

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS – UEA
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS – ESO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

RICARDO GOMES MONSORES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

MANAUS – AM
2018

RICARDO GOMES MONSORES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

Trabalho apresentado ao Curso de Direito, da Escola Superior de Ciências Sociais como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a MSc. Taís Batista Fernandes Braga

MANAUS – AM

2018

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas.

M755j Monsores, Ricardo Gomes
 Judicialização da Saúde e a Efetivação do Direito
 Fundamental / Ricardo Gomes Monsores. Manaus :
 [s.n], 2018.
 73 f.: il.; 31 cm.

 TCC - Graduação em Direito - Bacharelado -
 Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2018.
 Inclui bibliografia
 Orientador: Taís Batista Fernandes Braga

 1. SUS. 2. Saúde. 3. Judicialização. I. Taís Batista
 Fernandes Braga (Orient.). II. Universidade do Estado
 do Amazonas. III. Judicialização da Saúde e a Efetivação
 do Direito Fundamental



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

Ricardo Gomes Monsores

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a): Prof. Me. Taís Batista Fernandes Braga

Membro 2: Prof. Me. Denison Melo de Aguiar

Membro 3: Bel. Anselmo Cavalcante Guimarães

Manaus, 13 de dezembro de 2018

Dedico este trabalho aos meus pais, Flávio J. N. Monsores e Rosa Aparecida Gomes Monsores, por todo apoio e instrução dados a mim ao longo da minha vida e deste período glorioso de faculdade. A vocês todo o meu carinho, respeito e admiração. Amo-os.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus, meu Senhor e Salvador, que diariamente deu-me sabedoria e inspiração para a realização deste trabalho, abençoando-me em cada letra escrita nestes papéis. Muito fui inspirado durante meu período de faculdade por suas palavras expressas por intermédio de Mateus, no capítulo 25, versículos de 14 a 30, em que relata a distribuição dos talentos, os dons que nos concede. Muito me alegrarei nas palavras do Senhor: *“Parabéns, servo bom e fiel! Como te mostraste fiel na administração de tão pouco, eu te confiarei muito mais [...]”*.

Em segundo lugar, mas demonstrando imensa importância, meus pais, Flávio José do Nascimento Monsores e Rosa Aparecida Gomes Monsores, que muito fizeram para que finalmente este dia tão sonhado chegasse em minha vida. Foi árduo, choramos muito, sorrimos e, claro, vocês muito me incentivaram, meus mais calorosos e sinceros agradecimentos. Essa vitória é nossa!

Aos meus irmão e irmã, Michel Gomes Monsores e Fernanda Gomes Monsores, obrigado pelo incentivo e carinho.

Ao meu querido e amado padrinho, Stenislav Soares D’avila, você muito me inspirou para ser melhor a cada dia, tanto como pessoa quanto como acadêmico.

Como não agradecer aos Anjos de Loreto, amigos e companheiros na fé, que de forma particular estiveram junto comigo em minha caminhada.

Aos excluídos, amigos de faculdade, que juntos trilhamos o caminho árduo da graduação e obtivemos êxito juntos, obrigado por todo companheirismo e todo o carinho.

Claro, à minha orientadora, Prof.^a Taís Braga, obrigado por ter aceitado a difícil missão de orientar-me neste trabalho e por dividir esta alegria comigo.

Aos professores da Escola Superior de Ciências Sociais, mas em especial à 3 professores que me inspiraram a ser melhor, primeiro à Prof.^a Cláudia Martins, você me apresentou à matéria que me inspira, muito obrigado pela maravilhosa forma que lecionou; ao Prof.^o Ricardo Albuquerque, acima de tudo foi um companheiro e ajudou-me imensamente nessa caminhada; e, por fim, mas não menos importante, Prof.^a Gláucia Ribeiro, obrigado por dividir seu imenso conhecimento

comigo e dar-me a base necessária para que este trabalho fosse concluído.

A caso tenha esquecido de alguém peço perdão, mas a cabeça já não funciona da mesma forma que funcionava antes dessa caminhada.

“Dê-me, Senhor, agudeza para entender, capacidade para reter, método e faculdade para aprender, sutileza para interpretar, graça e abundância para falar, acerto ao começar, direção ao progredir e perfeição ao concluir.” (São Tomás de Aquino).

RESUMO

Este trabalho visa demonstrar e conceituar o direito à saúde como um direito fundamental, para tanto é analisado o contexto histórico, social e político pelo qual passou, bem como identifica as mazelas sociais de cada época. Expõem-se a divisão dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações, demonstrando, dessa forma o conteúdo normativo de cada um e localizando a dimensão a qual o direito à saúde foi inserido, isto a nível internacional. A nível nacional analisa-se, o contexto histórico da saúde pública no país e a evolução deste, até a contemporaneidade, onde encontra-se o Sistema Único de Saúde, como ocorreu a sua efetivação e seus desafios de implementação. Com algumas falhas no Sistema, percebeu-se o fenômeno da Judicialização da Saúde, sendo uma saída encontrada pelos usuários/pacientes do SUS para a real efetivação de seu direito à saúde. Contudo, há alguns reflexos negativos neste fenômeno social e jurídico, que será analisado e demonstrado, bem como aspectos processuais de extrema relevância. A metodologia de pesquisa utilizada neste trabalho foi bibliográfica, dedutiva e qualitativa. Conclui-se que a judicialização é um movimento social legítimo e que o Poder Judiciário não está usurpando para si a competência dos demais Poderes, porém a judicialização não amplia os direitos fundamentais, ele os restringe na medida em que os processos, em sua maioria, individuais, necessitam, para efetivação, do dinheiro que deveria estar sendo repassado para as políticas públicas coletivas de saúde. Ademais, os processos judiciais, em sua maioria, se utilizam do instituto da tutela de urgência para, se preenchidos os seus requisitos, efetivar este direito de extrema relevância social.

Palavras-chave: Saúde – Direito à Saúde – SUS – Judicialização

ABSTRACT

This work aims at demonstrating and conceptualizing the right to health as a fundamental right, for it is analyzed the historical, social and political context through which it has passed, as well as identifying the social problems of each epoch. It exposes the division of fundamental rights into dimensions or generations, thus demonstrating the normative content of each one and locating the dimension to which the right to health has been inserted, this at the international level. At the national level, we analyze the historical context of public health in the country and the evolution of this, until the contemporaneousness, where the Unified Health System is located, as it occurred its implementation and its implementation challenges. With some failures in the System, the phenomenon of the Health Judicialization was perceived, being an exit found by SUS users / patients for the actual realization of their right to health. However, there are some negative repercussions in this social and legal phenomenon, which will be analyzed and demonstrated, as well as procedural aspects of extreme relevance. The research methodology used in this work was bibliographic, deductive and qualitative. It is concluded that the judicialization is a legitimate social movement and that the Judiciary is not usurping the competence of the other Powers, but the judicialization does not extend the fundamental rights, it restricts them to the extent that the processes, in their majority , need, for effectiveness, the money that should be passed on to collective public health policies. In addition, judicial proceedings are mostly used by the institute of emergency protection, if their requirements are fulfilled, to effect this right of extreme social relevance.

Key-words: Health – Right to Health – SUS – Judicialization

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	111
1	DIREITO À SAÚDE.....	144
1.1	CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	155
1.2	HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	186
1.3	AS DIMENSÕES (GERAÇÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	208
1.3.1	Os Direitos Fundamentais de Terceira Geração	25
1.3.2	Os Direitos Fundamentais de Quarta Geração	26
1.3.3	Os Direitos Fundamentais de Quinta Geração	27
1.4	CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (EFETIVIDADE) ..	27
2	A SAÚDE NO BRASIL E A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS	31
2.1	HISTORICIDADE DA SAÚDE NO BRASIL	31
2.1.1	As Santas Casas de Misericórdia	31
2.1.2	A era imperial na saúde pública.....	32
2.1.3	Abolição da Escravidão, República e saúde pública: o início das vacinas e a era dos sanitaristas.....	32
2.1.4	Era Vargas	34
2.1.5	A influência do Regime Militar na Saúde Pública	36
2.2	SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, O NOVO PARADIGMA DA SAÚDE PÚBLICA	40
2.2.1	Conceito	41
2.2.2	Implementação, primeiros passos	41
2.2.3	Repasse de verbas ao Sistema	43
2.2.4	Atualidade do SUS	47
3	JUDICIALIZAÇÃO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	50
3.1	DIREITO À VIDA.	50
3.1.1	Breve Contexto Histórico.....	50
3.1.2	Conceito de vida.....	52
3.2	TEMPO DO PROCESSO	53
3.3	DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	54
3.4	RESTRIÇÃO OU AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS	

	CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PELA JUDICIALIZAÇÃO.....	56
3.5	TUTELA DE URGÊNCIA	62
3.5.1	Tutela Definitiva e Cautelar	62
3.5.2	Características da Tutela Cautelar	62
3.5.3	Da probabilidade do direito (<i>fumus boni iuris</i>)	65
3.5.4	Perigo da demora (<i>periculum in mora</i>)	66
	CONCLUSÃO	67
	REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O direito à Saúde é hoje um dos principais temas de discussão tanto no sistema judiciário e executivo, quanto em pesquisas e artigos. Afinal, trata-se de um direito fundamental do ser humano, direito este que afeta diretamente o bem mais precioso que do ser humano, sua vida, sendo esta pautada na dignidade da pessoa humana, princípio que norteia todo o sistema jurídico atual. Tendo esta espécie de direito tal importância e sendo de extremo valor social e jurídico, é necessário que esteja em evidência, justamente por se tratar de um direito fundamental, que através dos tempos foi sendo conquistado e aperfeiçoado, não podendo, visto sua importância, sofrer com o retrocesso.

Conquanto, a eficácia deste direito deve ocorrer de maneira imediata (SARLET, 2018) e sem qualquer tipo de barreira, pois seu teor é de significativa importância para a vida do ser humano.

Os direitos e garantias fundamentais sofreram diversas modificações, evoluindo ao longo do tempo, havendo, então, a necessidade de classificá-los conforme o seu conteúdo, assim nascendo as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, pautados na égide da Revolução Francesa de 1789, com o paradigma da liberdade, igualdade e fraternidade.

No Brasil, desde o seu descobrimento, a saúde era prestada de maneira precária e somente aqueles que tinham grande poder aquisitivo gozavam de estrutura para a promoção de sua saúde, uma vez que não havia nenhuma espécie de sistema ou sequer planejamento na área da saúde pública.

Contudo, ao avançar do desenvolvimento brasileiro, a saúde foi sendo sistematizada e planejada de forma a efetivar este direito.

Para que este direito fosse efetivamente aplicado e que os cidadãos pudessem usufruir, de maneira adequada deste, foi criado pela Constituição Federal o Sistema Único de Saúde, previsto inicialmente no art. 198 e seguintes da Carta Constitucional, para dar máxima efetividade à promoção deste direito, logo após foi regulamentado pela Lei n.º 8.080 de 1990 que dá as diretrizes funcionais do

Sistema.

Contudo, mesmo com a criação do Sistema e a sua posterior regulamentação o direito à saúde não foi efetivamente prestado, pois o que se mostra atualmente é um cenário de crise no SUS, onde há um sucateamento do sistema (VARELLA, 2018). Havendo, assim, políticas públicas ineficazes para a prestação de qualidade do direito à saúde.

Esta ineficácia é comprovada quando há, em hospitais públicos e pronto socorros, filas quilométricas de pessoas necessitando de auxílio médico, passando horas nesta fila à espera que sua demanda seja satisfeita. Ainda é percebida quando na necessidade da realização de um exame, este não pode ser realizado por falta de equipamento adequado ou profissional especializado. Ou até mesmo no momento que é necessário o uso de algum medicamento e este se encontra em falta nas farmácias públicas.

Diante desta ineficácia do sistema e havendo grande necessidade da população, principalmente, na faixa pobre desta, o Poder Judiciário passa a ser acionado para dar a efetivação necessária a este direito, surgindo, deste modo, um fenômeno judiciário e político denominado de Judicialização da Saúde.

Este fenômeno ocorre quando um cidadão, necessitando do auxílio do Sistema Único de Saúde, não encontra amparo, este indivíduo busca amparo no Poder Judiciário, através de um processo de extrema complexidade, para que possa efetivar seu direito.

Sendo julgada favorável a demanda deste cidadão, é necessário o dispêndio de recursos públicos, tendo, então, o Estado de retirar o dinheiro que seria destinado à efetivação de políticas públicas de saúde e redirecionando-o para a tutela individual, ou seja, acaba por fragilizar mais ainda o sistema, retirando da coletividade para dar ao um indivíduo específico.

Contudo, este processo judicial não ocorre de modo instantâneo, a depender da complexidade do pedido o processo pode durar bastante tempo, o que por muitas vezes um paciente/requerente não tem para dispor. Para sanar este lapso temporal, geralmente, nas ações judiciais sobre saúde é solicitado um tipo

específico de tutela, que permite o julgador mitigar certos procedimentos para que os efeitos dessa tutela sejam antecipados e seja dado provimento ao pedido, dá-se o nome de Tutela de Urgência, para esse mecanismo.

Sendo necessário para que seja concedida esta tutela, o preenchimento de certos requisitos trazidos pela Lei, no caso o art. 300 e seguintes do Código de Processo Civil.

1 DIREITO À SAÚDE.

Antes de adentrar no tema, direito à saúde, especificamente, deve-se, aqui, conceituar o termo saúde, para que se possa entender a extensão do termo e do direito que o envolve.

Saúde é um termo bastante complexo, para entendê-lo deve-se aprofundar em seu conceito. A Organização Mundial da Saúde – OMS, criada em 7 de abril de 1948, organização internacional a qual o Brasil é um dos países fundadores, define o conceito de saúde como: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”¹. Analisando o conceito dado pela OMS, percebe-se que a saúde, vai muito além do bem estar físico, que é o que por muitas vezes se imagina, contudo, vê-se que o lado psíquico e social é abrangido por este conceito.

A Constituição Federal de 1988 coloca o direito à saúde no rol de direitos fundamentais ao mencioná-lo no Título II – dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – dos Direitos Sociais, art. 6.º, *caput*, ou seja, eleva o direito à Saúde ao grau máximo de proteção em um ordenamento jurídico, transformando-o em uma norma constitucional fundamental. Norma esta que não pode ser objeto de abolição, conforme está expresso no art. 60, § 4.º da Magna Carta.

O Ilustre Professor José Joaquim Gomes Canotilho alerta:

Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Elevá-lo a tal patamar é também dar a ele o poder de ser aplicado de maneira imediata, ou seja, sem a necessidade de que haja um processo legislativo infraconstitucional para que seus efeitos passem a ser produzidos, isto é extraído do § 1.º do art. 5º da nossa Constituição. Este artigo mostra que todos os direitos fundamentais são de aplicação imediata.

1. SAÚDE, Organização Mundial. Informação retirada da cartilha da saúde do MEC: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>

Entretanto, o legislador constitucional não deixa que este direito seja apenas mencionado em um artigo, ele tem a preocupação de dar regras básicas a serem seguidas na implantação de tal direito. Estas regras são tratadas no art. 196 e seguintes, que inicia da seguinte forma: “A saúde é um direito de todos e dever do Estado [...]”.

Porém, antes de analisar estas regras básicas, deve-se mostrar o conceito de direitos fundamentais e como decorreu a sua positivação e legitimação no decorrer do tempo, até para que se entenda qual o papel do direito fundamental dentro de um ordenamento jurídico, e o porquê de o direito à saúde ser de tão grande importância para o ser humano a ponto de se tornar um direito fundamental.

1.1 CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

De início, faz-se necessário que seja feita a diferenciação entre o termo “direitos fundamentais” e o termo “direitos humanos”. Os direitos humanos são geralmente utilizados quando se menciona um direito positivado em algum documento de direito internacional, quando não há a vinculação direta deste documento com alguma ordem constitucional de algum Estado (SILVA, 2017). Logo, entende-se que os direitos humanos são de titularidade de todos os seres humanos, sem que haja distinção de nacionalidade. Já no caso do termo “direitos fundamentais”, têm-se a ideia de que o titular deste direito está vinculado a uma ordem constitucional, de forma direta.

Entretanto, não são apenas estas expressões que são utilizadas para definir este grupo de direitos, há expressões como: *direitos naturais*, *liberdades fundamentais e liberdades públicas*, *direitos individuais e direitos públicos subjetivos* (SILVA, 1989). Cada uma destas adotadas em contextos diferentes.

Direitos naturais, são aqueles direitos inerentes à natureza humana, são direitos que são postos ao ser humano pelo simples fato de nascer um ser humano. Não são direitos, diga-se de passagem, que o Estado veio a positivar, e por isso são reconhecidos, não. São como o próprio nome diz direitos adquiridos por natureza, sem a ação do Estado. São direitos que nascem da interação humana social material, gerados em determinados momentos históricos.

Liberdades fundamentais e liberdades públicas, estas são expressões que fazem menção a direitos fundamentais, porém estas restringem o significado para apenas algumas liberdades, não abrangendo assim todos os direitos que são inerentes ao ser humano e suas relações.

Direitos individuais, como o próprio nome aduz, é o direito do indivíduo, ou seja, não abrange o direito que este pode exercer nas relações sociais, limitando, assim, o seu significado, bem como a expressão acima mencionada. Restringe-se aos chamados direitos ou liberdades civis.

Direitos públicos subjetivos, de mesma maneira que a expressão “direitos individuais”, esta restringe o significado dos direitos fundamentais, por isso, tem caído em desuso, é um conceito técnico-jurídico do Estado liberal². Ao longo do tempo esta se tornou contingente para abranger as relações sociais que o direito fundamental pode tutelar.

Agora, a expressão *Direitos Fundamentais*, esta não dá ideia de restrição, pelo contrário, esta dá a amplitude que este grupo de direitos necessita ter, pois não podemos restringir este rol de direitos, uma vez que as necessidades dos seres humanos se alternam de acordo com o momento histórico, sociológico ou político que se passa. Além de que, refere-se a princípios que sintetizam o entendimento mundial e mostra a ideologia política dos diversos ordenamentos jurídicos. Constituem prerrogativas que se solidificam em garantias de uma vida digna, livre e igual para todos.

Uma dúvida que talvez paire sobre as mentes é o porquê da utilização do termo *fundamental*. Entende-se que tal termo é utilizado, pois demonstra que são situações jurídicas que determinam a existência humana, ou seja, que sem tais prerrogativas, não há a possibilidade de o ser humano, em sua essência, se realizar, de conviver, de viver, mas apenas, quando acontece, de sobreviver. Todos os seres humanos dependem destas situações para se afirmar. Estes direitos devem serem exercidos por todos, sem qualquer forma de distinção, não sendo apenas de modo

2. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 2017

formal reconhecidos, como materialmente efetivados de maneira concreta e imediata.

Carl Schmitt (1945) estabelece critérios formais para a caracterização de tal expressão, *Direitos Fundamentais*³.

A primeira é a de que podem ser denominados como Direitos Fundamentais todo o grupo de direitos ou garantias nomeados ou especificados no Constituição.

O segundo ponto é, bastante formal, tanto quanto o primeiro, os Direitos Fundamentais são aqueles que foram elevados ao grau máximo de proteção e segurança em um ordenamento jurídico, sendo considerados a pedra angular de todo o restante da positivação jurídica (SARLET, 2018), não podendo ser modificado, ou pelo menos que sua mudança ocorra de maneira mais difícil do que as outras normas do ordenamento, no caso brasileiro as Emendas Constitucionais.

Observando o histórico constitucional brasileiro e mundial, percebe-se que a Constituição de 1824 foi a primeira a utilizar a expressão: “*Direitos e Garantias Fundamentais*”, para tratar um apanhado de direitos que estão constitucionalmente positivados e que conferem aos cidadãos do país a certeza de que estes são sujeitos de direito e que podem, através do exercício destes, viver com dignidade. São direitos de cunho individuais e coletivos; sociais, inclusive o direito dos trabalhadores; os de nacionalidade e os políticos.

A atual Carta Magna traz em seu bojo a positivação destes em seu Título II – dos Direitos e Garantias Fundamentais, o atual ordenamento pátrio manteve sua linha ideológica ao manter a nomenclatura deste rol de direitos, dando a entender, deste modo, que a real amplitude de tais direitos é indefinida.

Os direitos fundamentais são inerentes a todos os seres humanos e a nossa Constituição não afronta tal pensamento, uma vez que no *caput* do art. 5.º utiliza-se da frase “sem distinção de qualquer natureza”, logo, está demonstrado que a titularidade destes direitos é de todos os seres humanos, bem como a

3. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 2011

necessidade de todos estes em apossarem-se destes e terem uma vida digna, exercendo os seus direitos nos momentos necessários.

Todavia, estes direitos nem sempre existiram ou foram positivados para poder frear a ação do Estado e garantir aos seres humanos uma vida realmente digna, a positivação destes direitos foi fruto de diversas lutas contra o Estado opressor, derramamento do sangue de inocentes e grandes revoluções, que mudaram o rumo da história do direito e da sociedade.

1.2 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o conceito de direitos fundamentais definidos, deve-se dar um breve relato histórico de como estes direitos foram positivados. Para que assim possamos entender como seria a classificação de cada um deles e qual a carga histórica, bem como o contexto sociológico que surgem.

Sabe-se que muitos pensadores da antiguidade, tais como Sócrates, Platão e Aristóteles, tentaram entender qual a natureza do homem, qual o seu fim, bem como pensavam em que as leis seriam baseadas e qual a validade que estas carregavam. Os gregos tinham a visão de que a existência do Direito era baseada no íntimo do ser humano, em sua individualidade ou em suas relações sociais e comerciais. Estes pensadores acreditavam na existência de um direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem⁴. Eis, então, o surgimento da ideia de Direitos Naturais, pois a pergunta que pairava nas mentes dos filósofos era se seria possível que houvesse princípios gerais que poderiam ser aplicados a todos os homens, em qualquer lugar e tempo.

A partir deste momento inicia-se a busca pela resposta de tal questão, surgindo um grande movimento, que se desenvolveu através dos tempos, para solucionar tal enigma, e suas respostas são as conquistas que se vislumbram hoje, com a positivação e a garantia de mínimos direitos que balizam a existência digna do homem.

4. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 40ª ed. p. 178

Pontuando-se as passagens históricas mais relevantes da luta pela conquista dos direitos humanos, temos muitas histórias de grande impacto. Porém, as mais notórias iniciam-se na idade média, onde temos a ascensão da luta em favor de tais direitos.

Um dos pontos mais altos, na idade média, a demonstrar a conquista dos direitos humanos ocorreu na Inglaterra, no ano de 1215, a elaboração da chamada “Magna Carta”, um documento escrito pelos Barões ingleses juntamente com a Igreja Católica, tendo como destinatário o Rei, como uma forma de limitação dos poderes deste, ou seja, a limitação do poder do Estado.

Este documento era mais uma forma de proteger os direitos dos Barões e dos detentores de terras do que de dar ao povo uma garantia de proteção a seus direitos. Porém, foi visto como um grande avanço para a época, e neste documento percebeu-se a presença de dois elementos essenciais para a caracterização do constitucionalismo moderno, a limitação do poder do Estado e as garantias fundamentais.

Esta carta ao Rei trouxe em seu bojo alguns direitos e liberdades civis que se vê presente até os dias de hoje, como por exemplo, o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade privada. Contudo, não se pode, como dito acima, enaltecer tal documento, uma vez que este não foi um carta de direitos fundamentais, foi apenas a positivação de direitos estamentais a classes selecionadas da sociedade medieval, logo, não houve uma amplitude de alcance, o povo não foi beneficiado por tal documento. Mas, foi um dos ápices da época e ajudou a desenvolver e dar força para o reconhecimento ulterior dos direitos fundamentais.

Alguns séculos mais tarde, mais um direito fundamental eclodia por meio de uma manifestação, nos anos que seguiram de 1517 a 1648, o mundo passou por uma grande manifestação religiosa, o movimento chamado de Reforma Protestante, trouxe à baila a ideia de liberdade de crença e de culto, isto ocorreu em diversos países da Europa.

Dentro desse mesmo contexto histórico, porém em outro ideal, temos a promulgação das primeiras constituições escritas do século XVII, modelo que seria

largamente utilizado ao passar do tempo. Para exemplificar, há de serem citadas as Declarações de Direitos da Inglaterra (século XVII), a *Petition of Rights* (Petição de Direitos), de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e a *Bill of Rights*, de 1689, que adveio como conquista da Revolução Gloriosa, de 1688. Neste documento surgiram direitos e garantias fundamentais que estão consagrados nas constituições modernas, como por exemplo, o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o direito de petição.

Apesar da integração deste direito na tradição constitucional da Inglaterra, estes não podem ser reconhecidos como os atuais direitos fundamentais, são somente os precursores, por assim dizer.

O surgimento dos direitos fundamentais ocorre quase um século depois, na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, porém, grande parte da doutrina diverge, e entende que o nascimento dos Direitos Fundamentais ocorre na Declaração Francesa, de 1789. É então que a força normativa dos direitos fundamentais cresce, a revolução francesa, ao fazer cair um regime monárquico (SARLET, 2018), e implementar a República, dá ao povo maior poder e muda o rumo do direito naquela época e do futuro do direito.

Neste momento, surgem as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, classificações que surgem de momentos históricos e são colocadas com alguns direitos fundamentais como representante de cada dimensão.

1.3 AS DIMENSÕES (GERAÇÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como exposto, os direitos fundamentais não surgiram de uma hora pra outra, ou simplesmente apareceram com conceitos prontos e definidos e estão vigentes até hoje da mesma forma como surgiram.

Os direitos fundamentais foram frutos de lutas, momentos históricos de guerras ideológicas. Então os doutrinadores com o passar dos anos percebem a afinidade de certos grupos de direitos fundamentais e criam uma classificação denominada de dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.

A utilização do termo dimensões se dá pela ideia de que estes direitos

não estão limitados a tempo, local, pessoa, ou qualquer outra forma de limitação, eles transcendem de seu tempo, de seu espaço e são dinâmicos. O termo gerações já cria grande resistência doutrinária, pois se entende que quando uma geração começa a outra termina, dando a ideia de que os direitos fundamentais não transcendem e estão estáticos.

A classificação tradicional diz que são 3 as dimensões, porém, com o passar do tempo, doutrinadores modernos adicionam algumas outras dimensões.

A revolução francesa foi o grande estopim da legitimação dos direitos fundamentais, os franceses em seu momento de brilhantismo, iluminados por ideais de frear a ação do Estado, “resume” em três princípios cardeais⁵ os direitos fundamentais, que são: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Presume-se, mesmo que intuitivamente, que no decorrer dos anos estes princípios seriam institucionalizados e normatizados como a base de uma sociedade moderna.

Eis que surge o método de generalização e universalização que permitiam a introdução destes ideais nas ordens jurídicas, sociais e políticas de outros Estados, não somente naquele em que brotara tal conceito. Deste modo, os direitos fundamentais, que com certeza são transcendentais, passam a ser entendidos com três dimensões, tendo como guia a universalidade, entretanto não qualquer universalidade, mas a universalidade material e concreta, assim, negando a universalidade abstrata que vinha do ideal jus naturalista.

Então se entende que os direitos de primeira, segunda e terceira geração são, respectivamente, marcados pelo viés da liberdade, igualdade e fraternidade.

1.3.1. Os Direitos Fundamentais de Primeira Geração

Os direitos de primeira geração são aqueles marcados pelo viés da liberdade, sendo que estes serão os primeiros a constar dentro de um instrumento normativo constitucional, ou seja, uma Constituição, estes direitos regem todo o ordenamento jurídico, são normas de direitos civis e políticos, inaugurando o constitucionalismo ocidental.

O processo de conquista destes direitos foi realizado de modo dinâmico e

5. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 40ª ed. p. 563.

de maneira ascendente (BONAVIDES, 1990), uma vez que tais características são as dadas a todos os direitos fundamentais, uma característica natural desta classe de direitos. Atualmente pacificados, estes direitos foram forjados sobre lutas intensas, houveram alguns recuos nestes longos anos de dura batalha, porém a essência da liberdade não deixava de pairar sobre aqueles que fielmente se indispunham às mazelas sociais causadas por Estados Absolutistas e por violações a dignidade humana (SARLET, 2018).

É lógico, então, concluir que os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade são de titularidade do indivíduo, enquanto ser humano, principalmente, no que se refere a frear a ação do Estado, uma vez que não há como negar que o Estado, de modo arbitrário, coagia seus cidadãos a realizar o que bem entendesse, e viver em situações degradantes de vida, sem o mínimo para a sua existência digna.

A conquista de tais direitos sempre teve seu posicionamento de modo ascendente, mesmo que se fizesse necessário dar um passo para trás, já que o passo dado à trás era uma forma de se projetar um futuro. A História nos demonstra que muito do que temos hoje destes direitos devemos ao constitucionalismo formado na França, do pensamento liberal-burguês do século XVIII, que tinha uma visão altamente individualista dos direitos, tendo como principal objetivo diminuir o Estado, ou seja, elevar a importância do indivíduo perante o Estado, sendo considerados como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder (SARLET, 2018).

Desta forma estes direitos são considerados como direitos de liberdade de cunho negativo, uma vez que tende a dar ao Estado um papel passivo, onde este deve se omitir de agir, e não de propor, ou agir de ativa para a proteção de direitos. Não é essa a visão que a história nos demonstra, a luta dos burgos era contra a ação do Estado Absolutista do Rei Luís XVI, uma vez que o Estado cobrava altos impostos, denegria o cidadão, invadia as casas e as saqueava, caso o imposto não fosse pago, o Estado se metia nas relações comerciais entre a população. E nada era revertido em favor do povo, apenas para a coroa, para o Rei e para a nobreza.

É daí que ganha força as ideias iluministas de proteção à vida, à

liberdade, à propriedade privada e à igualdade perante a lei, diante destas ideias outras formas de liberdade vão surgindo, iniciando, assim, a era da liberdade de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião...); surge também o ideal dos direitos políticos, o direito a voto e a capacidade de ser votado, demonstrando a relação íntima entre a democracia e os direitos fundamentais.⁶

Os direitos fundamentais processuais também tem destaque neste momento histórico, e se enquadram nessa categoria de direitos civis e políticos, pois eles demonstram um caráter subjetivo e de condução da vida social, são direitos como o devido processo legal, o *habeas corpus*, etc.

É uma categoria de direitos intitulada por Jellinek como *Status Negativus*, vez que tendem a ressaltar a inercia do Estado, bem como ressalta os valores políticos, onde se vê uma grande separação entre Sociedade e Estado. Não havendo o entendimento de que há essa separação não existe a possibilidade de exaltar o caráter ante estatal deste grupo de direitos.

Os direitos de primeira geração tem sua geração como sendo antropocêntrica, ou seja, valorizando o homem-singular⁷, o homem que tem suas liberdades como sendo abstratas, o homem médio, que não tem um aprofundamento na linguagem jurídica.

1.3.2. Os Direitos Fundamentais de Segunda Geração

Esta nova onda de direitos faz surgir a ideia do Estado Social, junto com esta ideia surgem os direitos econômicos, sociais e culturais, são direitos marcados pelo viés da igualdade. Estes são frutos do impacto trazido pelo crescimento das indústrias e os problemas sociais e econômicos acarretados por esse crescimento (SARLET, 2018), que ocorreu de forma desordenada, trazendo assim um grande impacto na vida do cidadão.

6. SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed. p. 318

7. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 40ª ed. p. 564

Esta época, século XIX, é marcada pelos grandes movimentos reivindicatórios e a progressão do reconhecimento dos direitos sociais. Sendo então um contraponto aos direitos de primeira geração, enquanto aqueles direitos buscavam uma posição passiva do Estado, em não intervir nos tratos comerciais, sociais, estes direitos, os de segunda geração, tendem a provocar no Estado um comportamento ativo diante das relações humanas de desigualdade, na tentativa de trazer a justiça social. Estes direitos são chamados por muitos doutrinadores como direitos de liberdade positiva, ou seja, aquela liberdade que necessita da atuação do Estado para que seja efetivada.

Alguns Direitos Fundamentais já existentes na esfera jurídica mundial, tais como as prestações de assistência social, saúde, trabalho, educação, etc., ganharam maior força normativa, direitos que, até hoje, são caracterizados pela ação interventiva do Estado. Isto, notadamente, demonstra a mudança paradigmática da ação Estatal, saindo de um Estado que recuava sob as relações humanas para um Estado que avança na prestação de serviços à população e tende a garantir a igualdade entre os agentes das relações de trabalho, comercio, etc. Sai da ideia de liberdades formais abstratas e encontra o ideal de liberdades materiais concretas, que é fundamentada na doutrina francesa.

Contudo, estes direitos fundamentais somente ganharam força normativa, sendo incorporados a diversas constituições ao longo do planeta e sendo objeto de tratados e acordos internacionais, após a segunda Guerra Mundial. Esses direitos nasceram abraçados ao princípio da igualdade⁸.

Certamente que a positivação e consagração dos direitos de segunda geração não estão somente na característica positiva da ação do Estado, junto com estes direitos sociais de postura ativa do Estado surgiram também as chamadas “liberdades sociais”, sendo exemplo disto o direito a associação sindical, o direito de greve, o direito férias, salário mínimo limitação da jornada de trabalho, entre outros que surgiram a partir da consolidação de direitos de cunho social e econômico.

Portanto, é de certo concluir que os direitos de segunda geração têm um

8. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 26ª ed. p. 518

grande ideal de liberdade a partir da ativa postura do Estado, entretanto, junto com eles surgiram os direitos, como expostos acima, de liberdades sociais, onde o cidadão ai goza da plena autonomia.

1.3.3. Os Direitos Fundamentais de Terceira Geração

Passou-se pelos direitos de liberdade e de igualdade, sendo guiado pela doutrina francesa, que surgiu fortemente na Revolução Francesa, temos o seguinte lema: *“Liberté, égalité et fraternité”*, logo, passou-se por dois pontos deste lema, agora resta analisar o último ponto, a fraternidade, palavra que tem como significado união, irmandade. Deste modo, tem-se uma ideia do que exprime a terceira geração de direitos fundamentais.

A terceira geração dos direitos fundamentais tem como marca o ideal da transindividualidade do direito, ou seja, é uma espécie do direito que não tem um sujeito definido, um individuo, é um direito que transpassa a ideia objetiva, vai além de fronteiras demarcadas, é um direito de todos. Nas palavras do professor Ingo Sarlet:

[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-individuo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa).

A transindividualidade do direito de terceira geração é esta ideia de que tal direito pertence ou a um grupo determinado ou a um grupo que não há como determinar, são os direitos coletivos e difusos, respectivamente, os difusos são os ambientais, por exemplo, e os coletivos, os de um grupo determinado da sociedade.

Todavia, há uma corrente doutrinária que entende que os direitos de terceira geração têm o seu destinatário primordial o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta⁹. Entre os Direitos fundamentais de terceira geração encontram-se os direitos ao Meio Ambiente, que em nossa Constituição está, posto no art. 225; à paz; à autodeterminação dos povos; ao desenvolvimento sendo este um dos objetivos da nossa Magna Carta; e o direito à qualidade de vida, entre outros.

Os Direitos de Terceira geração são frutos de novas reivindicações formuladas pelos seres humanos, que com a interferência da tecnologia e da descolonização após a segunda grande guerra, alastram o suas necessidades mais básicas, achando-se por necessária a reformulação dos direitos fundamentais, tendo como paradigma a sociedade livre, plural e do bem-estar social.

1.3.4. Os Direitos Fundamentais de Quarta Geração

As gerações clássicas, se é que se pode assim dizer, são as três primeiras gerações, juristas modernos, percebendo o aumento considerável dos direitos fundamentais, tanto em quantidade quanto em consolidação e qualidade dos mesmos, vislumbraram a necessidade de se criar uma nova classificação, daí surgiram os direitos de quarta, quinta e sexta geração.

Os direitos de quarta geração estão lastreados no ideal da democracia, o direito à informação e ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em dimensão de máxima universalidade¹⁰, isto porque esta atual geração nasce da interferência o chamado neoliberalismo, que tenta resgatar o ideal dos direitos de primeira geração, ou seja, exige uma postura negativa do Estado, porém parece mais que o neoliberalismo tenta, por diversas maneiras, reduzir a ação estatal a zero, o que acabaria por acarretar uma dissolução da soberania e trazendo uma falsa despolitização da sociedade¹¹.

E é por isto que os direitos de quarta geração surgiram para a manutenção da democracia, além da informação e do pluralismo. Uma democracia positivada e com os avanços da tecnologia e da informação, tende a trazer o ideal material para este direito tão importante para a sociedade, pois a democracia é o exercício de poder mais genuíno que um ser humano pode ter, uma vez que traz a ideia de que o poder está realmente na mão do povo, tendo este o poder de frear o abuso do Estado e de moldar o Estado da forma como achar necessário. Claro, o termo democracia, tem o significado de poder ao povo, logo, quem irá moldar o

9. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 26ª ed. p. 523

10. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 26ª ed. p. 571

11. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 26ª ed. p. 571

Estado será a maioria.

Não há democracia sem pluralismo e informação, e é por este motivo que estes direitos estão agrupados nesta classificação, pois um depende do outro para existir.

1.3.5. Os Direitos Fundamentais de Quinta Geração

Segundo a classificação proposta por Paulo Bonavides (2011) o direito de quinta geração seria o direito à paz, que seria transladado da terceira geração, marcada pelos direitos transindividuais, para a quinta.

Neste interim explica o ilustre professor:

A concepção da *paz* no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais.

Karel Vasak, o admirável precursor, ao coloca-lo no rol dos direitos da fraternidade – a saber, da terceira geração –, o fez, contudo, de modo incompleto, teoricamente lacunoso.

Não desenvolveu as razões que a elevam à categoria de norma. Sobretudo aquelas que lhe conferem relevância pela necessidade de caracterizar e encabeçar e polarizar toda uma nova geração de direitos fundamentais, como era mister fazer, ele não o fez. O *direito à paz* caiu em um esquecimento injusto por obra, talvez, da menção ligeira, superficial, um tanto vaga, perdida entre os direitos da terceira dimensão.

Apesar da crítica, Bonavides enaltece que se o direito à paz não estivesse contido no artigo em favor da terceira geração, tal direito não teria sua grande visibilidade, logo, diz ter sido uma boa oportunidade.

1.4 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (EFETIVIDADE)

Ao longo dos anos e no decorrer de diversas batalhas, os direitos fundamentais foram se incorporando aos ordenamentos jurídicos, cada Estado retinha para si aquilo que no momento era pertinente, entretanto com a globalização os Estados, de certo modo, se viam obrigados a aderir com maior amplitude os direitos fundamentais, tanto por meio da positivação deles em documentos de força jurídica imperiosa dentro de seus ordenamentos, como é o caso das Constituições que balizam todo o arcabouço jurídico de um Estado, quanto aderindo a acordos e

tratados internacionais com objetivo de ampliar os direitos humanos, ou seja, direitos fundamentais.

No histórico constitucionalista mundial, muitos países foram aderindo a ideia dos direitos fundamentais como normas balizadoras de direitos para os seus cidadãos, como é o exemplo das Constituições francesas de 1789 e 1848 e a Constituição brasileira de 1824. Entretanto, não se tinha a real noção da amplitude de tais direitos e o quanto estes seriam ampliados ao longo dos anos.

Um direito para ter sua efetividade garantida deve realmente estar lastreado em um rol de direitos que tenham a sua aplicação imediata e de maneira cogente. No Constitucionalismo moderno brasileiro, a partir da Constituição de 1988, a constituição cidadã, nomeada assim por muitos, justamente pelo caráter populista, ou seja, com um ideal de proteção do cidadão, a efetividade dos direitos fundamentais se dá claramente pela aplicação imediata destes, através de normas que impõe a sua aplicação.

O art. 5.º, § 1.º da nossa Constituição impõe a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, dando então, a estas normas a efetividade máxima. De certo que a fundamentalidade de uma norma não está somente em seu conteúdo, embora pareça ser mais coerente classificar através deste, está também atrelado a sua aplicabilidade, pois qual a função de uma norma ter em seu conteúdo uma fundamentalidade se está não está sendo aplicada de forma a tornar a sua eficácia fundamental? De nada adianta. É por este motivo que o art. 5.º, § 1.º surge, para que a eficácia da norma seja dada, e que seu conteúdo fundamental não passe apenas de retórica ou de um texto inserido em uma constituição.

Sendo a Eficácia, grosso modo, a dimensão do desempenho expresso pelo alcance dos objetivos ou metas, independentemente dos custos implicados, ou seja, neste conceito vislumbra-se o resultado, e para direitos fundamentais importa mais o resultado do que o custo por ele causado. É por isso que se faz necessária a existência de uma norma que implique a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, pois busca-se o resultado.

Ao se analisar o histórico constitucional brasileiro, percebe-se que as

demais constituições não dispunham de um instrumento de legitimação e aplicação de normas de natureza fundamental, e por isso não havia a real efetivação destes direitos. Inovando, então, a Magna Carta de 1988 ao trazê-lo em seu texto.

Em caso de alguma divergência doutrinária e jurisprudencial, é de comum acordo que o dispositivo trazido no mencionado artigo alcança todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independente de sua localização no texto constitucional, uma vez que o próprio texto do artigo, autoexplicativo, não menciona algo parecido com, normas de direitos fundamentais definidas neste capítulo, pelo contrário o legislador constitucional foi bastante hábil quando não impôs qualquer limitação que não fosse “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.

Portanto, não se pode dizer que a aplicação imediata é dada para todas as normas constitucionais, não, pelo contrário somente normas definidoras de direitos e garantias fundamentais gozam de tal *status*. Porém, há que se ressaltar que há diferença entre a aplicabilidade imediata no âmbito da eficácia social e a eficácia jurídica da norma, por exemplo, a eficácia jurídica demonstra seus efeitos quando ocorre a revogação de uma norma que vai contra o texto de norma de direito fundamental, tendo essa classificação de cláusula pétrea a outra norma que a afronte será revogada ou ao menos declarada inconstitucional. Já a eficácia social é a eficácia no mundo natural, os efeitos materiais da norma, o que, sendo racional, talvez não ocorra de modo imediato, mas a sua implementação deve ser imediata.

É de certo afirmar que mesmo tratando-se de norma de aplicabilidade direta ocorrerá o esbarro no ponto de que deve ser feita a regulamentação através de uma legislação específica para cada caso, até mesmo em se tratando de norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, pode haver a regulamentação destas, bem como podem sofrer uma eventual restrição, entraria aqui como um exemplo plausível o princípio da reserva do possível, contudo, esta não regulamentação não pode ser obstáculo para que haja o mínimo de aplicação do conteúdo de uma norma de direito fundamental.

De toda sorte, com esta ideia de aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, o Estado não pode se omitir do mínimo existencial sob o argumento de que deverá haver uma produção legislativa

específica. E entende-se que toda norma de direitos fundamentais é uma norma, pelo menos em tese, de eficácia plena, ou seja, frisando-se, não pode o Estado sob o argumento de prévia legislação regulamentar, colocar obstáculo para sua aplicação imediata.

Sobre este tema escreve o professor Ingo Sarlet (2018):

Verifica-se, portanto, que, a partir do dispositivo no art. 5.º, § 1.º, da CF, é possível sustentar a existência – ao lado de um dever de aplicação imediata – de um dever, por parte dos órgãos estatais (mas com ênfase nos órgãos jurisdicionais, a que incumbe inclusive a revisão dos atos dos demais entes estatais nos caso de violação da Constituição) de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais. **Nesta perspectiva, por terem direta aplicabilidade, as normas de direitos fundamentais terão s seu favor pelo menos uma presunção de serem sempre também de eficácia plena, portanto – de acordo, pelo menos, com a convencional definição de normas de eficácia plena ainda prevalente no Brasil –, de não serem completamente dependentes de prévia regulamentação legal para gerarem, desde logo, seus principais efeitos [...].(grifos meus)**

Então, como dito acima, uma norma definidora de direitos fundamentais não pode esbarrar, para gerar seus principais efeitos, em produção legislativa, pois caso ocorra esta não será mais uma norma de direito fundamental e passará a ser mera retórica política.

Seguindo esta linha de pensamento pode-se afirmar com veemente certeza que uma norma definidora de direito fundamental não pode ser considerada, de modo algum, como uma norma programática, não pode ser normas que não tenham auto aplicabilidade, ou seja, não pode ser retirado destas normas a sua eficácia imediata e aplicabilidade direta, tendo em vista a grande importância, na vida humana e da sociedade, dos direitos fundamentais.

2 A SAÚDE NO BRASIL E A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

2.1 HISTORICIDADE DA SAÚDE NO BRASIL

No ano de 1500, descoberta do Brasil, os portugueses vieram única e exclusivamente a estas terras para extrair dela o que necessitavam, porém aqui já habitavam povos que promoviam a sua saúde através de remédios à base de plantas e ervas da região e tinham imunidade à doenças regionais. (BATISTA, 2007)

Com a chegada dos portugueses vieram também as chamadas “doenças do homem branco” (MERELES, 2018), que eram comuns na Europa, porém, aqui, em terras pindoramas nunca haviam se manifestado, e os indígenas, por não terem imunidade a tais doenças foram dizimados.

Durante o período colonial e imperial do Brasil pouca coisa, ou nada, foi feito em relação à saúde, não havia nenhum tipo de promoção a saúde pública, quem era detentor de terras e tinha posses podia pagar por um médico particular, porém quem não tinha nenhum tipo de condição – negros, indígenas, mulatos, até mesmo os brancos que não tinham posses – morria com as doenças. Foram 389 anos de descaso com a saúde pública.

Em 1808, com a chegada da Família Real Portuguesa, vindo às pressas e obrigada ao Brasil, teve-se início a um pequeno aparelhamento na saúde, pois tinham que tornar estas terras mais próximas ao estilo de vida português para bem acomodar a família real. Foi então que começou a serem criadas as faculdades de medicina no Brasil, a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro e o Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar de Salvador (POLIGNANO, 2005). Ai que médicos foram sendo formados em território nacional, e assim, substituindo os vindos de além-mar.

2.1.1. As Santas Casas de Misericórdia

Como não havia nenhum tipo de apoio aos doentes, tampouco planejamento para a promoção da saúde em escala pública, surgiram as Santas Casas de Misericórdia¹², em sua maioria financiadas pela Igreja Católica, que através de trabalhos filantrópicos acolhiam os doentes e tratavam os necessitados.

12. De acordo com a CMB (Confederação das Santas Casas de Misericórdia) existem 2.100 estabelecimentos espalhados por todo território nacional.
<https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico>

Durante décadas as Santas Casas foram a única opção de acolhimento, apoio e tratamento de saúde de pessoas que não tinham condições financeiras. Sempre ligadas a instituições religiosas, tendo como princípio fundamental a caridade da igreja, estas instituições começaram a ser instaladas no Brasil na época do descobrimento, sendo que elas são mais antigas do que a criação de um Estado, com suas funções definidas.

As santas casas perduraram como única instituição de apoio à saúde dos pobres por séculos, desde o descobrimento até meados dos anos de 1920¹³.

2.1.2. A era imperial na saúde pública

Dom Pedro II, em 1822 declarou a independência do Brasil, e com isso alguns avanços na política de saúde foram percebidos. Ele criou órgãos de vistoria de higiene pública, principalmente no Rio de Janeiro, a então capital do país. Estes órgãos promoveram, além da higienização sanitária, a higienização social dos centros urbanos, expulsando os pobres dessas regiões.

Ocorre que ao realizar tal ação, criou-se um problema maior de saúde pública, havendo a proliferação de doenças como tuberculose, febre amarela, entre outras, pois não havia, nas chamadas favelas, apoio nenhum de saúde, tampouco condições sanitárias de habitação.

Sendo que a ação de higienização dos centros urbanos atacava justamente estas doenças, pois o esgoto era a céu aberto, lixo era jogado nas ruas e as pessoas tinham contato direto com estes dejetos. Então o real objetivo da campanha de saúde pública era a estruturação do saneamento básico.

2.1.3. Abolição da Escravidão, República e saúde pública: o início das vacinas e a era dos sanitaristas

13. “Desde sua origem, até o início das relações com os governos (especialmente na década de 1960) as Santas Casas foram criada e mantida pelas doações das comunidades, vivendo períodos áureos, em que construíram seus patrimônios, sendo boa parte destes tombados como patrimônio histórico”, nos explica a CMB.

Em 1888 foi abolida do país a escravidão, ou seja, a mão-de-obra “gratuita” terminou, e com isso era necessária uma reestruturação na produção agrícola, desta forma o país dependeu da mão-de-obra imigrante (MERELES, 2018) para o cultivo do café, base da economia na época, ou seja, produção de insumos.

Nesta época o Brasil passava por uma crise sanitária de grande proporção, portanto os imigrantes europeus não vinham para o país por receio de contrair doenças graves. Foi então que se deu início a uma grande reforma sanitária (FIOCRUZ, 2010) e urbana nas grandes cidades, pois para o governo, o crescimento econômico dependia de uma população saudável e capaz de produzir, então o interesse na saúde da população aumentou e assim iniciaram-se programas de prevenção.

Oswaldo Cruz, sanitarista, merece destaque, pois enfrentou diversas revoltas da população contra a vacinação obrigatória contra a varíola – estas manifestações foram realizadas, pois em momento algum a população foi informada do porquê de tal ação, tampouco sabiam o que era a vacina¹⁴.

As ações sanitárias chegaram até o sertão, demonstrando assim que havia uma grande preocupação do governo com meio rural, ou seja, a produção agrícola do país, contudo não havia nessas áreas nenhum tipo de apoio sanitário, ou seja, as pessoas ainda moravam em condições precárias, sofriam com doenças mesmo havendo vacinação.

Outro sanitarista que merece destaque é Carlos Chagas, que em 1923, chefiava o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), que era ligado ao Ministério da Justiça, implantou a propaganda e a educação sanitária como técnica de ação, inovando o modelo de Oswaldo Cruz, que seguia a linha fiscal e policial.

Foi criado, a partir desta reforma, órgãos de especializados na luta contra a tuberculose, lepra (hanseníase) e as doenças venéreas (VARELA, 2008). Ampliou-se a assistência hospitalar, infantil e a higiene industrial, destacando-se de forma individualizada. Além de que foi ampliada a estrutura do saneamento básico para outros estados.

14. Informação retirada do site: https://www.historiadobrasil.net/resumos/revolta_da_vacina.htm

Neste momento, exigia-se da saúde pública, era uma política de saneamento básico para as áreas de escoação de mercadorias exportáveis e a erradicação ou o controle das doenças que poderiam prejudicar a exportação. Por isso predominou o modelo do *sanitarismo campanhista* (MENDES, 1992). Tendo a campanha sanitária obtido sucesso no meio urbano, foi a vez de incorporá-la na área rural, atacando as endemias rurais, tais como doenças de chagas, esquistossomose.

Foi então que em 1923, com a Lei Elói Chaves, foi criada a CAP (Caixas de Aposentadorias e Pensões), iniciando e consolidando a previdência no país, em tese, esta lei era para ser aplicada somente em benefício do operário urbano, porém, para que fosse aprovada a lei esta teve de se estender ao operário rural, uma vez que a bancada ruralista mandava no congresso naquela época. A Primeira CAP (OLIVEIRA & TEIXEIRA, 1989) a ser criada foi a dos empregados de empresas ferroviárias, uma vez que para a criação da CAP¹⁵ era necessária uma mobilização dos trabalhadores, e como a classe ferroviária à época era uma classe forte e de extrema importância, foi a primeira a ser criada.

A importância das CAP's para a Saúde Pública é que era previsto no art. 9.º da Lei que estas além de aposentadorias e pensões o fundo também proveria serviços médicos e funerários para o operário e sua família.

2.1.4. Era Vargas

Nos anos de 1930, Getúlio Vargas chega ao poder, e com isso diversas mudanças e reformulações são efetivadas, uma delas ocorre no sistema de saúde, onde a centralização era a palavra de ordem, principalmente na área da saúde pública.

É a partir do comando de Vargas que é criado o Ministério da Educação e Saúde. Em 1934, com a nova constituição, o Estado passa a ser reestruturado bem

15. Segundo POSSAS (1981): "tratando-se de um sistema por empresa, restrito ao âmbito das grandes empresas privadas e públicas, as CAP's possuíam administração própria para os seus fundos, formada por um conselho composto de representantes dos empregados e empregadores."

como o setor industrial, ai então se institui a política social de massas.

A professora Dra.^a Gláucia Ribeiro aduz que:

A gestão de Gustavo Capanema frente ao Ministério da Educação e Saúde Pública (1934-1945) definiu a estratégia sociopolítico-governamental varguista ao transformá-lo em Ministério da Educação e Saúde (MES), consolidando a centralização da estrutura administrativa verticalizada das ações estatais 'coordenadas por um núcleo central que residiria no Ministério e implementadas de modo hierárquico nos estados e nos municípios' com a criação institucional de Delegacias Federais de Saúde, Serviços Nacionais, Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), em 1942, por meio de um acordo de colaboração como o governo americano e sob o patrocínio da Fundação Rockefeller, e a instituição das Conferências de Saúde (CNS) "que deveriam reunir periodicamente delegações de todos os estados em um fórum nacional e de caráter oficial para discutir os temas de saúde pública".

Em 1937, mais uma constituição é promulgada, reforçando então a centralidade e o poder da autoridade presidencial, ou seja, é instalada uma ditadura social. Em 1939 estrutura-se a Justiça do Trabalho e em 1943 é homologada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que além de prever o salário mínimo, traz em seu texto benefícios à saúde do trabalhador.

Superada a era Vargas, surge o presidente Eurico Gaspar Dutra que tenta, sem sucesso, implantar o Plano SALTE (Saúde, Alimentação, Transporte e Energia) que previa investimentos entre os anos de 1949 a 1953, sendo a área de maior atuação a saúde, porém nem ao menos foi implementado tal plano.

Na década de 1950 as CAP's, já tendo sido substituídas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP), sendo, então, os trabalhadores organizados por categoria profissional (ferroviários, marítimos, comerciários, etc.) desde 1933, estas tem um papel fundamental na economia do país, servindo como *instrumentos de captação de poupança forçada* (NICZ, 1982). Surge, juntamente com isso a medicina previdenciária (RIBEIRO, 2018), que como dito acima tinham o papel mais de arrecadação de fundos.

Em 1960, no governo de Juscelino Kubtschek, é aprovada a Lei Orgânica da Previdência Social, modificando o então sistema fragmentado de Vargas, que separava a Previdência da Assistência Social. Já em 1963, João Goulart inaugura o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL), o que acaba por estender a cobertura previdenciária do país, uma vez que somente os trabalhadores urbanos tinham tal cobertura.

2.1.5. A influência do Regime Militar na Saúde Pública

No ano de 1964 é instaurado o regime militar no Brasil, sendo então desenvolvidas diversas ações no campo da Saúde Pública.

Com o decreto Lei n.º 200/1967 foi instaurada as competências do Ministério da Saúde, sendo de formular e coordenar a política nacional de saúde; responsabilização pelas atividades médicas ambulatoriais e ações preventivas em geral; controle de drogas, medicamentos e alimentos; bem como a realização de pesquisas no campo sanitário (POSSAS, 1981).

Em 1970 foi criada a SUCAM (Superintendência de Campanhas da Saúde Pública) que tinha como atribuição executar as atividades de erradicação e controle de endemias (POLIGNANO, 2005), sucedendo, assim, o extinto Departamento Nacional de Endemias Rurais e a campanha de erradicação da malária.

Em 1975 foi elaborado, documentalmente, o Sistema Nacional de Saúde, que estabeleceria o campo de ação na área da Saúde, tanto do setor público quanto do privado, para o desenvolvimento de atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde. Este documento reconheceria e oficializaria a diferenciação do problema da saúde, afirmando que a medicina curativa seria de competência do Ministério da Previdência, e a medicina preventiva de responsabilidade do Ministério da Saúde.

Contudo, não foi repassado verbas suficientes para que o Ministério da Saúde pudesse arcar com suas atividades, demonstrando assim a preferência pela medicina curativa, que era incumbência do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), criado em 1966, pelo Decreto n.º 72, sendo que sua verba era proveniente

da contribuição dos trabalhadores.

Justamente em 1975 o país é abatido por uma crise econômica de grande escala, pois o modelo econômico que fora implantado pelo regime militar entra em crise (POLIGNANO, 2005), até porque o capitalismo internacional demonstrasse abatido. Tendo sido diminuído o capital estrangeiro no país, não mais se consegue mover a economia nacional, tendo o país diminuído, juntamente, o ritmo de crescimento.

Então, pensa-se que para a retomada do crescimento econômico é necessário frear as políticas sociais, ou seja, evitar gastos, para depois que a crise fosse superada sejam as políticas sociais reimplementadas, contudo passa a ser, além de uma crise econômica também uma crise social, onde o pobre (proletariado, a classe operária) fica mais pobre, e o rico mais rico (COSTA SILVA, 2010).

Deste modo o malfadado modelo de saúde começa a demonstrar suas fragilidades, motivadas por: (i) a priorização da medicina curativa, passando então a se ter um descontrole da saúde coletiva, havendo, assim, o aumento das endemias, epidemias, e, conseqüentemente, a redução dos índices de saúde, como é o exemplo da mortalidade infantil; (ii) aumentos constantes dos custos com a medicina curativa; (iii) redução da arrecadação previdenciária que custeava a medicina curativa, uma vez que haviam mais desempregados, ou seja, menos pessoas para contribuir; (iv) incapacidade de atender a população marginalizada que só aumentava, sendo desempregados ou trabalhadores sem carteira que não contribuía e ficavam excluídos do sistema previdenciário; (v) desvios de verbas previdenciárias para cobrir o custeio de obras do governo federal; e (vi) o não repasse de verbas do tesouro nacional ao sistema previdenciário, uma vez que este foi instituído de forma tripartite (empregador, empregado e união).

Como forma de tentar conter os gastos e sair desta crise profunda, foi criado em 1981 o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP), que era ligado ao INAMPS, este conselho passou a absorver alguns técnicos ligados ao movimento sanitário. Inicialmente, este plano fiscalizaria de forma mais rigorosa a prestação de contas dos serviços credenciados, na tentativa de combate às fraudes.

Este plano propôs que, de forma gradual, fosse invertido o modelo médico-assistencial através do aumento de produtividade do sistema, da melhoria da qualidade da prestação, da equalização dos serviços e a diminuição da capacidade ociosa do setor público, além disso, foram implantadas a hierarquização, o domicílio sanitário e um sistema de auditoria médico-assistencial e de revisão de mecanismos de financiamento do FAS.

Este conselho encontrou grande oposição da Federação Brasileira de Hospitais e de medicina de grupo, que vislumbraram nesta ação a perda de sua hegemonia e do seu *status*.

Desta forma, esta Federação, com apoio de parlamentares, conseguiu barrar algumas propostas de projetos dentro da área sanitária, dentre eles o PREV-SAÚDE, que depois de várias modificações acabou sendo arquivado e esquecido. Porém isso não foi impedimento total ao CONASP, que conseguiu implementar o PIASS (Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento) no nordeste.

No ano de 1983 é criado a AIS (Ações Integradas de Saúde), um projeto que contava com a participação de 3 ministérios, Educação, Previdência e Saúde, visando um novo modelo assistencial que incorporaria o setor público, integrando ações curativas, preventivas e educativas. Este período coincidiu com a redemocratização do país, com eleições diretas para governadores e a vitória da oposição nas primeiras eleições democráticas, em 1982.

Sobre a AIS se posiciona a Prof.^a Dr.^a Gláucia Ribeiro:

As atuações descentralizadas das AIS entre as esferas de governo na área da saúde não evitaram críticas e resistências aos serviços de saúde prestados nesse modelo, devido: (i) a falta de planejamento da atividade assistencial, com superposição de recurso, pouca eficiência do sistema e baixa eficácia sobre a saúde da população; (ii) a complexa articulação entre (a) os Ministérios da Saúde, da Previdência e da Assistência Social, (b) os governos federal estadual e municipal, (c) órgãos públicos dependendo de vários ministérios, (d) várias secretarias estaduais e municipais; (e) entidades filantrópicas beneficentes; (f) serviços privados; (g) profissionais liberais; (h)

empresas privadas com fins lucrativos, incluindo grupos multinacionais, todos com múltiplas atribuições, responsabilidades e serviços afins ou complementares da área de saúde, atuando com completa ou quase total descontrolado administrativo; (iii) a reforma tributária de 1967 deixou os Estados e Municípios descapitalizados cabendo '61,3% da arrecadação fiscal ao nível federal, contra 28,5% do nível estadual e 10% do municipal', circunstâncias essas que minguaram as ações governamentais exercidas pelos estados e municípios, que em contrapartida robusteceram outras entidades federais que centralizaram o processo descentralizador, impondo efeito contrário à descentralização administrativa.

Finalizado o regime militar com a eleição de Tancredo Neves em 1985, marca-se a volta da democracia, e assim, o país está em um momento de transição, não sendo diferente para a área da saúde no Brasil, diversos fatores direcionam para uma nova reforma da saúde pública, uma delas é a VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, que lança as bases para a reforma sanitária e do novo Sistema de Saúde o SUDS (Sistema Único Descentralizado de Saúde).

Durante esse período há uma movimentação na área da saúde, porém advinda do setor privado, o chamado modelo médico neoliberal, que pode crescer durante 15 anos, a partir de 1964, pois recebia repasses do governo. No momento em que o setor público sofre com uma crise, o setor privado vê a necessidade de se reformular e assim cria um subsistema¹⁶, denominado Atenção Médico-Supletiva, estruturado em 5 modalidades assistenciais: medicina de grupo, cooperativas médicas, auto-gestão, seguro saúde e plano de administração.

Com ínfimas diferenças esses planos funcionam a partir de contribuições mensais dos beneficiários, uma espécie de poupança, em contrapartida os que são beneficiários gozam do direito de usufruir determinados serviços. Estes serviços, bem como os benefícios eram pré-determinados e todos tinham um prazo de

16. O subsistema de atenção médica-supletiva cresce vertiginosamente. Na década de 80, de tal modo que no ano de 1989 chega a cobrir 31.140.000 brasileiros, correspondentes a 22% da população total, e apresentando um volume de faturamento de US\$ 2.423.500.000,00 (MENDES, 1992).

carência, além de determinadas exclusões, no caso não cobertura de certos tratamentos.

Com o advento da Constituição de 1988 houve uma reformulação no Sistema de Saúde, momento em que foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS

2.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, O NOVO PARADIGMA DA SAÚDE PÚBLICA

O art. 196 da Constituição Federal de 1988 institui que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, que deverá efetivá-la através de políticas sociais e econômicas. Acontece que para a implementação deste direito e sua real efetivação fez-se necessária a criação de um sistema de regras gerais básicas para o controle e direcionamento das ações de saúde (POLIGNANO, 2005), então, na própria Magna Carta, no art. 198 instituiu-se o Sistema Único de Saúde - SUS, que teria por diretrizes a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

O princípio da descentralização demonstra que a aplicação efetiva do Sistema Único de Saúde é um dever de todos os entes federativos, ou seja, da União, Estados e Municípios. O princípio da descentralização no âmbito da saúde demonstra o desejo de proximidade do Estado com a sociedade, levando a todos os pontos do país as unidades de saúde. O poder e a responsabilidade sobre o setor são distribuídos entre os três entes governamentais, com o objetivo de se obter uma prestação de serviços com mais eficiência e qualidade e também a fiscalização e o controle por parte da sociedade.

Através deste comando retirado da Constituição cada esfera de governo passa a ter autonomia e soberania sobre suas decisões, mas claramente, sendo respeitados os princípios gerais e a participação social.

Sobre o princípio da descentralização a Prof.^a Dr.^a Gláucia Ribeiro ao citar a autora Roseni Pinheiro demonstra:

[...] “com a descentralização, novos atores incorporam-se ao cenário nacional, e esse fato, junto à universalidade do acesso aos serviços de saúde, possibilitou o aparecimento de ricas e diferentes experiências locais centradas na integralidade”.

Quanto ao atendimento integral, este é um princípio que dá a ideia de que o serviço deve ser garantido a todos e em forma de rede, ou seja, interligados, trazendo assim a ideia de um sistema coeso, isto é, a unidade do sistema. Além do mais este princípio demonstra que devem ser ofertadas diversas espécies de atendimento, desde o mais simples, como o ensino de uma escovação correta, aos mais complexos, como por exemplo, um transplante cardíaco.

Tudo isso sendo fiscalizado pela população, que é o termômetro do serviço, ou seja, é quem averigua a qualidade da prestação do serviço, bem como a sociedade pode dar opiniões para melhorar o sistema e, claro, solicitar que um ou outro procedimento seja ou não oferecido pelo sistema de saúde, este é o princípio da participação social.

2.2.1. Conceito

O Sistema Único de Saúde - SUS, como visto acima, foi instituído pela Constituição Federal de 1988 a partir do art. 198 até o art. 200 e é regulado pela Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990.

O SUS é um conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos ou instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, isto está expresso no art. 4. da lei n.º 8.080/90.

Ao tratar sobre o tema a Prof.^a Dr.^a Gláucia Ribeiro, nos demonstra que:

Os preceitos constitucionais da CRFB foram consagrados na Lei n.º 8.080/1990 regulamentando o SUS e as bases da saúde brasileira. Trata-se de um sistema de saúde unificado administrativamente, com o objetivo de respeitar a heterogeneidade do sistema federativo, preservando a autonomia da Federação, a iniciar pela estadualização emunicipalização desse referido sistema de saúde que induz ao caminho efetivo da concretude da reforma sanitária. Esse processo é conhecido como “descetralização das responsabilidades, das atribuições e dos recursos para estados e municípios, sem prejuízo da regulamentação e financiamento do SUS.

2.2.2. Implementação, primeiros passos

A Carta Maior demonstra de maneira clara que o SUS é concebido na formulação básica de um modelo de saúde voltado para as necessidades da população (POLIGNANO, 2005). Desta forma, demonstra um Estado que quer voltar a ser o garantidor do bem-estar social, principalmente na área da saúde coletiva, demonstrando assim viés altamente cidadão.

Apesar de o texto constitucional ter sido promulgado em 1988, a Lei que regula o SUS somente foi editada e promulgada em 1990. Lei esta que passa a definir o *modus operandi* do Sistema bem como propõe uma nova organização ao Sistema de Saúde, seguindo fielmente o que está expresso na Constituição Federal.

Os objetivos e as atribuições do SUS foram definidas da seguinte maneira: (i) identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; (ii) formular as políticas de saúde; (iii) fornecer assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas; (iv) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica; (v) executar ações visando a saúde do trabalhador; (vi) participar na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; (vii) participar da formulação da política de recursos humanos para a saúde; (viii) realizar atividades de vigilância nutricional e de orientação alimentar; (ix) participar das ações direcionadas ao meio ambiente; (x) formular políticas referentes a medicamentos, equipamentos, imuno- biológicos, e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; (xi) controle e fiscalização de serviços , produtos e substâncias de interesse para a saúde; (xii) fiscalização e a inspeção de alimentos , água e bebidas para consumo humano; (xiii) participação no controle e fiscalização de produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; (xiv) incremento do desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde; (xv) formulação e execução da política de sangue e de seus derivados. (POLIGNANO, 2005).

Entretanto, tendo em vista a abrangência dos objetivos formulados a serem seguidos e pela dicotomia econômico-social das regiões, a implementação do SUS não ocorreu da forma desejada, ou seja, não foi de maneira uniforme nos estados e municípios Brasil à fora. Para que houvesse esta implementação uniforme seria necessário um dispêndio gigantesco de capital, de disponibilidade de pessoal

qualificado e de uma ação conjunta dos entes federais de forma a organizar uma política pública efetiva.

2.2.3. Repasse de verbas ao Sistema

Sendo uma das barreiras a ser vencida na corrida da efetivação da política nacional de saúde, através do SUS, o fator financeiro é de extrema relevância, uma vez que para que seja implantada a política pública faz-se necessário o repasse de verbas para a estruturação do programa.

A Lei n.º 8.080/9, no Título V, prevê as formas de financiamento do programa, sendo o principal deles e o primeiro a ser mencionado, o repasse de verbas do orçamento da seguridade social (MERELES, 2018), seguindo-se as metas e prioridades estabelecidas previamente na LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Além desta forma de financiamento existem outros meios de repasse, conforme expresso no art. 32 da referida lei.

Na lei, mais precisamente no art. 35, foi instituído um paradigma para que sejam feitos os repasses das verbas para os estados e municípios, devendo ser baseados em: (i) perfil demográfico da região; (ii) perfil epidemiológico da população a ser coberta; (iii) características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; (iv) desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; (v) níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais; (vi) previsão quinquenal de investimentos da rede; e (vii) ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.¹⁷

Contudo, este artigo caiu em desuso, pois de certo modo, houve a modificação deste por meio da NOB (Norma Operacional Básica), que são normas operacionais criadas para regular o funcionamento e a operacionalização do SUS, sendo de competência do Ministério da Saúde a sua edição.

Foram editadas 3NOB's: NOB-SUS 01/91; NOB-SUS 01/93; e NOB-SUS 01/96.

17. CAMPOS, Francisco E.; OLIVEIRA, Mozart; TONON, Lidia M. Planejamento e gestão em saúde. Belo Horizonte : Coopmed, 1998.102 p. (Cadernos de saúde, 2)

A NOB 01/91 foi criada sob o argumento de que havia inviabilidade na conjuntura em regulamentar o art. 35 da Lei 8.080/90, desta forma, redefiniu a lógica do financiamento e, por conseguinte, de organização do Sistema Único de Saúde, instituindo um sistema de pagamento por produção de serviços (POLIGNANO, 2005).

Estados e municípios passaram a receber pelo que produziam de serviços de saúde, sendo utilizadas as mesmas tabelas nacionais existentes para o pagamento dos prestadores privados, o que impôs um modelo de atenção à saúde voltado para a produção de serviços e avaliado pela quantidade de procedimentos executados, independentemente da qualidade e dos resultados alcançados, uma espécie de linha de produção de saúde.

A NOB 01/91 não foi muito bem recebida e tampouco foi motivo de mudanças no sistema de repasses, uma vez que afrontava a própria CRFB e a Lei regulamentadora do SUS, foi então de em 1993 foi editada a NOB 01/93, que criou critérios e categorias diferenciadas para a habilitação dos municípios, conforma ao tipo de gestão utilizada, sendo elas: incipiente, parcial e semi-plena, havendo então diferenciação na forma de repasse de recursos financeiros.

Sobre a NOB 01/93 a ilustre Prof.^a Dr.^a Gláucia Ribeiro tece o seguinte adendo:

A Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde, NOB-SUS 01/93, instrumento de regulação do SUS determinou formas de gestão municipal e estadual, impulsando a descentralização de serviços com transferências dos recurso financeiros do FNS para os Fundos Municipais de Saúde como forma de melhoria no atendimento e na gestão do SUS.

Neste mesmo ano, frente à escândalos de corrupção, e grandes manifestações, perdendo, então apoio no Congresso Nacional o então Presidente da República sofre um processo de *impeachment*, levando-o a renunciar o cargo e o seu vice, Itamar Franco Assume.

Em 1994, o Ministro da Previdência, alega que não há como realizar os repasses previstos para a área da Saúde, uma vez que houveram aumentos nos

benefícios dos previdenciários do INSS, e determinou, então, que os descontos que eram feitos em folha de pagamento seriam apenas para o custeio da Previdência Social, contrariando 3 leis federais e a Constituição Federal.

Então, em 1995, assume Fernando Henrique Cardoso, que manteve sua linha liberal, trazendo ideal da globalização e da redução do Estado (MERELES, 2018).

Já em 1996, a crise financeira do setor de saúde aumenta e o Ministro da Saúde busca uma alternativa econômica como fonte de arrecadação para financiar a saúde pública, ai surge a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), provisória, pois já surgiu com prazo de validade (CARVALHO, 2013), sendo este de 1 ano, porém não foi o que aconteceu, a CPMF perdurou por muitos anos, perdurando até o final de 2007.

Diante desta crise o Ministério da Saúde edita a NOB-SUS 01/96, representando um grande avanço na forma de gestão do SUS, ainda mais que afirmou a municipalização. Esta NOB reformulou todo o sistema e revogou completamente as anteriores e propôs aos Municípios que se adequassem aos dois novos modelos: Gestão Plena de Atenção Básica e Gestão Plena do Sistema Municipal, este modelos propõem a transferência de certas responsabilidades de gestão para os municípios.

O quadro abaixo, retirado da própria NOB-SUS 01/96, demonstra as responsabilidades transferidas aos municípios:

GESTÃO PLENA DE ATENÇÃO BÁSICA	GESTÃO PLENA DO SISTEMA MUNICIPAL
Elaboração de programação municipal dos serviços básicos, inclusive domiciliares e comunitários, e da proposta de referência ambulatorial e especializada e hospitalar.	Elaboração de programação municipal dos serviços básicos, inclusive domiciliares e comunitários, e da proposta de referência ambulatorial e especializada e hospitalar.
Gerência de unidades ambulatoriais próprias	Gerência de unidades próprias, ambulatoriais e hospitalares, inclusive as de referência
Gerência das unidades ambulatoriais do estado e/ou da União	Gerência das unidades ambulatoriais e hospitalares do estado e/ou da União
Introduzir a prática do cadastramento nacional dos usuários do SUS	Introduzir a prática do cadastramento nacional dos usuários do SUS
Prestação dos serviços relacionados aos procedimentos cobertos pelo PAB para	Prestação dos serviços ambulatoriais e hospitalares para todos os casos de

todos os casos de referência interna ou externa ao município	referência interna ou externa ao município
	Normalização e operação de centrais de procedimentos ambulatoriais e hospitalares.
Contratação, controle, auditoria e pagamento aos prestadores dos serviços contidos no PAB.	Contratação, controle, auditoria e pagamento aos prestadores de serviços ambulatoriais e hospitalares
Operação do SIA/SUS, conforme normas do MS, e alimentação, junto às SES, dos bancos de dados de interesse nacional	Operação do SIH e do SIA/SUS, conforme normas do MS, e alimentação, junto às SES, dos bancos de dados de interesse nacional
Autoriza AIH e Proced. Ambulatoriais Especializados	Autoriza, fiscaliza e controla as AIH e Proced. Ambulatoriais Especializados e de alto custo
Execução de ações de vigilância sanitária e de epidemiologia	Execução de ações de vigilância sanitária e de epidemiologia

Fonte: NOB-SUS 01/96

Como pode ser percebido, o modelo de Gestão Plena do Sistema Municipal tem maior abrangência, repassando ao município maiores responsabilidades, dentre elas a gestão direta do sistema hospitalar.

Esta NOB reformula e aperfeiçoa a gestão do SUS, na medida em que redefine: (i) os papéis de cada esfera de governo e, principalmente, no que se refere à direção única; (ii) os instrumentos gerenciais para que municípios e estados possam superar o papel exclusivo de prestadores de serviços e assumam seus respectivos papéis de gestores do SUS; (iii) os mecanismos e fluxos de financiamento, reduzindo progressiva e continuamente a remuneração por produção de serviços e ampliando as transferências de caráter global, com base em programações ascendentes, pactuadas e integradas; (iv) a prática do acompanhamento, controle e avaliação do SUS, superando os mecanismos tradicionais, centrados no faturamento de serviços produzidos, e valorizando os resultados advindos de programações com critérios epidemiológicos e desempenho com qualidade; (v) os vínculos dos serviços com os seus usuários, privilegiando os núcleos familiares e comunitários, criando, deste modo, condições para a efetiva participação e controle social¹⁸.

18. BRASIL. Instrução normativa número 01/97, de 15 de maio de 1997. Regulamenta os conteúdos, instrumentos e fluxos do processo de habilitação de municípios, de estados e do distrito federal as condições de gestão criadas pela NOB SUS 01/96. Brasília, Diário oficial da união de 15/05/97.

Contudo, além desta reestruturação do Sistema, uma das principais mudanças tratadas por este instrumento normativo foi a reformulação da forma de repasse de verbas, passando a ser feito com base num valor fixo per-capita, o Piso Assistencial Básico (PAB).

Esse piso é definido pela multiplicação pela população de cada município, que é fornecida pelo IBGE, sendo o valor transferido automaticamente ao fundo de saúde ou conta especial de cada município, podendo o município receber incentivos para o desenvolvimento de ações de saúde, o que agrega valor ao PAB.

2.2.4. Atualidade do SUS

Atualmente a Saúde no Brasil vive uma era de sucateamento, onde não e tem equipamentos de qualidade, profissionais qualificados à serviço do setor público de saúde, transformando assim a espera pela promoção à saúde um sacrifício de escala incomensurável.

Além disso, tem-se visto uma grande movimentação da população para a esfera do poder judiciário para efetivar seus direitos de promoção à saúde, Criando-se, assim, o fenômeno da Judicialização da Saúde, milhares de processos buscando a efetivação deste direito fundamental de extrema importância para a vida humana, de maneira digna.

O fenômeno desta judicialização acaba por travar, ainda mais a melhora dos serviços de saúde, pois muitas vezes o dinheiro que deveria ser repassado para o fundo de saúde é bloqueado por motivos de processo judicial.

Sobre a situação atual do SUS a Prof.^a Dr.^a Lígia Bahia diz:

O SUS ficou no meio do caminho, tornou-se um consenso, setores à direita e à esquerda o incluem obrigatoriamente em suas plataformas políticas e eleitorais. Mas o consenso não é em torno do SUS constitucional e sim de ações assistenciais para os pobres (definidos como os que não podem pagar). Esse consenso, contudo, tem matizes. Por exemplo, medicamentos caros devem ser gratuitos para ricos e pobres. E os serviços de excelência da rede SUS também devem admitir ricos, inclusive aqueles que podem passar à frente na fila. Portanto, uma metáfora sobre a situação do SUS é a de um abrangente e generoso projeto que ficou de pé, porém foi destituído dos conteúdos universalistas e democráticos originais.

Ou seja, o SUS parou no tempo, muito se promete, em campanhas, mas

pouco tem sido concretamente efetivado pelo Poder Executivo, o que vemos atualmente é o sucateamento do Sistema Único de Saúde (VARELLA, 2018). Um Sistema que deveria ter sua aplicação de modo operacional e, claro, efetiva. Porém nunca houve planejamento (BAHIA, 2017).

Uma das causas da precariedade do atendimento à população feita pelo Sistema Único de Saúde é a baixa dos investimentos feitos no setor, neste ano de 2018 apenas 3,6% do orçamento do Governo Federal foi destinado à área da Saúde, de modo que a média mundial tem sido de no mínimo 11,7%, dados comprovados pela OMS¹⁹.

Enquanto o investimento no setor diminui a demanda tende a aumentar, uma das explicações para o aumento da demanda é a crise financeira enfrentada pelo país, o aumento da inflação faz aumentar o valor de planos de saúde, bem como se aumenta os números do desemprego, ou seja, menos pessoas têm condições de arcar com planos de saúde e migram para o setor público, não pode preferência. Dados disponibilizados pela Agência Nacional de Saúde (ANS) comprovam, somente no ano de 2015 cerca de 1,18 milhão de pessoas deixaram de contar com assistência médica particular²⁰.

Por conta do aumento de usuários do serviço público de saúde e da baixa dos investimentos, a consequência é a superlotação de hospitais, bem como a excessiva espera pelos usuários na prestação dos serviços solicitados. Em média o brasileiro gasta cerca de 6 meses, para realizar uma cirurgia de vesícula²¹, a depender do atendimento que se busca a espera pode durar anos.

No que se refere a superlotação, uma pesquisa do Instituto Datafolha, que foi encomendada pelo Conselho Federal de Medicina, demonstrou que 44% dos entrevistados estavam esperando há mais de 1 ano para agendar uma cirurgia, e

19. Informação retirada do site: <https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>

20. Informação retirada do site: <https://www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/noticias-do-setor/816-o-drama-do-acesso-a-saude-no-brasil>

21. Informação retirada do site: <https://sydhartaseguros.com.br/qual-o-tempo-medio-na-fila-de-espera-de-cirurgia-do-sus/>

que 19% esperavam mais de 2 meses à espera de consulta²². O que se vê nos hospitais públicos é um descaso com a população e já se configura como um estado de calamidade social.

Fica demonstrado, de forma convincente, o colapso estrutural e de planejamento do Sistema Único de Saúde.

22. Informação retirada do site: <http://www.mv.com.br/pt/blog/4-pontos-de-alerta-para-a-gestao-da-saude-publica-ficar-de-olho>

3 JUDICIALIZAÇÃO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

3.1 DIREITO À VIDA.

3.1.1. Breve Contexto Histórico

O Direito à vida é um bem de máxima excelência, o bem mais precioso do ser humano, o bem que dá sentido e que guia o ser humano, sem esse bem nada mais importa e nada mais é válido. Na bíblia no livro de Gênesis, capítulo 1, versículo 26 e 27 diz:

Deus disse: 'Façamos o ser humano à nossa imagem e segundo a nossa semelhança, para que domine sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todos os animais selvagens e todos os animais que se movem pelo chão'.

Deus criou o ser humano à sua imagem e semelhança, à imagem de Deus o criou.

Homem e mulher Ele os criou.

Os cristãos acreditam que a atribuição do direito à vida tenha sido dada por Deus, que com seu poder criou tudo que podemos enxergar, tocar, medir e sentir. De igual modo, tem-se a teoria do *Big Bang*, que nos diz que uma estrela gigantesca no espaço explodiu e daí surgiu a vida, não da forma como conhecemos hoje, mas que com o passar dos séculos foi se moldando à nossa realidade. Independente de qual teoria se segue, uma coisa é certa a vida humana surgiu e com ela veio o direito natural de existir, de usufruir dessa vida.

Nos tempos remotos, antes mesmo do surgimento da racionalidade humana a proteção à vida era percebida, pois os seres humanos se agrupavam em bandos para evitar ataques de predadores, ou mesmo de outros grupos humanos. Muitos anos à frente, mas ainda antes de Cristo, foi instituída a lei de Moisés, os dez mandamentos, onde lá estava a proteção à vida, não matarás.

Séculos mais tarde, na chamada idade moderna já em transição para a era do iluminismo, a proteção à vida e à integridade física do ser humano era considerada um objetivo do Estado e uma das razões para a sua existência, o que podemos observar na obra de Thomas Hobbes. A vida passou a ser considerada um direito inato ao ser humano, ou seja, um direito natural e como tal é inalienável,

intransferível e indisponível do ser humano, conforme demonstra a obra de John Locke.

Vendo esse apanhado histórico há que ressaltar que não se pode confundir a positivação do direito à vida com o instinto de sobrevivência. No que se refere à positivação do direito à vida, o primeiro documento com força normativa a consagrar a vida como um direito de fato foi a Declaração do bom povo da Virgínia em 1776, que em seu artigo 1.º aduzia:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, detêm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, **não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida** e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedadee de buscar e obter felicidade e segurança. (grifos meus)

Então, a partir daí o direito à vida passou a ser mencionado em outros documentos definidores de direitos, como é o exemplo da Constituição Americana de 1787, porém não em seu texto original, pois este não trazia um rol de direitos e garantias fundamentais, apenas com a Quinta emenda, feita em 1791, o direito à vida foi consagrado como um direito fundamental. O dispositivo da quinta emenda trazia o seguinte texto: “nenhuma pessoa [...] será desprovida de sua vida [...].”

Os documentos seguintes que consagram o direito à vida como direito fundamental são as constituições da época da Revolução Francesa, que além de trazerem em seu texto a proteção à vida, elevam a um patamar muito maior, a visibilidade do conceito de direito fundamental, transformando este em um conceito de proporções mundiais, altamente visível. Porém, após esta explosão de visibilidade, após esses acontecimentos o direito à vida não teve grande importância, sendo até mesmo esquecido, salvo algumas exceções, por documentos constitucionais, até que com o fim da segunda grande guerra este direito volta a ter notoriedade e tendo grande destaque na Declaração dos Direitos Humanos da ONU em 1948 e assim, por conseguinte lógica, dos demais documentos internacionais, pactos, tratados.

Dentre esses documentos internacionais um que merece destaque é o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, formulado em 1966, que fez uma formulação diferenciada da forma de proteção à vida dizendo que este é um direito

inerente a todo ser humano devendo ser protegido por lei e que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida, isto está disposto no art. 6.º, 1, do Pacto, além do mais o documento prevê uma série de limitações sobre a pena de morte, dentro das quais, ela somente poderá ser aplicada contra quem cometeu um crime de natureza grave e mediante prolação de sentença resolutive de mérito. Mais a diante, no ano de 1989, com o segundo protocolo facultativo do Pacto, a pena de morte foi abolida, ou seja, todos os Estados que fizerem parte deste pacto somente podem ter a pena de morte em um caso, que é o caso de crime militar em tempo de Guerra, que no caso do Brasil é a única possibilidade de pena de morte, caso que já estava previsto antes mesmo de o país ratificar o pacto.

No Brasil a vida é tutelada como um direito fundamental, constante do texto constitucional de 1988, onde é protegida por diversos institutos dentre eles o direito fundamental de acesso á saúde, de promoção da saúde, direito social de cunho fundamental tratado no art. 6.º, *caput*. Porém, no cotidiano vê-se a precariedade que este direito fundamental tem, e por diversas vezes usuários do serviço público de saúde tendem a procurar outros meios para ter seu direito à promoção de sua saúde efetivados, sendo o judiciário, atualmente, um dos meios mais procurados, tendo assim o fenômeno chamado de Judicialização da saúde.

3.1.2. Conceito de vida

Ao se procurar o significado de vida em um dicionário tem-se algumas definições, como por exemplo, período de um ser vivo, compreendido entre o nascimento e a morte; existência (AURÉLIO, 2017), porém é sabido que a vida é muito mais complexa do que somente a existência de um ser humano. Vida pode se relacionar o modo de se viver, vida pode se prender a um conceito meramente biológico, filósofos tentaram definir a vida, mas todos entram em um consenso, a vida é complexa demais para se conceituar.

Entretanto, para mundo do direito e efeitos de proteção jus fundamental, ou seja, de proteção da vida como um direito fundamental, a vida é a existência física do ser humano. Portanto, está atrelado apenas ao conceito meramente biológico, onde tudo está baseado no código genético humano. Contudo, com a evolução histórica, a vida humana foi sendo cada vez mais valorizada, cada vez mais foram se atrelando a este conceito novas formas de enxerga-lo, a dignidade da

pessoa humana, por exemplo, é um conceito que atrelado a vida, não permite que o ser humano, durante sua existência viva em situações abaixo de um patamar mínimo de dignidade, e assim vários conceitos foram se juntando ao conceito de vida. Então, é de certo concluir que a vida é a existência física do ser humano, de maneira digna, devendo esta ser protegida e tutelada.

A promoção da saúde no Estado brasileiro há tempos tem sido alvo de grandes reclamações, motivo, o sistema de saúde está, notoriamente, em processo de falência. O direito que tende a realizar a manutenção da vida está em uma crise de proporções enormes, e observando estas dificuldades, diversos pacientes, que necessitam de assistência médica, buscam o poder judiciário como forma de garantir o seu direito à vida e à promoção da saúde, promovendo, então demandas de extrema complexidade, por vezes. Demandas estas que custam tempo, o que por muitas vezes estes pacientes/requerentes não podem dispor.

3.2 TEMPO DO PROCESSO

Sendo a vida um bem de tamanha valia, e sendo o conceito de vida atrelado ao conceito de dignidade da pessoa humana, pergunta-se, quanto tempo pode-se dispor para que um processo sobre saúde termine? Já que uma vida digna necessariamente significa dizer uma vida com saúde, e sendo uma questão de tamanha importância não há como se dispor de grande tempo para solucioná-la, bem como, por diversas vezes, frisando, o paciente, que se utiliza deste meio para a promoção de sua saúde, não tem o tempo necessário para dispor.

No Brasil, a procura pela prestação da saúde, de ter acesso a um medicamento, a uma cirurgia ou até mesmo a realizar um exame negado por diversos motivos, como por exemplo, o plano de saúde pago, não cobre, ou não é oferecido na rede pública de saúde, tem aumentado gradativamente nos últimos anos, principalmente quando o instrumento utilizado para a prestação deste direito é o poder judiciário.

Porém, nem sempre este se mostra ser o meio mais eficaz, uma vez a média de tempo gasto para que um processo judicial finde é de 4 anos, dados estes comprovados por pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ²³, logo,

23. Informação retirada do site: <https://exame.abril.com.br/brasil/quanto-tempo-a-justica-do-brasil-leva-para-julgar-um-processo/>

mostra-se que este talvez não seja o meio mais célere e eficaz de se buscar a prestação de um direito que por diversas vezes se mostra necessário de grande urgência. Essa duração excessiva do processo judicial fere mortalmente o princípio da razoável duração do processo.

3.3 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O Princípio da Razoável Duração do Processo, como o próprio nome diz, é uma garantia processual, que está tutelado na nossa Constituição, no art 5.º, LXXVIII, e que é também previsto no Pacto de São José da Costa Rica, a nossa Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu art. 8.º, 1, diz:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifos meus)

Sendo o Brasil um país que ratificou esta Convenção, era obrigatório que fosse incorporado ao sistema jurídico brasileiro tal instrumento, o que foi devidamente feito pela Constituição de 1988, uma vez que 10 (dez) anos antes o Brasil havia aderido a esse instrumento normativo internacional. Bem como o Código de Processo Civil de 2015 faz em seu texto menção a este princípio, sendo ele citado no art. 4.º código processual.

O que diz esse princípio, que o processo deve se desenrolar em um tempo razoável, ou seja, a depender da complexidade de cada caso, cada processo terá o seu tempo para ser finalizado. Foram formulados 3 (três) requisitos para se averiguar se a duração do processo é razoável ou não: 1. A complexidade do tema em discussão; 2. O comportamento das partes no decorrer do processo; e 3. A forma de atuação do órgão judicial, estes requisitos foram dados pela Corte Europeia dos Direitos do Homem. Entretanto, adaptando à realidade brasileira o professor Freddie Didier (2017), acrescenta mais um a estes requisitos, a análise da estrutura do órgão judiciário.

O professor, ainda, mostra que no Brasil há uma regra que pode servir de parâmetro para o tempo gasto e um processo judicial.

[...] De acordo com o art. 97-A a Lei 9.504/1997, acrescentado pela Lei n.

12.034/2009, reputa-se razoável o prazo de um ano, incluindo a tramitação em todas as instâncias, para a duração do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo. Esse prazo começa a contar da apresentação da demanda perante a Justiça Eleitoral. Se houver desrespeito a esse prazo, caberá representação disciplinar contra o juiz ou o Tribunal (art. 97, Lei n. 9.504/1997), sem prejuízo da representação perante o Conselho Nacional de Justiça (art. 97-A, § 2.º, da Lei 9.504/1997).

Não é um caso que possa ser aplicado a todos os tipos de demandas judiciais, porém já se torna um parâmetro para que possa haver uma fiscalização mais rígida do tempo gasto em processos. Além do mais, existem outros instrumentos que podem auxiliar na concretização desse direito fundamental, como por exemplo, o art. 235 do CPC/15, que prevê a possibilidade da perda da competência do juízo em caso de representação por excesso de prazo (DIDIER, 2017); o mandado de segurança manejado contra a omissão judicial, pode ocorrer quando, em tempo não razoável, a decisão não é prolatada; ação de responsabilidade civil contra o Estado, se a demora excessiva gerar dano ao proponente, é um caso muito válido e utilizado nos casos de Judicialização da saúde.

Todavia, como dito acima, o processo deve ter a sua duração razoável, o que não significa dizer que este será rápido, sempre irá depender da complexidade do tema, nas palavras de Fredie Didier Jr.

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.

Um processo que tem como tema a Saúde, porém, é um processo que tem duas incógnitas altamente importantes que se contrapõem na maioria das vezes, a complexidade do caso, por diversas vezes altíssima, e a falta de tempo daquele que entra com o processo na esfera judicial, pois muitas das vezes não se dispõem de tanto tempo, um paciente com câncer, nem sempre dispõem de tempo para se manter vivo, alguém que sinta dores extenuantes não pode dispor de sua dignidade para gastar tanto tempo em um processo judicial, assim como diversos outros fatores.

Entretanto, será que esta grande demanda de processos que são analisados e julgados favoráveis aos autores, que buscam sua satisfação pessoal

em casos de saúde, na busca de prover sua própria saúde, não está restringindo o acesso à promoção da saúde de outros cidadãos? Uma vez que passa a ser gasto dinheiro do erário para preencher esta lacuna específica ao invés de se estar preenchendo uma lacuna coletiva, na construção de mais hospitais, prontos socorros ou na realização de programas sociais de bem-estar ou, até mesmo, contratação de mais profissionais qualificados, por exemplo.

O questionamento oposto também se faz altamente válido, será que com a Judicialização da saúde não há, na verdade, a ampliação de garantias para a saúde? Pois se estará evitando que um paciente esteja ocupando um leito de hospital ou na busca incessante de uma consulta, entre outras possibilidades.

3.4 RESTRIÇÃO OU AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PELA JUDICIALIZAÇÃO

É inegável que o Poder Judiciário, há muitos anos, tem sido altamente visado pelos cidadãos para preencher o vazio que o próprio poder Legislativo ou mesmo o Executivo deixam em suas ações, ou seja, o poder Judiciário é aquele que pode dar efetividade, pelo menos em tese, para as políticas públicas quando estas não estão sendo implantadas de maneira correta pelos outros poderes.

Não significa dizer que o Poder Judiciário é entre os 3 o mais importante ou aquele que comanda todos os outros, até porque, existe no Brasil o sistema de freios e contrapesos que mantem a harmonia entre estes Poderes, entretanto, quando um poder “murcha” o outro tende a “inchar” para, como dito acima, preencher o espaço que o outro ou os outros deixam.

Também chamado de princípio da separação dos poderes, este princípio diz que os poderes são independentes e harmônicos entre si, consiste, nas palavras de José Afonso (2017), em confiar as funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes. Sendo que a divisão destes poderes é feita a partir da observância de 2 elementos: (i) especialização funcional e (ii) independência orgânica, ou seja, não há um poder que seja subordinado à outro.

Este princípio, como se conhece atualmente, foi definido por

Montesquieu²⁴, sendo, na Revolução Francesa, transformado em um princípio constitucional, posteriormente expresso no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Porém, na atualidade, com o Presidencialismo, este ganha uma nova versão, onde se desenvolvem as técnicas de independência e separação de poderes²⁵.

Para o momento, o que é relevante é a harmonia entre estes poderes, que por um lado significa as tratativas cordeais de um com o outro, mas também significa dizer que, com o sistema de freios e contrapesos, busca-se o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade²⁶. Para que assim evite-se, de modo arbitrário, o desmando de um em detrimento do outro, principalmente de maneira que possa afetar negativamente a população.

Com a saúde não foi diferente, desde que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, políticas públicas de saúde foram implementadas através do Sistema Único de Saúde – SUS, que depende, para sua efetivação, de movimentação intensa do Poder Executivo, com repasses de verbas, implementação de políticas públicas, criação e construção de hospitais, contratação de profissionais, entres outras coisas que são de competência precípua deste. Entretanto, ao longo dos anos o Poder Executivo foi falhando com suas atribuições perante esse aspecto de sua competência, tornando, assim, difícil o acesso à saúde por parte de seus cidadãos, começou, então, a haver uma grande movimentação para que o poder judiciário pudesse efetivar as demandas dos cidadãos. Neste momento surge este fenômeno chamado Judicialização da Saúde.

A Constituição Federal no artigo 5.º, XXXV, prevê que nenhum tipo de ameaça à direito será excluída de apreciação pelo judiciário, ou seja, diante da crescente demanda quanto à saúde nos processos judiciais, não pode este poder se dizer incompetente para julgar esses processos.

Por este motivo os tribunais têm, além de reconhecer a judicialização como um movimento legítimo, tem dado provimento aos processos que buscam interesses nesta área.

24. MONTESQUIEU. O espírito das leis.

25. SILVA, José Afonso. 2017

26. SILVA, José Afonso. 2017

Ementa: JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA. MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO NO ÂMBITO DO SUS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO DESPROVIDO. 1. **A saúde é direito fundamental que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim.** 2. A eficácia desse serviço público, notadamente de assistência farmacêutica, depende da seleção e distribuição à população, para atingir o maior número possível de pessoas. Para esse desiderato, o estabelecimento de diretrizes e critérios de aquisição de medicamentos, norteados pelos princípios da seletividade e distributividade, requer padronização, muitas vezes incompatível com a especificidade do caso 3. Isso não quer dizer que o Poder Público não tenha obrigação de garantir ao cidadão necessitado dessa assistência quando o medicamento não se encontrar no rol daqueles fornecidos. A ponderação dos valores contidos nos princípios em conflito: dignidade humana; mínimo existencial; da reserva do possível e do orçamento, possuem pesos diferentes, sendo que os dois primeiros devem prevalecer, desde que demonstrado que o não atendimento lhe suprimirá o mínimo de qualidade de vida, incluído aí a saúde. 4. Havendo dúvida quanto à existência de alternativas terapêuticas em relação ao medicamento pleiteado, o qual, além de não ser padronizado pelo SUS, é de alto preço, há de se colocar em relevo o princípio da reserva do possível, sob pena de se inviabilizar a política pública de saúde sob uma perspectiva universal.

Encontrado em: 14/11/2018 - 14/11/2018 Agravo Interno Cv AGT 10000180422156002 MG (TJ-MG) Bitencourt Marcondes (grifos meus)

O judiciário passa adentrar nas funções do Poder Executivo, porém este movimento é legitimado, uma vez que o cidadão não pode ficar desamparado, a mercê de políticas públicas ineficazes, ainda mais, sob a alegação da reserva do possível. Nada mais é do que a busca dos objetivos constantes do artigo 2.º, IV da Constituição Federal, qual seja, promover o bem de todos, além de assegurar a Dignidade da Pessoa Humana, que é um fundamento do Estado Democrático de Direito.

O STF tem entendimento reiterado sobre o assunto, que diz que se tratando de direito à saúde o poder judiciário pode intervir para que seja efetivado tal direito.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. **SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).

2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.

3. Naquele julgamento, esta Corte, **ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.**

4. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (grifos meus)

Estes processos, geralmente, não são coletivos pelo contrário, são demandas individuais, de pacientes que necessitam de uma cirurgia, que buscam medicamentos, próteses, etc., o que normalmente é concedido pelo judiciário, porém, deve-se analisar o impacto que é trazido por isso, uma vez que um procedimento cirúrgico ofertado a apenas uma pessoa, gera custos ao Estado.

Políticas Públicas de promoção à saúde geram cerca de R\$ 231 bilhões de reais por ano de gastos, cerca de 9,1% do PIB brasileiro, informações prestadas pela Agência Brasil²⁷, isto como gasto do ano de 2017, ou seja, há dinheiro para investimento, entretanto o que se vê são desvios de finalidade do dinheiro público, gerando assim o sucateamento do Sistema de Saúde, por isso os pacientes tendem a enveredar pelos corredores da Justiça para conseguir atendimento.

Dados do CNJ comprovam, pois cerca de 1bilhão de reais são gastos para atender a 4.855 (quatro mil oitocentos e cinquenta e cinco) pacientes/autores em razão do cumprimento de ordens judiciais e R\$ 845.175.420,03 (oitocentos e quarenta e cinco milhões cento e setenta e cinco mil quatrocentos e vinte reais e três centavos) são para o atendimento de apenas 1.174 (mil cento e setenta e quatro) pacientes. Logo, na judicialização, 24% das demandas consumiram 77% dos recursos. A cada ano, para cada dez novas demandas propostas, apenas três demandas antigas são resolvidas e soma-se a este dado o fato de que se encontram pendentes cerca de 93 milhões de processos no âmbito do Poder Judiciário, sendo

27. Informação retirada de: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/gastos-com-saude-crescem-mesmo-em-meio- crise-e-atingem-91-do-pib>

um dado extremamente alarmante²⁸.

Analisando friamente os dados que são apresentados pelo CNJ percebe-se que não há nenhum tipo de ampliação de direitos e garantias com a judicialização da saúde, uma vez que tem se mostrado a enorme demanda que o povo brasileiro tem em buscar a saúde a qualquer custo, já que o Estado não provê um Sistema de qualidade, que abarque todas as realidades, todos os exames necessários, ou que dê ao cidadão a paz de se um dia vir a precisar de assistência médica, ele a terá de imediato, com o perdão da expressão, mas nem nos prontos socorros o socorro é de pronto atendimento.

Há dados ainda mais alarmantes, segundo o CNJ os processos cuja demanda é o fornecimento de medicamentos, em sete anos, aumentaram cerca de 1.300% (mil e trezentos por cento)²⁹, para melhor compreender este cenário, deve-se entender que um medicamento comprado, diga-se, a valor de varejo é muito mais caro que um medicamento comprado em valor de atacado, ou seja, o gasto com o medicamento para o paciente A será muito mais caro que o medicamento que será fornecido aos demais pacientes.

A preocupação do CNJ é tamanha que foram criados diversos conselhos para tratar do assunto e, claro, repassar informações e discutir soluções para esse junto aos órgãos competentes em promover as políticas públicas de saúde.

Mas uma coisa é certa, quem entra com esses processos no judiciário é pelo simples fato de ter pressa, então se entende que os direitos e garantias constitucionais têm sido cada vez mais mitigados, uma vez que não é papel do Sistema Judiciário Nacional promover políticas públicas, porém este fica com esse papel, dada a incompetência dos demais poderes, que não conseguem arranjar soluções para um problema generalizado e altamente exposto, a falência do sistema de saúde brasileiro.

Nessa linha de pensamento, à pressa pela prestação da saúde recai, também, na necessidade de se haver a manutenção do estoque de remédios nas

28. Informação retirada de: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87841-avancos-da-constituicao-na-area-da-saude-esbarram-nas-falhas-do-sistema>. Acesso em 23/11/2018

29. Informação retirada de: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87841-avancos-da-constituicao-na-area-da-saude-esbarram-nas-falhas-do-sistema>. Acesso em 23/11/2018

farmácias dos hospitais públicos, e nesse sentido o Ministro Ricardo Lewandowski, em sede do Recurso Extraordinário n.º 429903/RJ³⁰ entendeu que é obrigatória a manutenção do estoque de medicamentos para o tratamento da doença de Gaucher, para que não houvesse a interrupção do tratamento dos portadores desta doença, em seu parecer, o Ministro, reafirmou a posição do Excelso Pretório no sentido de que não há nenhum tipo de ofensa ao Princípio da Separação de poderes quando há exame, por parte do Judiciário, à atos administrativos considerados ilegais ou abusivos, não podendo se mostrar indiferente o Poder Público, qualquer que seja a esfera, em face aos problemas de saúde da população.

Desta forma, a pressa na prestação da saúde tende a fazer com que os pacientes, por intermédio de seus advogados e defensores, peçam a chamada tutela de urgência, já que não há tempo a se perder quando o assunto é saúde, bem estar físico, mental, psíquico, emocional levando então a uma qualidade de vida, tornando então a ser uma vida digna. Isto resta comprovado pela jurisprudência

Ementa: DIRETO À SAÚDE. DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. 1. A judicialização da política pública de distribuição de medicamentos, por outro lado, deve obedecer a critérios que não permitam que o Judiciário faça as vezes da Administração, bem como que não seja convertido em uma via que possibilite a um paciente burlar o fornecimento administrativo de medicamentos, garantindo seu tratamento sem que se leve em consideração a existência de outros cidadãos na mesma ou em piores circunstâncias. 2. Diante de tal quadro, tenho que ausentes os requisitos autorizadores da **tutela de urgência** quando não há evidências científicas que indiquem a preferência terapêutica requerida sobre as alternativas disponibilizadas no âmbito do SUS. Deve, desta forma, ser concedido o efeito suspensivo pleiteado ao presente agravo de instrumento.

Encontrado em: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. TERCEIRA TURMA AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 50472769420174040000 5047276-94.2017.4.04.0000 (TRF-4) ALCIDES VETTORAZZI (grifos meus)

Esta tutela não é específica deste direito material, mas vem sendo altamente utilizada nestes casos, uma vez que para a concessão desta faz-se necessário que o perigo da demora na prestação do direito e que o direito tutelado

30. Informação retirada de:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo752.htm#Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20e%20manuten%C3%A7%C3%A3o%20de%20medicamento%20em%20estoque>.

seja provável, podendo ser mitigados alguns direitos do requerido para tal decisão

3.5 TUTELA DE URGÊNCIA

A Tutela de Urgência é uma das espécies de Tutela Provisória trazida na lei processual brasileira a partir do art. 294 do CPC/2015, que diz que a tutela pode se fundamentar na urgência ou na evidência. Porém para entender a tutela provisória deve-se, primeiramente entender quais os tipos de tutela.

3.5.1. Tutela Definitiva e Cautelar

Quando se entra com um processo tem-se o objetivo de que o pedido seja concedido completamente, tornando a decisão definitiva, é aí que se entra na primeira espécie de tutela jurisdicional, a tutela *definitiva*. Esta espécie de tutela é aquela que é obtida através de um debate jurídico e fático profundo acerca do objeto do pedido, sendo garantidos os princípios basilares do processo, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, ou seja, é concedida em cognição exauriente. Podendo ser ela satisfativa ou cautelar, satisfativa quando se certifica ou efetiva um direito, já a cautelar ela apenas assegura a satisfação futura de um direito.

3.5.2. Características da Tutela Cautelar

A tutela cautelar é dotada de duas características específicas, a referibilidade e a temporariedade. Referibilidade, pois a tutela cautelar, necessariamente, se refere a outro direito, ou seja, a tutela cautelar não é o direito que é o objeto da ação, não, ela é um modo pelo qual se assegura a futura fruição de outro direito. Fredie Didier Jr. (2017) explica que:

A tutela cautelar é meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado é o direito sobre o qual se recai a tutela cautelar. Essa referibilidade é essencial.

Ou seja, o direito acautelado é o pedido principal feito pelo autor, é o motivo pelo qual o processo existe, já o direito à cautela é o direito a se ter uma medida que proteja a futura fruição do que se está sendo pedido.

A temporariedade da tutela é justamente porque a tutela cautelar tem sua eficácia limitada no tempo³¹. Desta forma, enquanto for necessária a proteção do direito a tutela irá existir, porém quando esta proteção não se demonstrar mais necessária a tutela perde seus efeitos e deixará de existir. Além de que a tutela cautelar tende, por óbvio, a desaparecer quando se é obtida a tutela satisfativa.

Contudo, a definitividade da decisão não se exclui pela temporariedade da tutela cautelar, pois há nesse ínterim a cognição exauriente do mérito que foi objeto de tutela. A definitividade recai sobre o direito material que foi acautelado, bastando para tanto que se demonstre provável a cautela, ou seja, o *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito).

Esse elemento, *fumus boni iuris*, é o suporte fático do direito à cautela, ou seja, para que se possa ter o direito à cautela é necessário que o direito acautelado seja possível, provável, sendo este elemento confirmado pode-se dar a definitividade à cautela (DIDIER, 2017).

Então, para que seja um direito, como por exemplo, o direito à saúde, acautelado, é necessário que esse direito seja provável de fruição, ele sendo, pode-se dar a devida definitividade que o autor pede.

Porém, para o caso que se estuda, qual seja, o direito à saúde, por demasiadas vezes não se pode esperar pela cognição exauriente de um processo, por isso pede-se para antecipar os efeitos dessa tutela definitiva. Uma vez que para que seja a cognição feita por completa exige-se tempo³², e é justamente o que o autor não dispõe.

É nesse caso que a tutela pode ser fundamentada em dois vieses, a *urgência* e a *evidência*.

A Urgência se demonstra quando o tempo que seria necessário para a

31. Com posicionamento um tanto diferenciado, Daniel Mitidiero defende que toda tutela, independente de qual seja, cautelar ou satisfativa tem a sua eficácia como temporária. Pois, para que terminem seus efeitos basta ocorrer uma mudança na situação fático-jurídica que motivou a sua concessão. A situação fático-jurídica que serve como base é naturalmente mais instável, o que demonstra a evidência de que sua eficácia é temporária, ai que está o diferencial na tutela cautelar.

32. Entretanto, o tempo no processo é de extrema necessidade, a depender da complexidade do tema, este tempo mostra-se um mal necessário, conforme aduz o Professor Fredie Didier (2017): "A rigor o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos."

obtenção da tutela pretendida (definitiva – satisfativa ou cautelar) coloca em risco a efetivação do direito.

A Evidência, sem urgência, ocorre quando o tempo a ser gasto pelo processo não pode ser suportado por aquele que irá gozar do direito, visto que seu direito está assentado em afirmações de fato comprovadas, documental ou testemunhalmente.

Ou seja, a finalidade destas espécies de tutela é diminuir o desgaste e os males causados pelo tempo no processo e naquele que estão pretendendo gozar de tal direito, além de garantir a efetividade da jurisdição. Logo, serve para, nas palavras de Marinoni (2016), redistribuir o ônus do tempo no processo.

A decisão que concede a tutela provisória é uma decisão que tem como base uma cognição sumária, dando eficácia imediata à tutela definitiva que se pretende ao adentrar com o processo judicial. Sendo que seus efeitos serão válidos até que outra decisão definitiva a modifique, revogue ou confirme seus efeitos.

Essa espécie de tutela, a provisória é marcada por 3 (três) características muito bem definidas e essenciais: (1) a sumariedade da cognição, ou seja, a análise fática é feita de forma superficial, sendo, então, um juízo da probabilidade; (2) a precariedade, significa dizer que outra decisão pode muito bem modificar seus efeitos; e (3) os efeitos da coisa julgada não a atingem, podendo, sim, ser objeto de nova discussão, não há que se falar em imutabilidade da decisão.

A tutela pode ser fundamentada, como dito anteriormente, na urgência e na evidência de um direito, no Código de Processo Civil a Tutela de Urgência, que é o foco, está prevista no art. 300, que diz: a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Vê-se, novamente, a presença dos dois elementos que baseiam a tutela provisória, a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou seja, neste caso deverá se analisar, em primeiro plano, se existe a real probabilidade de que tal direito exista, seja em favor do autor e que ele é passível de aplicação da Tutela; e o perigo de dano, mas esse dano não é qualquer dano, este é o dano que gere prejuízo ao processo, ou seja, que incida na causa de pedir do autor.

Porém, para que seja mais rápida ainda a possibilidade da fruição de um

direito, a tutela de urgência pode ser concedida *inaudita altera pars*, ou seja, sem a oitiva da parte requerida, sendo, então, concedida no início do processo, *in limine litis*, possibilidade trazida pelo art. 300, § 2.º do Código Processual.

Para que seja concedida liminarmente a tutela de urgência deve se basear em um fato que o perigo esteja configurado e comprovado antes ou durante o ajuizamento da demanda. Se não houver perigo de dano ao resultado do processo antes da citação do requerido, não há que se conceder liminarmente a tutela pretendida, por não haver justificativa razoável para a mitigação do direito ao contraditório, configuraria uma mitigação ilegítima e desproporcional ao direito de defesa do demandado.

É por isso que em casos que envolvam o direito à saúde é comum observar o pedido de liminar, uma vez que o resultado útil do processo, muitas vezes se demonstra na vida do requerente, pois este não pode perder tempo em litigâncias longas.

3.5.3. Da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*)

A probabilidade do direito, ao se conceder ou não a tutela de urgência, é averiguada na possibilidade de existência do direito a ser tutelado, como se conhece a expressão *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito).

O que deve ser avaliado é se há elementos que comprovem ou ao menos evidenciem a existência do fato que foi descrito na petição inicial e se há a probabilidade de esta demanda lograr êxito em favor do requerente, isto é o que nos mostra o art. 300 do CPC.

São dois requisitos, nos diz Didier (2017), que formam o convencimento do julgador nesse caso, a chamada *verossimilhança fática*, que é a constatação de certo grau de realidade aos fatos narrados, ou seja, preciso que haja a visualização de uma verdade nos fatos trazidos à julgamento, sem que seja necessária a produção de provas.

O Segundo requisito é a *plausibilidade jurídica*, é o momento onde irá ser verificado se há a subsunção do fato à norma utilizada, para que ai surja o direito, conduzindo-se o processo ao efeito que o autor visa.

3.5.4. Perigo da demora (*periculum in mora*)

Outro requisito que se faz necessário analisar para que seja deferido o pedido de tutela de urgência é que esteja configurado o perigo na demora da prestação jurisdicional, o que pode gerar problemas para a efetivação do direito.

No texto do art. 300 do CPC, o perigo da demora está previsto na expressão “dano ou risco ao resultado útil do processo”, porém doutrinadores, como Fredie Didier (2017), discordam do texto, pois a tutela de urgência não é para resguardar o processo, mas sim o direito material a ser usufruído.

O Perigo da demora, por exemplo, em um processo sobre direito à saúde está na não prestação desta e a possível morte, se for o caso, do requerente, ou então algum dano ou seqüela que seja para o resto da vida, retirando-se, assim, a dignidade da vida do ser humano, o que, sendo de notório saber, é inviolável.

Contudo, é de extrema relevância explicitar que, o dano que justifica a tutela de urgência é o dano concreto, atual e grave (MARINONI, 2017), ou seja, não pode ser um dano hipotético, que a parte tema que aconteça; tem que ser um perigo iminente de acontecer ou que já esteja acontecendo; e por último, que sua intensidade seja de grande ou média proporção, sendo que se faz necessário que tenha como prejudicar ou impedir o gozo de um direito.

Ademais, este deve ser um dano irreparável ou de difícil reparação, Guilherme Marinoni (2017) nos define o dano irreparável como o que pode decorrer da violação de um direito patrimonial; patrimonial com função não patrimonial; patrimonial que não pode ser reparado de forma específica, ou seja, não há o retorno aos *status quo ante*; e o direito patrimonial que pode ser efetivamente atendido através de simples prestação pecuniária.

Faz-se, então, necessário que haja um controle jurisdicional para que os processos que versem sobre o tema, Saúde, possam tramitar de maneira mais célere, em tempo adequado para o caso, uma vez que o tempo é um dos maiores inimigos dos que necessitam de uma prestação jurisdicional nesta área.

CONCLUSÃO

O Direito à vida é indisponível, inalienável e intransferível, é um dos bens que mais tem valor para o ser humano, e sendo um direito de tamanha valia, deve ser protegido da mesma forma. O direito à saúde é uma das formas de se proteger à vida, uma vez que o acesso à saúde, à programas de promoção desta, faz com que o ser humano seja mais longo, tendo, juntamente com isso a dignidade necessária para viver.

Neste interim, os processos judicializados sob o teor da saúde, são legitimados, ou seja, este fenômeno, judicialização da saúde, é um movimento legítimo, uma vez que é uma forma de dar ao cidadão aquilo que ele necessita, sendo uma demanda direta apresentada por este.

A história comprova que o sistema de saúde pública no Brasil nunca esteve em tempos áureos, onde tudo funcionava da maneira que deveria, não, pelo contrário, o sistema público de saúde passou por diversas crises e nunca foi sinônimo de qualidade. Diante delas muitos planos foram criados para reformulá-lo, porém nenhum destes obteve êxito. Até que se chegou ao atual sistema de saúde, o SUS, que, em tese, sistematizaria e colocaria a saúde em um novo patamar, com atendimentos de qualidade ao cidadão.

Contudo, a atualidade se mostra cruel e não corresponde ao que foi idealizado para o sistema, cidadãos pacientes, necessitados, por não terem condições de custear um plano de saúde particular, dependem e padecem em filas à espera de uma consulta, um tratamento, uma cirurgia, um medicamento.

Cansados de esperar, em média 1 ano, só para cirurgias, por exemplo, vislumbram no Poder Judiciário uma maneira de efetivar seu direito e se sentirem amparados pelo Poder Público. Este movimento dos cidadãos é altamente legítimo, vez que não podem ser prejudicados pela falta de organização e planejamento do Estado, que sob a alegação de não ter receita, não efetiva as políticas públicas na área da saúde, além de alegar o princípio da reserva do possível em detrimento da cobertura integral, que é um princípio norteador do atual sistema de saúde.

Não sendo, talvez, a via mais célere para se efetuar este direito, pois em média os processos judiciais demoram cerca de 4 anos, àqueles que necessitam e tem como comprovar tal necessidade solicitam aos tribunais a figura da tutela de urgência, na tentativa de impor maior celeridade aos processos judiciais, mitigando certas formalidades processuais, e assim, realmente efetivar seus direitos fundamentais.

A Judicialização da Saúde não pode ser vista como uma aberração jurídica, uma vez que se legitima na própria Constituição Federal, nos artigos 1.º, III; 2.º, IV e 5.º XXXV, além de, claramente, ser legitimado pelo povo, que é o detentor do poder, pois todo o poder emana deste.

O STF, como demonstrado, tem entendimento neste sentido, de que o Poder Judiciário é legítimo para coagir os outros poderes a efetivarem as políticas públicas na área da saúde, pois não há nada que seja considerado inovação, apenas há a efetivação do que já está previsto.

Todavia, não demonstra ser a judicialização da saúde uma forma de efetivação do direito fundamental, uma vez que o que deve ser buscado é o bem da coletividade, sendo que a maioria dos processos são individuais, sendo que deve haver a prevalência de processos coletivos neste caso, uma vez que se trata de uma política de alcance geral.

E o dinheiro gasto com processos individuais são retirados, diretamente, da receita do sistema de saúde, ou seja, não podendo alcançar, este dinheiro, seu fim de promover políticas coletivas de saúde.

A União, Estados e Municípios tendem a realizar a relocação de fundos, de maneira emergencial, e juntos gastam cerca de 7 bilhões de reais com as condenações em processos judiciais sobre a saúde³³. Ou seja, este dinheiro poderia estar sendo melhor utilizado nas políticas públicas, mas tem de ser utilizado para o pagamento de processos judiciais, fazendo com que o Sistema deixe de receber essa valorosa quantia, que com extrema certeza, faz falta em hospitais públicos pelo país.

33. Informação retirada de: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Acesso em 05/12/2018

Sendo feita a realocação deste dinheiro, de maneira emergencial, pode acabar afetando os tratamentos que devem ser contínuos de pacientes regulares e pode elevar o preço dos medicamentos adquiridos de laboratórios, visto a ação emergencial e feito sem prévia licitação. Gerando, assim, maior onerosidade para o Estado, conseqüentemente, para a população.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil;

BRASIL. Lei Federal n.º 8.080, 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>;

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003;

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: volume 2. 12ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016;

_____. Curso de Direito Processual Civil: volume 1. 18ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional / Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – 40. ed., - São Paulo : Saraiva, 2015.

FUNASA. Cronologia Histórica da Saúde Pública. Disponível em: < <http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>>;

GUIA DO ESTUDANTE. Conheça a História da Saúde Pública no Brasil. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/conheca-a-historia-da-saude-publica-no-brasil/>>

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional: Curso de Direitos Fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

_____; PAIVA, Paulo. Políticas Públicas no Brasil. Uma

Abordagem Institucional. São Paulo: Saraivajus, 2018.

MENEZES, Maria J. Planejamento Governamental; um instrumento a serviço do poder. Cadernos do curso de pós-graduação em administração, UFSC, Florianópolis, 1974;

NICZ, Luiz F. Previdência social no Brasil. In: GONÇALVES, Ernesto L. Administração de saúde no Brasil. São Paulo: Pioneira, 1988;

POSSAS, Cristina A. Saúde e trabalho – a crise da previdência social. Rio de Janeiro, Graal, 1981;

POLIGNANO, Marcus Vinícius. HISTÓRIA DAS POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL: Uma pequena revisão. Disponível em: <<http://www.saude.mt.gov.br/ces/arquivo/2165/livros>>;

POLITIZE. O Direito à Saúde Pública no Brasil. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/direito-a-saude-historia-da-saude-publica-no-brasil/>>;

RIBEIRO, Gláucia. O Sistema Único de Saúde ante as perspectivas da terceirização Administrativa. 2018;

SAÚDE, Ministério. Princípios do SUS. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>>;

SARLET, Ingo Wolfgang; et al. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraivajus, 2018;

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017;