através de suas parcerias, desenvolveu as principais fórmulas da Saúde Básica, caracterizada como um conjunto de ações de saúde, que envolve a saúde individual e coletiva. Nas metas e esforços do Governo Federal, está em empreender uma estratégia de saúde básica cujo foco é a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, diagnosticando, tratando, reabilitando e a manutenção da saúde.

### 2.3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A aplicação dos direitos fundamentais à saúde tem as garantias constitucionais regidos por princípios que possuem grande influência dos tratados internacionais, que inseriram dentre os diversos direitos humanos e fundamentais e forneceram um aparato de estímulo para a estruturação do regime de assistência à saúde no Brasil (FIGUEIREDO NETO et al, 2006).

Segundo Silva (2010, p. 5):

A saúde está assegurada na Constituição Federal como um direito de fundamental está representado no artigo 196 que dispõe que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas

sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde está reconhecido nos direitos funcionais em dois tipos: os direitos sociais e direitos de defesa, portanto ambos direitos à prestação de serviços ou prestacionais do Estado referentes à assistência à saúde. Nos direitos de defesa a constituinte busca, a partir do Estado, manter a eficácia dos serviços prestacionais em saúde individual e coletiva<sup>1</sup> (SARLET, 2007).

Barroso (2006, p. 137) avalia que o serviço prestacional de garantia à assistência à saúde implica em uma ação fundamentada no direito constitucional que permite a adoção de atos normativos infraconstitucionais quando ocorre limite de adoção de tais medidas para assegurar a efetividade do direito de obter assistência à saúde.

Segundo Degani (1999, p. 51):

A saúde comporta uma dimensão ética e moral importante na prestação de seus serviços. Há problemas éticos como os ligados ao sigilo, ao direito do usuário ao atendimento e à informação sobre a sua condição de saúde, e também no que diz respeito à garantia de continuidade de seu atendimento. Os gerentes optam muitas vezes pela assistência individual em detrimento de ações coletivas, face ao legado histórico e biológico de sua formação que ainda influencia e prioriza o atendimento assistencial.

Nesse contexto, por meio de ações positivas do Estado os direitos prestacionais referentes à saúde poderão se tornar aplicáveis plenamente para assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos que necessitam desses serviços.

Para a efetividade do direito de medicamentos essenciais, de assistência em tratamentos e de outras necessidades, nos casos em que a administração Pública não tem condições de atender com efetividade, o judiciário cumpre a sua incumbência, apoiado em princípios de natureza jurídica, de impor a efetivação dos direitos de assistência à pessoa que dela necessita (FIGUEIREDO NETO et al., 2006).

---

<sup>1</sup> A intervenção efetiva em saúde individual e coletiva pressupõe uma abordagem integral de seus problemas, portanto, a especificidade da saúde dada pelas inflexões sócioeconômicas, políticas e ideológicas relacionadas ao saber teórico e prático sobre a saúde e a doença, sobre a institucionalização, a organização, a administração e a avaliação dos serviços e os usuários do sistema, adquire uma importante significação social (DEGANI, 1999, p. 51)

O SUS, como sistema integrado de saúde tem uma organização complexa e uma extensa rede que integra ambulatórios, clínicas, laboratórios e hospitais privados para complementar o sistema formado pelas unidades públicas de saúde.

Ainda de acordo com Azevedo (2003, p. 45), as unidades de saúde privadas podem ser vinculadas ao sistema municipal, estadual ou federal como prestadores de serviços.

As ações de saúde realizadas no âmbito do SUS são executadas através dos sistemas de saúde municipais, nos quais os ambulatórios podem ser públicos, a exemplo dos postos de saúde, centros de saúde e postos de assistência médica, ou privados, como os consultórios e as clínicas particulares conveniadas.

Nesse sentido, as mudanças nas ações do SUS com a descentralização, que incumbiu uma gestão para os municípios brasileiros, dentre as ações básicas de saúde nos postos de saúde municipais e através dos programas especiais como, por exemplo: programa da saúde da família, agente comunitário de saúde, etc. favoreceram a saúde do trabalhador (SANTOS et al., 2012).

As políticas públicas de segurança e saúde envolvem também a criação de um número maior de postos de saúde, prontos-socorros e laboratórios credenciados e eventualmente, hospitais em alguns municípios que possuem carência de atendimento básico de saúde.

As posturas qualitativas que geraram mudanças na qualidade de vida do cidadão, impactaram profundamente as finanças do Estado em face do esforço do governo em gerir programas a partir do SUS na atuação do sistema de saúde reconhecendo sua importância.

Neste sentido, avalia-se que o SUS tem um caráter efetivo de participação de diversos órgãos públicos e privados que compõem o seu quadro de atuação através de parcerias, o processo de descentralização existente estabelece a responsabilidade das esferas municipal, estadual e federal na assistência à saúde do trabalhador e na criação de programas de melhoria dos ambientes de trabalho (BUENO, 2007).

Os programas de prevenção para enfermidades ocupacionais devem ter como referência os indicadores epidemiológicos, com cobertura para todos os servidores e suas famílias, desenvolvida em parceria com o programa do próprio SUS e outros, cuja finalidade é melhorar as condições ambientais de trabalho com atenção aos riscos presentes nos locais de atividade e os possíveis agravos à saúde

do trabalhador e à população em geral através do uso de postos de saúde em vários municípios brasileiros.

Conforme Bueno (2007, p. 27) “a expansão dos serviços básicos de saúde prestados às populações em razão de sua expansão envolve a mobilização dos gestores de todas as esferas da saúde pública no apoio concernente à regulação e fiscalização”.

Assim, a regulação da assistência propriamente dita foi se instituindo como uma forma de manter a eficácia nos processos através da avaliação dos erros e da melhoria da assistência à saúde e do controle financeiro-administrativo. Os mecanismos instituídos inicialmente guardam uma união com métodos de qualidade nos trabalhos prestados.

Neste contexto, as condições exigem a reformulação, a organização e o funcionamento dos respectivos sistemas de saúde, tendo em vista a redução dos recursos disponíveis para o setor, assim como para a política social em geral.

Embora se reconheça os esforços do Estado brasileiro na universalização da assistência à saúde, o processo de descentralização da saúde tem gerado uma crise no serviço prestacional, os municípios e o Estado dispõe de verbas que não permitem estruturar devidamente as condições de atendimento e o direito à saúde se torna um completo cenário de escassez de recursos. Os atendimentos se estabelecem na forma mínima de assistência (SANTOS et al., 2012).

Como direito social, a assistência à saúde se constitui em dever do Estado em determinar os meios e os recursos para a sua implantação, na medida em que se pode comparar o direito à saúde com o direito à vida, sendo este um direito fundamental extremo que deve ser preservado.

Se o Estado falha em sua responsabilidade de manter a prestação de serviços de saúde, impõe-se um processo de judicialização que se refere ao direito do sujeito de aplicar ao Estado a imposição legitimada pelo judiciário de “atendimento efetivo, obtenção de medicamentos e exames, procedimentos cirúrgicos e outros” (SILVA, 2010, p. 7).

Conforme Ribeiro (2010, p. 1):

A destinação e os valores que serão utilizados para a implementação dos serviços públicos, dependem de decisão política quando da elaboração do orçamento público. Neste contexto há que se falar no desenvolvimento de

políticas públicas, antes, porém, a sua inclusão no orçamento. É o Estado que elege quais despesas pretende realizar e suas respectivas prioridades. Há então o controle quanto aos gastos públicos que o Estado deve realizar nos termos da legislação aplicável, sob pena de nulidade da despesa realizada.

Por isso, a destinação de verbas para a assistência à saúde se esbarra em decisões políticas associadas à execução do orçamento, muitas vezes a assistência à saúde tem seus recursos reduzidos.

#### 2.4 DA DISCRICIONARIEDADE DO ESTADO

O mecanismo de participação da população se constitui em principal ferramenta para a consecução de políticas, condizentes com as exigências de uma sociedade democrática e participativa, dependem de mecanismos que representam um conjunto de ações de elaboração do orçamento público em parceria com diversas entidades do poder público em todas as fases de elaboração, aprovação, execução e controle, as influências do poder discricionário dos agentes políticos na execução do orçamento, bem como os problemas existentes na atual estrutura orçamentária, principalmente, no que tange ao relacionamento desta com o planejamento e as formas de controle.

Nas últimas décadas o Estado apresentou-se como ineficiente em relação ao desempenho das atividades prestacionais, perdendo diante da descentralização o controle das atividades ao relegar ao município aos estados a responsabilidade pelo sistema de saúde, em razão da questão do orçamento público reduzido.

A fragilidade do Estado relacionada a ineficiência na prestação de serviços reduz substancialmente o poder discricionário que se traduz no poder do qual é legitimada a Administração Pública para agir sempre acima dos interesses particulares e se conduzir pelos limites legais na defesa da justiça social nas políticas públicas (MEIRELLES, 2008).

Aguiar (2011, p. 82) avalia que o poder discricionário pode ser definido como um poder “conferido por lei ao administrador público para que nos limites nela previstos e com certa parcela de liberdade, adote, no caso concreto, a solução mais adequada que satisfaça o interesse público”.

O poder discricionário tem sua gênese no processo de separação de poderes que determina os atos que serão reservados a cada poder: administrativo, legislativo e judiciário. Os atos do Estado têm um determinado tempo e planejamento para ser atingido, a exemplo das políticas de saúde, portanto, trata-se de um poder discricionário. Na figura 4 demonstram-se as diferenças entre poder discricionário e poder vinculado do Estado que possui critérios, fundamento constitucional e controle judicial. Vejamos:

	<b>Poder Discricionário</b>	<b>Poder Vinculado</b>
<b>Definição</b>	Permissão legal para que a Administração escolha a melhor opção para o interesse público.	Exercido com base apenas na lei, sem possibilidade de interferência da vontade administrativa.
<b>Crítérios utilizados para a prática do ato</b>	Conveniência e oportunidade.	Adequação do ato com a situação prevista em lei.
<b>Fundamento constitucional</b>	Reserva administrativa (princípio da separação dos poderes).	Reserva legal (princípio da legalidade).
<b>Controle judicial</b>	Não incide sobre o mérito do ato discricionário.	Incide sobre todos os aspectos do ato vinculado.

**Figura 4 – Diferenças entre poder discricionário e poder vinculado**  
 Fonte: Aguiar (2011)

Mostrou-se oportuno salientar uma questão relevante acerca da discricionariedade do Estado. Martins Júnior (2009, p. 24) avalia “a importância da moralidade administrativa ganha expressividade quando atinge a discricionariedade ou omissão do poder vinculado”.

A noção de moralidade na Administração Pública tem como foco a análise da delimitação da ação discricionária. Esse termo moralidade tem sua gênese na questão do desvio de poder elaborada por Maurice Hauriou<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Jurisconsulto francês. (Ladiville 1856-Toulouse – 1929) Uno de los principales autores del derecho público francés, entre sus obras destacan Principios de derecho público (1910) y Manual de derecho administrativo (1929) .Cf: Biografías y Vidas, 2004-2015. **Revista OnLine**, 2015, p. 1.

Martins Júnior (2009, p. 25) se refere que essa dimensão não se trata de fragilidade do Estado, mas de uso indevido de poder e de recursos, como bem afirma: “O uso indevido que o administrador faz do poder discricionário”.

Nesse campo de interpretação, a moralidade se aplica à ocorrência de ilegalidades, cujo maior problema se efetiva com o desvio de poder do ato administrativo que implica em ação judicial para submeter o Estado à ação discricionária fundamentada no princípio da moralidade administrativa.

#### **2.4.1 Limitação da Discricionariiedade do Estado nas Políticas Públicas de Saúde**

Conceituar Política Social parte de um termo que foi implementado pelas Ciências Sociais e pode ser confundida como políticas públicas, as quais definem as diretrizes para a promoção de políticas sociais. As Políticas sociais implicam em ações e medidas que envolvem direitos de cidadania e bem-estar e determinam um grande impacto na qualidade de vida das populações.

Sarreta (2009) analisa que nesse campo de política social, as políticas públicas de saúde são pautadas em um fundamento que se processa no entendimento da noção de saúde a partir de pressupostos culturais e sociais da sociedade brasileira.

Behring e Boschetti (2006, p. 58) avaliam que:

Quanto à construção histórico-estrutural das políticas sociais existem modelos de assistência à saúde que influenciaram e determinaram a própria concepção de saúde e as medidas adotadas em sua efetivação da estrutura dos serviços de saúde no âmbito do Estado, com ênfase na prevalência do conhecimento/saber científico como um imperativo para a imposição de medidas.

Desse modo, as políticas sociais fazem parte integrante das políticas públicas, ou seja, das ações do governo que favorecem a população. Nem toda ação governamental é política social, mas exige uma estrutura legal e constitucional para ser aplicada, os seus resultados se refletem no impacto de lutas sociais pela cidadania e pelas vias democráticas de participação.

Conforme Martino Júnior (2014, p. 4), a Organização Mundial de Saúde (OMS), define a saúde como completo bem estar físico, mental e social e não

apenas a ausência de agravos”. Enquanto que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) em seu art. XXV, n. 1, considera: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar (...)”.

Embora se possa buscar abarcar o termo, não existe uma definição exata do termo, Vianna (2002, p. 2) avalia que “política social enfatiza uma dinâmica histórica e social que reitera uma ação para promover políticas públicas para todos os atores sociais”.

A Constituição Federal, favoreceu um arcabouço jurídico necessário para garantir através da universalização da saúde, a determinação em relação às responsabilidades Municipais, Estaduais e Federais que favorecem a articulação e as condições de atendimento. No entanto, a assistência à saúde se concretiza na sociedade a partir do princípio da “reserva do possível”, quando se propõe a desenvolver políticas de universalização da saúde.

Desse modo se concretizam grandes limitações quanto ao poder discricionário do Estado em face da redução de verbas orçamentárias, recursos técnicos, tecnológicos e humanos que produzem um fracasso no atendimento à saúde, impondo a necessidade de medidas jurídicas para que o Estado possa desenvolver políticas que possam assegurar políticas públicas de saúde eficientes.

O modelo descentralizado de saúde impôs limitações ao poder discricionário do Estado, na medida em que os municípios, estados e a União não reservam à assistência à saúde os recursos que se impõem em um sistema que se pretende universalizado. Segundo Martino Júnior (2014, p. 8), “as consequências da ampliação do direito à saúde ocasionou um impacto nas finanças públicas e uma crise no Sistema único de Saúde”.

Em comparação à crise da assistência à saúde nos anos 90, se evidencia a redução da capacidade do estado em face de uma demanda cada vez mais frequente de sujeitos que necessitam de assistência à saúde. Nesse contexto, o estado tinha à frente muitos desafios no que concerne à garantia e efetividade do direito à saúde e desenvolver estratégias para tornar o sistema de saúde mais eficaz (MARTINO JÚNIOR, 2014, p. 9).

A crise no sistema de saúde se tornou inevitável, mesmo com o reconhecimento de um direito fundamental relevante garantido pela Constituição Federal brasileira, o direito à saúde, tem se manifestado de forma ineficiente diante

da redução de recursos materiais condicionados pelo orçamento dos municípios, Estado e da própria União.

O Poder judiciário tem um importante papel na efetivação de políticas públicas, por meio de fiscalização e controle daquelas voltadas a assistência à saúde, no entanto desconhece o alcance total das atividades, na medida em que existe uma certa independência entre os três poderes, impedindo as ações que possam interferir diretamente no planejamento de tais políticas como um todo.

### 3 PRINCÍPIOS E PARADIGMAS ATUAIS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

#### 3.1 PRINCÍPIO RESERVA DO POSSÍVEL

A noção de “reserva do possível” está relacionada às alegações de insuficiência de recursos financeiros do Estado para assegurar a discricionariedade nas políticas de saúde (FALSARELLA, 2012).

Portanto sob essa alegação o Estado tem se eximido da responsabilidade de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais associados à prestação e serviços de saúde.

Canotilho (2008, p. 107) analisa que:

1. “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. Reserva do possível significa a “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
4. Reserva do possível significa indicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Nesse sentido, o princípio da reserva do possível no campo de ação das políticas sociais tem se constituído em uma alternativa para reduzir ao mínimo possível os direitos sociais em saúde estabelecidos na Constituição Brasileira.

A proposição de uma estrutura de saúde universalizada impõe ao Estado reservas orçamentárias que não atendem às necessidades da amplidão do sistema, gerando assim ineficácia e negligência.

Nessa perspectiva, o Estado especifica os recursos possíveis que não atendem toda a demanda de necessidades dos usuários do sistema de saúde. No que se refere ao processo de descentralização e da responsabilidade, por exemplo, nos municípios brasileiros a assistência à saúde não atende ao mínimo de dignidade ao usuário, carência de medicamentos, de leitos para internação, de recursos mínimos para realizar qualquer tipo de cirurgia e outros.

Scaff (2006, p. 147) analisa que:

O Estado não cria recursos, mas apenas gerencia os que recebe da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que gerência, seja através de arrecadação própria ou de empréstimos obtidos junto ao mercado. Quem estabelece para o Estado estas metas e o volume de recursos a serem utilizados para seu alcance é a sociedade através de seu ordenamento jurídico.

Desse modo, o princípio da reserva do possível, formulada de início na Alemanha surgiu para limitar os direitos fundamentais dos usuários da prestação de serviços de saúde do Estado, sendo atualmente utilizada como forma de eximir o Estado brasileiro das responsabilidades em face da delimitação de recursos financeiros para atender a universalidade do sistema. (FALSARELLA, 2012)

### 3.2 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Dal Zot Flores (2007), analisa que o Princípio do Mínimo Existencial atenta para que o Estado obtenha as condições de manter o serviço prestacional para assegurar a dignidade dos direitos fundamentais e sociais da pessoa. Segundo a autora, para o Estado, os direitos de assistência à saúde são onerosos e exigem um planejamento eficaz de diretrizes orçamentárias, bem como de vontade política para cumprir as garantias do mínimo existencial.

Conforme Weber (2013, p. 1):

O fato é que não é possível fixar abstratamente o conteúdo desse mínimo existencial. Suas exigências podem variar de acordo com as condições econômicas, culturais e sociais de um povo. Alguns parâmetros, no entanto, são, hoje, reconhecidos quanto ao que é necessário para uma vida digna. Os direitos sociais como a saúde, a educação e a habitação estão entre eles. Portanto, como uma primeira delimitação, pode-se afirmar que o conteúdo do mínimo existencial é constituído basicamente pelos direitos fundamentais sociais, sobretudo aquelas "prestações materiais" que visam garantir uma vida digna.

Ao se tratar de definir o mínimo existencial é necessário conhecer nas diretrizes jurídicas, os parâmetros que definem a sua conjuntura concreta como recurso aplicado na assistência à saúde.

Levando em consideração a questão de que o mínimo existencial não está expresso precisamente na Constituição, determina-se no entanto, que o Estado deve cumprir com a obrigação de assegurar a assistência à saúde por meio de serviços prestados gratuitamente (WEBER, 2013).

Os direitos fundamentais asseguram que o sujeito tenha as condições mínimas para sobreviver dignamente, o que se compreende nesse rol de direitos a assistência médica, preventiva e curativa. Portanto, os direitos adquiridos não deverão retroceder ao mínimo existencial.

Segundo Dal Zot Flores (2007, p. 75) avalia que:

O direito às condições mínimas de existência humana digna, ainda que não tenha dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais, entre eles, o princípio da liberdade, já que sem o mínimo existencial cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e, por consequência, desaparecem as condições iniciais da liberdade.

Compreende-se que, o direito às condições mínimas de existência se refere ao básico que se constitui em um direito subjetivo do sujeito, nesse sentido, as normas constitucionais representam no judiciário, por meio da judicialização uma forma de garantir a efetividade de direitos impondo ao Estado um serviço prestacional, que muitas vezes beneficia somente os cidadãos que pleiteiam no judiciário esses direitos.

### 3.3 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Silva e Nogueira (2010) analisam que a aplicabilidade do Princípio da Máxima Efetividade que tem se constituído em uma postura do Supremo Tribunal Federal (STF), na medida em que com a crise no sistema de saúde diante de sua incapacidade de ineficácia em assegurar a efetividade no cumprimento das normas constitucionais.

Com a carência de recursos materiais e humanos no sistema de saúde pública, existem muitas críticas em relação à efetividade da norma em sua concretude real, considerando-se que a lei maior deve ser aplicada na prática, não bastando apenas sua força normativa para que tenha efetividade, mas sua integração como norma constitucional necessita de eficácia para que não corra o risco de se tornar uma lei sem praticidade ou morta. (SILVA; NOGUEIRA, 2010).

Gebran Neto (2002, p. 105):

O princípio da supremacia da Constituição é o primeiro e indispensável elemento a ser considerado em todo e qualquer processo de interpretação

das normas jurídicas. A aplicação desse postulado elementar deve encimar o trabalho desenvolvido pelo exegeta. A supremacia da Constituição é pressuposto de todo o Direito Constitucional moderno, e deve orientar fundamentalmente toda a interpretação do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

O Princípio da Máxima Efetividade das diretrizes normativas é necessário para a adoção de medidas e ações políticas sociais para reverter a crise na discricionariedade do poder estatal.

Conforme Ventura et al. (2010, p. 1):

A efetividade do direito à saúde requer um conjunto de respostas políticas e ações governamentais mais amplas, e não meramente formais e restritas às ordens judiciais. As demandas judiciais não podem ser consideradas como principal instrumento deliberativo na gestão da assistência farmacêutica no SUS, mas admitidas como um elemento importante na tomada de decisão dos gestores e, muitas vezes, na melhoria do acesso aos medicamentos no âmbito do SUS. No contexto democrático brasileiro, a judicialização pode expressar reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e de instituições. O principal desafio é formular estratégias políticas e sociais orquestradas com outros mecanismos e instrumentos de garantia democrática, que aperfeiçoem os sistemas de saúde e de justiça com vistas à efetividade do direito à saúde.

Nesse aspecto, a judicialização é um processo que permite ao cidadão, pleitear os seus direitos diante de um Estado que apresenta deficiências, graves e emergentes, para assegurar no sistema de saúde a sua efetividade.

### 3.4 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A CF de 1988, determinou as previsões para promover e assegurar os direitos fundamentais, na medida em que o foram estabelecidas as fases para que esses direitos de natureza social sejam efetivados.

Meirelles (2008) avalia que é fundamental que esses direitos sejam reconhecidos e não sejam cercados por conflitos normativos, mas que obtenham um amparo jurídico adequado e para que não venham a ser revogadas ou mesmo sofrer restrição ou limitação que determine desproporcionalidade ou arbitrariedade da norma infraconstitucional de um direito de natureza social no qual se atribui direito de defesa.

Sarlet (2007) analisa que o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, “poderia ser considerado como o fundamento de normas constitucionais que

protegem o cidadão contra atos retroativos do Estado”. Portanto, a quando se trata de direitos adquiridos e especialmente de cláusulas pétreas, se reconhece poderão ocorrer limitações á prestação de serviços do Estado, no entanto, não poderá ocorrer medidas que causem retroatividade em direitos já adquiridos.

A finalidade do princípio é assegurar e garantir a confiança jurídica no que se tornou efetivo na norma constitucional. A existência de conflitos se gera quando em face de tais direitos adquiridos, o Estado não atende à discricionariedade que se impõe como responsabilidades inerentes aos princípios constitucionais (SANTOS et al., 2012).

## 4 DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

### 4.1 DEFINIÇÃO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Antes de compreender a definição do termo judicialização é necessário analisar que existem diferenças entre: Judicialização e juridicização. No que concerne ao processo de juridicização diz respeito à discussão dos conflitos sob a ótica jurídica sem que sejam aventadas uma demanda judicial, mas partindo do diálogo e da mediação por meio de litígios no Ministério Público (BARROSO, 2006).

O termo judicialização representa no direito brasileiro a resolução de questões referentes aos direitos fundamentais, a exemplo da assistência à saúde, que possam ser levadas ao Poder Judiciário, garantindo ao sujeito legitimado que o Estado lhe ofereça o serviço de forma ideal e total, por não ter oferecido, em razão de sua ineficácia na prestação desses serviços.

Conforme Barroso (2006, p. 2):

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.

Desse modo, se houve conquistas sociais referentes à previsão dos direitos fundamentais, cuja Constituição Federal estabelece a proteção de tais direitos, cabe ao judiciário evitar que esses direitos não tenham efetividade concreta.

Nesse contexto, a judicialização, portanto, representa na sociedade um processo de natureza jurídica que remonta ao modelo jurídico positivista vigente no século XIX. No entanto, deve-se considerar a influência direta da Revolução Francesa no processo de jurisdição única e a ampliação do poder dos juízes (SILVA, 2010).

No contexto democrático contemporâneo, o fenômeno da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais.

O fenômeno envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos vinculados ao direito de saúde individual e coletiva.

#### 4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA

O reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo é uma conquista recente, fundamentada nos ideais liberais e das bases filosóficas do Iluminismo. Portanto, os direitos individuais são a mais importante garantia do homem na sociedade, pois civilmente o Estado, mediante a lei, tem a responsabilidade de manter a prestação de serviços de saúde pública coletiva e individual (STEINMETZ, 2010).

Sob esse enfoque, tem-se evidenciado que a CF determinou que as garantias obtidas com a consolidação das bases do Estado democrático de direito, partindo-se da noção do estado de bem estar social e de garantia dos direitos fundamentais, resultou na aplicação de medidas do judiciário que se colocam à frente na manutenção das garantias sociais por meio da exigência do cumprimento dos serviços de assistência à saúde (VENTURA et al., 2010).

Conforme Chiaffi e Barata (2009, p. 1839):

Após a aprovação da Constituição Federal Brasileira de 1988 tornou-se cada vez mais frequente a interferência do poder judiciário em questões que, primariamente, são da competência dos poderes executivos ou legislativos. A este novo papel exercido pelo Judiciário na garantia de direitos individuais tem sido atribuída a noção de judicialização. No campo específico da política de saúde, a judicialização tem se traduzido como a garantia de acesso a bens e serviços por intermédio do recurso a ações judiciais.

Com a judicialização reforçam-se as garantias dos direitos fundamentais dos sujeitos face aos direitos não concretizados, reconhecendo que tal medida de pleito junto ao judiciário representada por ações contra o Estado passou a ter prevalência após o processo de redemocratização do país.

Desse modo, o processo de judicialização tem se evidenciado na realidade brasileira, diante da necessidade de assegurar a discricionariedade do Estado face as suas obrigações na realização de políticas públicas que possam assegurar os direitos fundamentais.

Steinmetz (2010, p. 4488) considera que no que concerne à judicialização:

Do ponto de vista metodológico, é preciso desenvolver uma abordagem dogmático-constitucional combinada com uma proposta de redescritção crítica do dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais que ainda é controversa. O Supremo Tribunal Federal não formulou ainda uma teoria explícita e sistematizada sobre esse dever, contudo o cumpre satisfatoriamente; o dever de aplicação imediata requer uma interpretação constitucional contextual e que leve em consideração as especificidades dos diferentes direitos e garantias e as circunstâncias relevantes em cada caso concreto.

Na visão do autor, é necessária uma sistematização, o que não equivale a um processo de regulamentação específica para os casos de judicialização, para que se obtenha os efeitos almejados.

Nesse sentido, cabe ao Judiciário resolver os conflitos sem criar um estado desordenado de demandas judiciais para que não se gere a mesma situação de não efetividade nos processo de garantia dos direitos dos cidadãos que venham a pleitear algum direito ou garantia (STEINMETZ, 2010).

No ímpeto de manter as garantias constituídas o STF tem se manifestado pela necessidade de aplicar em sua competência os direitos fundamentais. Essa interpretação se impõe como uma hermenêutica de garantia da norma jurídico-constitucional por meio de intervenção nas políticas públicas.

A justificativa para a judicialização, para além das garantias constitucionais que se firmam prestação de serviços do Estado em serviços que assegurem os direitos fundamentais, repousa em outra visão: na necessidade de impor ao Estado a realização de sua função social tendo como foco o processo de alocação de recursos materiais, tecnológicos e humanos para assegurar a assistência devida (MARTINHO JÚNIOR, 2014).

Desse modo, a judicialização pode ser considerada um tipo de intervenção cujo ponto de vista das funções associadas ao orçamento que se constitui em promover: os devidos ajustamentos na alocação de recursos para a assistência aos direitos fundamentais; ajustamentos no processo de distribuição de renda; manutenção da estabilidade econômica.

A garantia de medicamentos dos quais o indivíduo necessita para manter-se sobrevivendo, tratamento médicos e cirúrgicos tem implicado em uma grande diversidade de intervenções realizadas pelo judiciário para assegurar o direito de sua obtenção.

Segundo Pepe et al. (2010, p. 1) deve-se considerar que:

Os mandados judiciais podem interferir tanto nas questões orçamentárias como administrativas, ao determinarem a entrega de medicamentos que não são de responsabilidade do ente federativo, réu na ação judicial, conforme as pactuações existentes, ou mesmo quando de responsabilidade do réu, mas não programados pelos serviços.

Diante dessa realidade, os autores analisam que atualmente existem inúmeros desafios referentes à assistência em saúde, frente ao aumento da judicialização no sentido de atendimento às ordens judiciais e ao crescimento dessa demanda.

#### 4.3 DIREITO À SAÚDE: A ADOÇÃO DE ESTRATÉGIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

Silva (2010) analisa que no fenômeno da judicialização da saúde, existe notadamente um conflito entre o direito individual e coletivo à saúde e a implementação das políticas públicas pelo Estado. Com a ingerência do Estado com a aplicação de medidas de universalização da saúde, o descontrole sobre o processo de descentralização, a carência de recursos dos municípios e a má vontade política se entrecruzam para dificultar aos usuários do sistema de saúde, o acesso aos direitos.

Cabe destacar o discurso pronunciado pelo Ministro Gilmar Mendes, acerca do fenômeno da judicialização da saúde, demonstrando os conflitos enunciados entre as decisões do STF e a gestão administrativa:

(...) O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro das políticas públicas, as decisões judiciais tem significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais.

Nesse contexto, muitas demandas judiciais se avolumam no judiciário com pleitos de assistência à saúde em uma grande diversidade de situações que

impactam os recursos do Estado. Ao receber uma decisão judicial, o Estado deverá urgentemente obter em tempo hábil os medicamentos e tratamentos para atender aos usuários, e se não tomar as providências imediatamente, serão submetidos a multas diárias ou proibição de concorrer em licitações (PEREIRA, 2010).

Pode-se evidenciar que a questão repousa nas dificuldades associadas ao poder de custeio do Estado para assegurar as diversas ações impetradas diante de tais limites orçamentários sem afetar diretamente outras políticas públicas importantes.

Nesse contexto, sempre existem polêmicas em relação ao ato exercido e ao ordenamento jurídico. Na perspectiva do Poder Judiciário, a questão envolve a necessidade de manter os direitos fundamentais vinculados às garantias constitucionais (MARTINO JÚNIOR, 2014).

Silva (2010, p. 4) avalia que para minimizar as problemáticas referentes ao crescente número de apelos judiciais de natureza individual, será mais vantajosa as ações coletivas:

As vantagens do ingresso de ações coletivas em detrimento das individuais são óbvias: economia de tempo, dinheiro, trabalho e atingimento de um número muito maior de pessoas. O principal exemplo é a Ação Civil Pública, pois seu objetivo precípua é assegurar a consecução de direitos fundamentais de Terceira Dimensão, de titularidade coletiva e difusa.

Avaliando-se a questão à luz da responsabilidade do Estado, deve-se considerar que existe um custo elevado demandado pelas ações judiciais impetradas contra o Estado, atualmente a saúde é o direito mais cogitado em termos de gastos orçamentários (PEREIRA, 2010).

O crescimento na demanda de casos judiciais, envolvendo usuários do Sistema de Saúde, tem aumentado de forma exponencial a cada ano, em números de casos e conseqüentemente em custos despendidos aos cofres públicos.

Diante da dimensão da pressão sobre as políticas sociais do Estado e a imposição de atos discricionários, a ação do judiciário tem buscado substituir o mínimo existencial pela aplicação da reserva do possível para que as garantias sociais dos cidadãos tenham o fortalecimento necessário e sua plena efetividade (MARTINO JÚNIOR, 2014).

Pereira (2010, p. 27) avalia que:

É na complexidade desse contexto, em que se contrapõem, de um lado, a garantia do direito fundamental à saúde, e, de outro, a capacidade financeira do Estado, que o presente trabalho procurou abordar a controversa questão do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, decorrente de decisão judicial.

Desse modo, pode-se afirmar que o fenômeno da judicialização da saúde tem favorecido aos usuários que recebem do Poder Judiciário, o direito de serem atendidos em suas necessidades. O debate atual é acirrado e envolve a necessidade de extensas discussões à luz do direito e da realidade social e econômica do país, levando-se em consideração que, existe um choque de valores e de interesses que estão se contraponto lado a lado.

Ao mesmo tempo em que se vislumbram a necessidade de efetividade dos direitos fundamentais conquistados, criam-se uma condição que se estendem da realidade sobre os princípios orçamentários dos municípios e Estados e da União, na aplicação da reserva do possível ao invés do mínimo existencial (STEINMETZ, 2010).

A existência do princípio de reserva do possível que tem se constituído na interpretação e na postura jurídica do STF tem como foco as garantias constitucionais previstas em face do direito à saúde (STEINMETZ, 2010).

A polêmica que tem gerado debates se refere aos medicamentos que incorporaram à responsabilidade de gratuidade do SUS, somente para adquirir esses medicamentos tramitaram processos judiciais, em número crescente com apelos no judiciário que chegam às custas de um bilhão de reais (SILVA, 2010).

No caso dos municípios a posição é ainda mais crítica, diante da necessidade de manter as custas sociais do sistema de saúde, e com o orçamento incapaz de atender a grande demanda, afeta diretamente as políticas de saúde que se apresentam sempre incorporadas ao exímio mínimo existencial, com a carência de recursos humanos e materiais, além de diversos fatores existentes em cada região.

Os custos das demandas jurídicas oneram o Estado em 2% do orçamento. (SILVA, 2010, p. 1), a literatura especializada aponta a questão como crítica e a necessidade de uma contenção saudável dos problemas no campo das políticas públicas de saúde.

A manutenção do princípio do mínimo existencial limita profundamente a discricionariedade administrativa do estado em relação às políticas sociais de assistência em direitos fundamentais e sociais.

Silva (2010, p. 1) analisa que:

Há muito se questiona a viabilidade constitucional da judicialização da saúde, a tentativa de obter por via judicial prestações pouco ou não implementadas em políticas públicas pelo Poder Executivo, que tem a função primária de fazê-lo. Os direitos sociais devem ser implementados pelo Executivo, da forma que este julgar mais conveniente. Mas entende-se que a máxima da Constituição sobre o direito de petição (“art. 5º, XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) é plenamente válida nessa questão. É inegável que o Brasil não conseguiu até hoje fornecer a todos os cidadãos uma condição de vida digna, mormente em saúde. Cabe dessa forma ao Judiciário, como guardião do ordenamento jurídico brasileiro, quando concitado a fazê-lo, zelar para que esses direitos não fiquem esquecidos. Mas essa intervenção não pode ser feita sem critérios.

Sob essa perspectiva, embora questionada, judicialização da assistência à saúde limita a discricionariedade administrativa do Estado.

A implementação de ações para a manutenção dos direitos sociais não deverá se submeter ao mínimo existencial que é caracterizado como política social do Estado. A saúde é uma condição e sobrevivência humana e deverá estar acima da dogmática jurídica, quando se refere à ordem política e a discricionariedade das políticas públicas.

Nesse sentido, os direitos sociais deverão estar acima dos riscos de se tornar uma prestação cada vez mais ineficaz e reduzida na capacidade de atendimento às necessidades concretas da população.

## 4 CONCLUSÕES

O estudo permitiu analisar a importância de se discutir sobre judicialização da saúde em face da realidade brasileira atual. Considerou-se muito relevante os conhecimentos expressos que permitiram responder aos objetivos e problemática dessa pesquisa.

O foco desse estudo, se deu na análise dos conflitos que podem ser gerados com a judicialização da saúde frente à discricionariedade do Estado. Diante da crise do sistema de saúde, restou evidenciado que o Princípio do Mínimo Existencial tem gerado polêmica, diante do desrespeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais e sociais garantidos na Constituição Federal, que são cotidianamente violados.

Nesse contexto, analisa-se que a judicialização da saúde pode e vem sendo considerada, como uma forma alternativa dos usuários dos serviços de saúde apelar pelos seus direitos, frente a um sistema de saúde deficitário. Foi observado controvérsias na literatura especializada, existindo concepções diferentes: a noção de que é necessário haver um mecanismo de ação que possa tornar as ações coletivas, no lugar das individuais, considerando a necessidade de uma contenção planejada, ao que se tem atualmente no cenário real nas demandas advindas dos mandados judiciais, em face da limitação da discricionariedade do Estado em desenvolver as políticas de saúde sob a ótica do princípio da reserva do possível.

Ao contrário, o que se manifesta atualmente é um quadro de crise no sistema público de saúde, o desrespeito aos direitos fundamentais dos usuários que não recebem a prestação de serviços de forma adequada e eficiente, especialmente nos municípios e capitais dos Estados brasileiros, que possui uma grande carência de medicamentos específicos, de recursos humanos e materiais, em razão do orçamento público, que determina verbas insuficientes para a promoção, prevenção e tratamento de saúde pública coletiva.

Desse modo, as opiniões divergem entre os que consideram que o STF assegura as garantias constitucionais, impondo ao Estado garantir o princípio de reserva razoável ao invés do mínimo existencial. A constituição brasileira trata a saúde como um direito fundamental e social que deve ser implementado pelo

Estado. A judicialização da assistência à saúde foi uma alternativa diante do fornecimento ineficiente da prestação de serviços. Diante da limitação da discricionariedade do poder do Estado, no que se refere às políticas públicas de saúde, criaram-se conflitos pelo fato de que o Estado entrou em crise orçamentária pela alta demanda de serviços, promovidos pela universalização da saúde e pelos problemas associados a redução de verbas dos municípios e dos Estados para assegurar medicamentos, tratamentos e tecnologias para a realização de exames.

Com a expansão da judicialização da saúde houve um crescimento na demanda por processos judiciais e extrajudiciais contra o Estado. Desse modo, o Estado fragilizado tem limitado consideravelmente a assistência para o princípio do mínimo existencial, que fere a dignidade dos direitos fundamentais da pessoa. Essa realidade gerou a necessidade de intervenção judicial tendo a seguinte justificativa: É necessário o Estado manter a teoria da reserva do possível e não apenas o mínimo existencial e a ação do STF, é justificada pela manutenção das garantias legais conforme preceituado na Constituição Federal e portanto agindo como interventor nos casos de omissão do Estado.

## 5 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **Direito Administrativo Essencial**. 2. ed. Brasília: GranCursos, 2011.

ANDRADE, José Marco Rezende. **Limitação da discricionariedade na implementação de políticas públicas**. 2009. 79f. Monografia (Curso de Pós-Graduação em Direito Público) - Ordem Jurídica e Ministério Público - FESMPDFT, Brasília, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, P. Correia. **Novas diretrizes da saúde no Brasil**. São Paulo: Sumus, 2003.

ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12578/a-garantia-constitucionalmente-assegurada-do-direito-a-saude-e-o-cumprimento-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em:

BARBOSA, André Ribeiro; TEMOCHE, Maria Dora Ruiz. O uso do poder discricionário pelo administrador público como instrumento de justiça social. **Revista Eletrônica**, v. 6, n. 01, 2007. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/viewFile/100/70>>. Acesso em:

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **A proteção internacional do direito à saúde**. 2007. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Vanessa.doc](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Vanessa.doc)> Acesso em:

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social – fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, Biblioteca Básica de Serviço Social, 2006.

BIOGRAFÍAS y Vidas, 2004-2015. **Revista OnLine**, 2015. Disponível em: <<http://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/hauriou.htm>>. Acesso em:

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUENO, Luis Roberto Ribeiro. **Direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e seus desdobramentos políticos e judiciais: O caso do combate à AIDS**.

Monografia (Programa de Pós-Graduação em Direito Político Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

CANESQUI, A. Maria. **Avaliação de políticas e programas sociais: Conceitos e tipos de pesquisa.** São Paulo: Manole, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Felipe Grangeiro de. Os direitos fundamentais à luz do princípio da proibição do retrocesso social e da cláusula de reserva do possível. **E-Gov. Portal de E-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento.** 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-direitos-fundamentais-%C3%A0-luz-do-princ%C3%ADpio-da-proibi%C3%A7%C3%A3o-do-retrocesso-social-e-da-cl%C3%A1usula>>. Acesso em 10/01/2022.

CICCO FILHO, José Alceu. **Colaboração do jusnaturalismo para o surgimento do fenômeno da codificação e dos direitos universais.** 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_75/artigos/Alceu\\_rev75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/artigos/Alceu_rev75.htm)>. Acesso em 10/01/2022.

CHIAFFI, Ana Luíza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 25(8), pp. 1839-1849, ago. 2009.

CUPERTINO, Luiz Roberto Boettcher. **A origem dos Direitos Humanos.** Disponível em: <[http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/artigo0001\\_origem\\_dos\\_direitos\\_humanos.pdf](http://al.go.leg.br/arquivos/asstematico/artigo0001_origem_dos_direitos_humanos.pdf)>. Acesso em 15/01/2022.

DAL ZOT FLORES, Gisele Maria. Mínimo existencial: Uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Justiça do Direito**, v. 21, n. 1, p. 74-83, 2007.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico.** Curitiba: Juruá, 2007.

DEGANI, Vera Catarina. Vigilância à saúde: Uma breve reflexão sobre a saúde individual e coletiva. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, v. 20, p. 49-57, Porto Alegre, 1999.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado.** 2012. Disponível em: <[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_christiane\\_mina\\_out2012.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf)>. Acesso em 16/01/2022.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente et al. O processo histórico de construção do Sistema Único de Saúde brasileiro e as novas perspectivas. **Revista Âmbito Jurídico On Line.** 2006. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7781](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7781)>. Acesso em 22/01/2022.

GÓIS, Vander Lima Silva de. **Desafios na efetivação do direito à saúde fundado no paradigma da dignidade humana.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Desafios.pdf>> Acesso em 02/02/2022.

GUARNIERI, Pietra Carvalho. A questão da comunicação no CEREST e nas instâncias do controle social: primeiros apontamentos no estado de São Paulo. **Anais... X Conferência Brasileira de Comunicação e Saúde – Com Saúde 2007.** Disponível em: <[http://www.projektoradix.com.br/arq\\_artigo/X\\_05.pdf](http://www.projektoradix.com.br/arq_artigo/X_05.pdf)>. Acesso em 02/02/2022.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais:** a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINO JÚNIOR, Randolpho. **Princípio da máxima efetividade da norma constitucional e o direito à saúde.** 2014. Disponível em: <<http://www.martinoegomes.com.br/site/uploads/bd5d8959-1827-b581.pdf>>. Acesso em 03/02/2022.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NUNES, Dymaima Kyzzy. As gerações de direitos humanos e o Estado Democrático de Direito. **Revista Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7897](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897)>. Acesso em 03/02/2022.

PRATES, Francisco de Castilho. Por uma perspectiva constitucionalmente adequada da jurisdição e do processo constitucional em um paradigma democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 128, 11 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4320>>. Acesso em 03/02/2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde.** 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em 10/02/2022.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, ago. 2010.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas e a escassez de recursos financeiros. **Revista Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em:

<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10522](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10522)>. Acesso em 02/02/2022.

SANTOS, S. S. B. S. et al. Avaliação da capacidade de gestão descentralizada da vigilância epidemiológica no Estado da Bahia. **Ciência & Saúde Coletiva**, 17(4), pp.873-882, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREIDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção de promoção da saúde na ordem jurídico-Constitucional: Uma visão geral sobre o sistema público e privado de saúde no Brasil. **Revista RIDE**, a. 2, n. 4, 2013.

SARRETA, F. O. **Educação permanente em saúde para os trabalhadores do SUS**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

SEGER, Mariana da Fonseca. **Concretização do Direito Fundamental à Saúde - Os princípios da prevenção, precaução e regulação**. X Salão de Iniciação Científica – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - Direito, PUCRS, 2009.

SILVA, Liliane Coelho da. **Judicialização da saúde**: Em busca de uma contenção saudável. 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13182&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9)>. Acesso em 10/01/2022.

SILVA, Márcia Emília da; NOGUEIRA, Luís Fernando. Aplicabilidade do princípio da máxima efetividade sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. **Revista Multidisciplinar da UNIESP. Saber Acadêmico**, n. 10, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.uniesp.edu.br/revista/revista10/pdf/sinteses/18.pdf>>. Acesso em 10/02/2022.

SILVA JÚNIOR, Luiz Carlos da. O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 10/01/2022.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Direitos da personalidade. **Revista Âmbito Jurídico**, Porto Alegre, maio 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8509](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509)> Acesso em 25/01/2022.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Direito e Justiça – Reflexões Jurídicas**. Temas de Direito Econômico e Tributário, São Paulo: Ed. Uri, a. 5, n. 8, jun. 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações

da literatura especializada. **Anais...** XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

TAIR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos:** Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetividade da proteção internacional dos direitos humanos. 2009. 321f. Tese de Doutorado (Direitos Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TREVISÓ, marco Aurélio Marsiglia. A efetividade dos direitos fundamentais sociais: Uma visão à luz da Teoria crítica dos Direitos Humanos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.49, n.79, p.21-29, jan./jun. 2009.

VASCONCELOS, João Batista. Liberdades e direitos humanos fundamentais no estado democrático de direito. **Cognitio Juris**, João Pessoa (PB), a. II, n. 6, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/11.html>>. Acesso em 22/02/2022

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **Em torno do conceito de Política Social:** Notas introdutórias. 2002. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fMariaLucia1.pdf>>. Acesso em 22/02/2022.

WEBER, Tadeu. A ideia de um mínimo existencial de J. Rawls. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 54, n. 127, jun. 2013.