

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

IZABELA ALVES DRUMOND FERNANDES

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDOS DE CASOS
– OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA LESÕES
REFRATÁRIAS: lesões pé-diabético**

POUSO ALEGRE - MG

2016

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

IZABELA ALVES DRUMOND FERNANDES

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDOS DE CASOS
– OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA LESÕES
REFRATÁRIAS: lesões pé-diabético**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

POUSO ALEGRE - MG

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

F391j

Fernandes, Izabela Alves Drumond.
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDOS DE CASOS –
OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA LESÕES REFRACTÁRIAS: lesões pé-
diabético / Izabela Alves Drumond Fernandes. Pouso Alegre – MG: FDSM,
2016.
151p

Orientador: Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós Graduação em Direito.

1. Breve síntese sobre os direitos fundamentais sociais. 2. A saúde como direito fundamental. 3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDOS DE CASOS – OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA LESÕES REFRACTÁRIAS: lesões pé-diabético. I. Oliveira, Paulo Eduardo Vieira de. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDOS DE CASOS – OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA LESÕES REFRACTÁRIAS: lesões pé-diabético.

CDU 340

IZABELA ALVES DRUMOND FERNANDES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDOS DE CASOS – OXIGENOTERAPIA
HIPERBÁRICA LESÕES REFRACTÁRIAS: lesões pé diabético

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Prof. Orientador

Instituição

Prof. (a)

Instituição

Prof. (a)

Instituição

Pouso Alegre – MG

2016

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela oportunidade concedida.

À minha família, pelo amor incondicional, especialmente meus pais Tião e Fátima por sempre me incentivarem e não me deixarem desistir, me apoiando em tudo, sempre. À minha pequena Grazi, por estar sempre ao meu lado.

Ao Arthur, minha razão de lutar e terminar mesmo com todos os percalços no caminho.

Ao Rodrigo, pelo amor incondicional, cumplicidade, incentivo e acima de tudo companheirismo, compreendendo minhas faltas e me apoiando sempre.

Ao meu orientador, pela disponibilidade, paciência e confiança em acreditar no desenvolvimento deste trabalho.

Aos amigos do mestrado, por toda a amizade e compreensão.

Aos meus anjos na terra, presentes em todas as horas, Adélia, Janaina, Silvana e Tacyana.

Ao Leandro, pelos conselhos e ajuda.

À Dalvanôra, pela ajuda.

À Faculdade de Direito do Sul de Minas, aos professores, funcionários e aos colegas do mestrado.

Às Faculdades Santo Agostinho, minha segunda casa, pela solicitude, apoio e incentivo.

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo abordar a discussão sobre a judicialização do direito à saúde e os limites de atuação judicial nos casos que envolvam a oxigenoterapia hiperbárica com enfoque na harmonia e separação de poderes. O objetivo do presente estudo está voltado à análise da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas questões relacionadas a oxigenoterapia hiperbárica, proferindo decisões que determinem ao Poder Público garantir a proteção à saúde do cidadão, sem ferir a separação de poderes consagrada na Constituição Federal de 1988 – CF/88, bem como visa a demonstrar o posicionamento adotado pelos tribunais superiores em suas decisões concernentes ao tema. Procura-se inquirir de que maneira o Estado poderá, sob o argumento do princípio da reserva do possível, deixar de efetivar o direito fundamental à saúde, consagrado constitucionalmente como direito fundamental, pelo fato da oxigenoterapia hiperbárica não constar na lista de tratamentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde – SUS. A pesquisa analisa a judicialização da saúde nos casos de oxigenoterapia hiperbárica, mais especificamente sobre as lesões refratárias de pé diabético, aquela em que a pessoa diabética, ao ter seus membros inferiores amputados recorrem à oxigenoterapia hiperbárica. Para tanto, a análise teve como ponto de partida o estudo de fontes primárias, tais como a legislação nacional e internacional e as fontes secundárias através da pesquisa bibliográfica, artigos, bancos de dados, análise de dados, dentre outros, além da pesquisa referente a documentos e ações judiciais relativa à oxigenoterapia hiperbárica. A análise do caso permitiu concluir que o tratamento com as câmaras hiperbáricas reafirmam o direito fundamental da saúde com a ampliação do acesso à saúde para toda a população brasileira, isso porque a CF/88 estabelece que a saúde é direito fundamental do cidadão devendo ser resguardada e assegurada pelos entes federados, não podendo estes se esquivarem da obrigação que lhe é conferida pela Constituição, alegando a cláusula da reserva do possível.

Palavras-chaves: Direito fundamental. Oxigenoterapia hiperbárica. Saúde. Judicialização. Separação. Harmonia. Poderes.

ABSTRACT

This dissertation has as its scope to address the discussion about the legalization of the right to health and the limits of judicial action in cases involving hyperbaric oxygen therapy with a focus on harmony and separation of powers. The aim of this study is focused on the analysis of the possibility based on the intervention of the judiciary in matters related to Hyperbaric oxygen therapy, uttering decisions determining the Government to ensure the protection of health of citizens, without violating the separation of powers enshrined in Constitution of the Federative Republic of Brazil (hereinafter known as CRFB) and It aims to demonstrate the attitude adopted by the superior courts in their decisions concerning the subject. Wanted inquire how the State may, on the grounds reserve for contingencies principle, fails to accomplish the fundamental right to health enshrined constitutionally as a fundamental right, because of hyperbaric oxygen therapy is not amongst the list of treatments offered by the SUS (Unified Health System). The research analyzes the legalization of health in cases of hyperbaric oxygen therapy, more specifically on the refractory lesions of diabetic foot, one in which the diabetic person have their legs amputated resort to hyperbaric oxygen therapy. Therefore, the analysis took as its starting point the study of primary sources, such as national and international legislation and secondary sources through literature, articles, databases, data analysis, among others, as well as research related to documents and lawsuits related to hyperbaric oxygen therapy. The analysis of the case concluded that treatment with hyperbaric chambers reaffirm the fundamental right to health with increased access to health care for the entire Brazilian population, this occurs because the CRFB establishes that health is a fundamental right of the citizen and should be guarded and guaranteed by federal agencies, they can't evade the obligation conferred upon them by the Constitution alleging the reserving possible clause.

Keywords: Fundamental Right. Hyperbaric oxygen therapy. Health. Judicialization. Separation. Harmony. Powers.

LISTA DE ABREVIações

ANS – Agência Nacional de Saúde

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

IAPs – Institutos de Previdência

MP – Medida Provisória

MS – Ministério da Saúde

NOAS – Normas de Assistência à Saúde.

NOB – Norma Operacional Básica de Saúde

NOB – Normas de Operação Básica

OHB – Oxigenoterapia hiperbárica

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. BREVE SÍNTESE SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	14
1.1 Os direitos fundamentais.....	14
1.2 Os direitos fundamentais sociais: a evolução na efetivação dos direitos sociais nos estados constitucionais	25
1.3 Limites à justiciabilidade dos direitos sociais	31
1.3.1 O mínimo existencial e o direito à saúde.....	31
1.3.2 A reserva do possível	37
1.3.3 A escassez dos recursos financeiros	45
2. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	49
2.1 O direito à saúde no âmbito internacional.....	49
2.2 O direito à saúde no Brasil	55
2.3 Do Sistema Único de Saúde.....	62
2.4 Princípios aplicáveis à saúde	67
a. Princípio da Universalidade.....	69
b. Princípio da Integralidade.....	70
c. Princípio da seletividade e da distributividade	71
d. Princípio da Gratuidade.....	72
2.5 O princípio federativo	73
2.5.1 Responsabilidade dos entes federados	75
2.6 Análise acerca da oxigenoterapia hiperbárica	78
a. Indicações e contra indicações	80
3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDOS DE CASOS – OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA – LESÕES REFRATÁRIAS: lesões pé diabético	86
3.1 A legitimidade do Poder Judiciário em intervir na efetivação do direito à saúde	87
3.2 Decisões acerca da oxigenoterapia hiperbárica nos casos de lesões refratárias.....	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS	122
ANEXOS	143

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – CF/88, emergiu o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve garanti-lo por meio de políticas públicas de cunhos sociais e econômicos, que objetivem a redução de doenças, além de garantir a todos, de forma igualitária e universal, a prestação efetiva dos serviços realizados por ele.

Nesse contexto, a escolha da oxigenoterapia hiperbárica como tema desta dissertação se justifica por ser um tratamento recente que faz com que pessoas que têm diabetes não tenham seus membros amputados e pela constante violação do direito à saúde por parte do Poder Executivo que, mesmo diante das normas que lhe são impostas, alega a ausência de recursos através do princípio da reserva do possível, bem como a separação de poderes, para se eximir de fornecer saúde digna aos indivíduos.

Observa-se, com isso, que a busca pelo fornecimento de medicamentos, consultas médicas, exames clínicos, dentre outros exemplos, são situações frequentes no sistema jurídico, já que, em muitos casos, cidadãos que vivenciam situações de extrema urgência, veem seus pedidos sendo negados pelo Poder Executivo, sem uma justificativa plausível para tanto.

Destaca-se, ainda, a importância da pesquisa em demonstrar a responsabilidade do Poder Executivo em garantir o acesso a uma saúde plena e integral, de modo a esclarecer que a intervenção judiciária seria necessária apenas em casos excepcionais.

Pacientes hipossuficientes acometidos de doenças não encontram o apoio necessário junto ao Poder Público para a aquisição de medicamentos, leitos ou tratamentos não fornecidos pela rede pública de saúde, sendo obrigados a buscar a tutela judicial para alcançar a concretização do seu direito.

Esse tipo de demanda tem se multiplicado nos últimos anos junto aos tribunais brasileiros, caracterizando a chamada judicialização da saúde, fomentando

o debate acerca dos limites que o Poder Judiciário deve observar na efetivação desse direito, a fim de que tais decisões não transponham os limites impostos pela cobertura financeira e orçamentária do Estado.

Nesse cenário, em que as demandas de saúde infinitivas esbarram nos recursos finitos que são disponibilizados pelo Estado, surge uma importante discussão a respeito do custo desses direitos, haja vista a interferência que sua implementação provoca no orçamento estatal, trazendo a colisão entre o direito individual à saúde e o direito da coletividade que seria atendido através das políticas públicas de saúde.

O Estado tem alegado em sua defesa a cláusula da reserva do possível, ressaltando as limitações orçamentárias como óbice à efetivação dos direitos prestacionais. Diante disso, o Estado não poderá, sob o manto do princípio da reserva do possível, deixar de efetivar o direito fundamental à saúde, consagrado constitucionalmente como direito fundamental, pelo fato da oxigenoterapia hiperbárica não constar na lista de tratamentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Estabelece-se, assim, a arena de conflitos fáticos e jurídicos que tornam ainda mais difíceis o estabelecimento de critérios para solução das lides que envolvam demandas de saúde. Com isso, o presente estudo aborda a discussão sobre a judicialização do direito à saúde e os limites de atuação judicial nos casos que envolvam a oxigenoterapia hiperbárica com enfoque na harmonia e separação de poderes.

A judicialização pode ser entendida como o ato de transferir para o Poder Judiciário decisões acerca do reconhecimento e concretização de um direito que, em regra, deveriam ser tomados pelos poderes Executivo e Legislativo. Esse fenômeno se dá com um grande volume de demandas judiciais da população levadas ao Judiciário em busca da efetivação dos direitos constitucionais para que ele possa compelir o Poder Executivo a implementar políticas públicas que se apresentam deficitárias. Grande parte dessas demandas se apresenta com relação ao fornecimento de medicamentos, exames cirúrgicos, tratamento, cirurgias que permitam a manutenção ou restauração de seu estado de saúde.

Observa-se que o Poder Executivo possui a discricionariedade para realização de políticas públicas e organização de sua administração da forma que entender mais favorável aos indivíduos. Percebe-se que o Poder Executivo, no intuito de limitar a intervenção judiciária nas políticas públicas, justifica a sua atuação baseando-se na proteção que lhe é assegurada pela reserva do possível, bem como, pela separação de poderes. A função primordial do Poder Judiciário é a busca pela justa aplicação das normas e a efetiva aplicação da lei, de modo que, em caso de ameaça ou lesão a direito, o Judiciário deve intervir para conceder efetividade ao texto constitucional e, assim, garantir os direitos dos indivíduos. O Poder Judiciário possui legitimidade para proferir decisões relativas à saúde, sem, contudo, violar a separação dos poderes estabelecidos pela CF/88.

É fundamental estabelecer a postura do Judiciário diante das situações conflitantes, estando diante de uma colisão de valores ou interesses que se contrapõem, seja de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível.

O objetivo do presente estudo está voltado à análise da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas questões relacionadas à oxigenoterapia hiperbárica – OHB, por meio das decisões que determinem ao Poder Público garantir a proteção à saúde do cidadão, sem ferir a separação de poderes consagrada na CF/88, bem como visa a demonstrar o posicionamento adotado pelos tribunais superiores em suas decisões concernentes ao tema.

Com escopo no objetivo geral, decorrem os seguintes objetivos específicos: I) analisar o momento histórico dos direitos sociais no direito internacional dos direitos humanos e a proteção dada aos sistemas internacionais dos direitos humanos aos direitos sociais; II) discutir a separação de poderes no Brasil e a participação de cada poder na busca pela garantia do direito à saúde; III) analisar a justiciabilidade dos direitos sociais; IV) descrever em que medida a saúde integra o mínimo existencial; V) demonstrar o conceito e a evolução história da saúde no Brasil, além dos princípios aplicáveis a ela; VI) analisar a responsabilidade de cada ente federado, tendo por base o princípio federativo; VII) conceituar a OHB e estabelecer as decisões judiciais que estão sendo aplicáveis no que tange às

lesões refratárias; VIII) analisar a legitimidade do Poder Judiciário em intervir na efetivação dos direitos à saúde; IX) analisar as decisões acerca da OHB nos casos de lesões refratárias.

O trabalho foi estruturado em três capítulos. Inicialmente discorre acerca do debate em torno dos direitos fundamentais e da sua eficácia social, previstos no texto constitucional e suas características, tais como as gerações, aplicabilidade e eficácia desses direitos. Em seguida, analisa-se o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais e o processo de evolução na positivação desses direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, além de estabelecer os limites à justiciabilidade dos direitos através da reserva do possível, como limite à implementação do direito à saúde e a relação do direito à saúde com o princípio da reserva do possível e o ideal de mínimo existencial.

A segunda parte do trabalho estabelece uma abordagem acerca do direito à saúde como autêntico direito fundamental, inclusive sua aplicabilidade, além de discorrer acerca da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico desse direito. Analisa o direito à saúde tanto no âmbito internacional como nacional até o surgimento do SUS, o histórico, os princípios aplicáveis à saúde, bem como o princípio federativo e as responsabilidades de cada ente federado quanto à proteção à saúde. Ao final, trata da análise acerca da OHB, através das câmaras hiperbáricas, estabelecendo o conceito, o histórico, as indicações e contra indicações do tratamento.

Por fim, no terceiro capítulo, realiza-se uma apreciação sobre o fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil, em que são analisados os posicionamentos adotados pelos tribunais de justiça, tais como os dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, na resolução de conflitos relacionados com a efetividade do direito, a separação de poderes e a reserva do possível em suas decisões. Apresenta decisões judiciais acerca da possibilidade dada pelos tribunais ao tratamento das lesões de pés diabéticos através da OHB que, utilizada nos casos em que os pacientes diabéticos correm o risco de ter o membro amputado, trata a lesão sem a necessidade de tal procedimento. Além disso, demonstra o embasamento teórico adotado nas decisões do Supremo

Tribunal Federal – STF, do Superior Tribunal de Justiça – STJ e, ainda, do Judiciário dos estados: Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça de São Paulo.

O presente trabalho apoia sua pesquisa no método hipotético dedutivo, como mecanismo para atingir os objetivos propostos, valendo-se de pesquisa bibliográfica, que permeará os capítulos da dissertação, ressalvado o terceiro capítulo, que será dedicado ao estudo de caso através dos posicionamentos adotados pelos tribunais superiores (STF e STJ) e tribunais estaduais (MG, SP, RS) ao se depararem com o conflito entre a efetividade do direito à saúde e a cláusula da reserva do possível em suas decisões.

Na pesquisa, serão analisadas as fontes primárias – tais como a legislação nacional e internacional – e as fontes secundárias, através da pesquisa bibliográfica – artigos, bancos de dados, análise de dados, dentre outros.

1. BREVE SÍNTESE SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O trabalho inicia discorrendo acerca do debate em torno dos direitos fundamentais e da sua eficácia social, previstos no texto constitucional e suas características, tais como as gerações, aplicabilidade e eficácia desses direitos. Em seguida, analisa-se o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais e o processo de evolução na positivação desses direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, além de estabelecer os limites à justiciabilidade dos direitos através do princípio da reserva do possível, como o limite à implementação do direito à saúde e a relação do direito à saúde com a reserva do possível e o ideal de mínimo existencial.

1.1 Os direitos fundamentais

A origem dos direitos fundamentais está ligada à concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, na qual os direitos nasceram como direitos naturais e inalienáveis dos homens sob sua condição humana¹.

Percebe-se que o marco histórico dos direitos fundamentais nasce no Estado de Direito e posteriormente com o Estado Social Democrático de Direito através do reconhecimento dos direitos fundamentais bem como dos direitos sociais do homem.

Os direitos fundamentais vieram elencados no início do texto constitucional, que estabeleceu em seu artigo 5º setenta e oito incisos e, em seu parágrafo único, trouxe a eficácia imediata desses direitos. Não obstante o artigo 5º,

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

tem-se o artigo 60, § 4^o, que estabelece não ser possível abolir os direitos humanos através de Emenda Constitucional.

Os supracitados direitos tutelam universalmente todos os seres humanos dotados de personalidade, podendo conter nesses direitos qualquer expectativa positiva ou negativa acrescentada a um sujeito por uma norma jurídica³. Observa-se com isso que os direitos fundamentais são normas que concedem aos indivíduos direitos que deverão ser implantados uma vez que são deveres do Estado.

Mendes estabelece que os direitos fundamentais são direitos de defesa⁴, destinados a proteger o cidadão contra a intervenção do Poder Público através do “[...] não impedimento da prática de determinados atos; da não intervenção em situações subjetivas e da não eliminação de posições jurídicas”⁵. O Poder Público deverá respeitar o que está previsto constitucionalmente.

A teoria dos direitos fundamentais é conteúdo a ser desenvolvido, uma vez que não se trata de algo já posto, ela visa abarcar a dimensão do fenômeno jurídico. Silva traz à baila que a transformação dos direitos fundamentais do homem no desenvolver da história dificulta estabelecer o conceito correto, podendo ser empregadas várias expressões, tais como: direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais, liberdades públicas, dentre outras⁶.

² § 4^o. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 maio 2015).

³ “Propongo una definición *teórica*, puramente *formal o estructural*, de «derechos fundamentales»: son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: por una ley mas débil. Madrid: Trotti, 1999, p. 37).

⁴ Na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenha elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo do Judiciário. (MENDES, Gilmar Ferreira. (Org.). **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 632).

⁵ *Ibidem*, p. 632.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

Sarlet, todavia, reconhece que essas expressões se diferenciam em razão do modo de positivação, visto que os direitos fundamentais são direitos positivados e reconhecidos pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado, enquanto os direitos humanos se relacionam aos documentos de direito internacional, possuindo aplicação universal, para todos os povos e tempos, independentemente da vinculação com a ordem constitucional de determinado Estado⁷. Dessa forma, os direitos fundamentais têm por finalidade assegurar uma vida digna, justa e igualitária a todos os cidadãos, devendo, além de estarem positivados no ordenamento jurídico, ser efetivamente concretizados.

No que diz respeito à definição dos direitos fundamentais, Fernandes sintetiza que se destinam a construir e possibilitar o exercício de todos os demais direitos descritos no ordenamento jurídico, são garantias do indivíduo frente ao Estado, de forma que os seus titulares têm a possibilidade de impor interesses pessoais em face do Estado, bem como estabelece que os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito⁸. Sendo assim, os direitos fundamentais são instrumentos de proteção consagrados pela CF/88, destinados a resguardar os direitos dos indivíduos frente à atuação do Estado.

Os direitos fundamentais, considerados essenciais para a sociedade, são assegurados através de normas e princípios positivados pelo legislador constituinte, que visam a resguardar a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, direitos que não podem ser restringidos, já que são indispensáveis para a existência digna do cidadão.

A CF/88 prevê os direitos fundamentais expressamente, mas também consagra o instituto das garantias fundamentais. Nesse diapasão, Silva define que as garantias constitucionais possuem as características de serem imposições, positivas ou negativas, destinadas aos órgãos do Poder Público, que têm por finalidade limitar a atuação do Estado, no intuito de assegurar a aplicação dos

⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

direitos fundamentais ou reintegrar esses direitos quando violados⁹. Mesmo que os direitos e garantias individuais estejam previstos conjuntamente, a diferenciação entre eles deve ser analisada ao caso concreto.

Ao estabelecer a ideia de direitos fundamentais ao meio social, tem-se presente tanto a função do legislador em criar normas quanto a dos titulares dos direitos fundamentais. As expressões direitos fundamentais e direitos humanos são utilizados como sendo sinônimos. Bonavides preleciona que os direitos humanos são utilizados por autores latinos e direitos fundamentais utilizados pelos alemães¹⁰.

Canotilho esclarece que:

As expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta¹¹.

Observa-se que os direitos humanos protegerão o indivíduo em suas múltiplas facetas, visto que ele encontra respaldo em diversos tratados internacionais; já os direitos fundamentais estariam ligados diretamente ao ser humano e a tudo que faça com que ele tenha uma vida digna.

A formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos partiu da premissa de que os direitos humanos são inerentes ao homem e, com isso, antecedem às formas de organização da política e sua proteção não se esgota com a ação do Estado. Nesse ínterim, a proteção internacional dos direitos humanos

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 560.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.

surgiu com a Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH, em 1948, e a partir daí começaram a surgir diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil¹².

Já em 1789, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, em seu art. 16¹³, trouxe à baila que a natureza dos direitos fundamentais seria constitucional, que sua adoção era critério essencial da própria constituição, em que se observa que os direitos fundamentais possuem inegável conteúdo ético. São considerados valores básicos para uma vida digna em sociedade. Estão ligados, intimamente, à dignidade da pessoa humana.

Marmelstein estabelece que os direitos fundamentais são normas jurídicas, ligadas à dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito¹⁴, integrando a essência do Estado Constitucional, sendo não apenas parte da constituição formal, mas elemento nuclear da constituição material¹⁵.

Amaral aduz que os direitos fundamentais não são reconhecidos ao cidadão para que deles disponha livremente, mas em sua qualidade de membro da

¹² “Destacam-se: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de junho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e erradicar a Violência contra a mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) o Protocolo à Convenção em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002 e l) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referente ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹³ “**Art. 16.º** A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 16 maio 2015.

¹⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

comunidade¹⁶, sendo estes assegurados ao indivíduo para que tenham uma vida digna.

Para Ferrajoli, todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal¹⁷. Trata-se de direitos fundamentais inatos, absolutos, irrenunciáveis e imprescritíveis. Além disso, são históricos, nascem, modificam e desaparecem com o tempo; são inalienáveis, intransferíveis, uma vez que não se tratam de conteúdo econômico-patrimonial; são imprescritíveis, nunca deixarão de ser exigíveis; são irrenunciáveis, não podendo dispor nem renunciar¹⁸. No que tange ao caráter absoluto, fala-se que o conteúdo decorre de normas constitucionais que os estabelecem.

Há que se mencionar que a Constituição italiana reconhece quatro classes desses direitos, quais sejam: a) direitos que estabelecem relações civis; b) direitos que estabelecem relações ético-sociais; c) direitos que estabelecem relações econômicas; d) direitos fundados em relações políticas¹⁹.

Lado outro, a CF/88 aduz que os direitos fundamentais são classificados em cinco grupos: a) direitos individuais; b) direitos à nacionalidade; c) direitos políticos; d) direitos sociais; e) direitos coletivos e, por fim, f) direitos solidários.

O que será analisado na presente dissertação diz respeito aos direitos fundamentais referentes aos direitos sociais, sendo elencados no Título II da CF/88, denominado Direitos e Garantias Fundamentais e, portanto, são considerados direitos fundamentais, reconhecidas todas as características inerentes a esses direitos. O artigo 6º da Carta Magna estabelece que “[...] são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: por una ley mas débil. Madrid: Trotti, 1999.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁹ ITÁLIA. **Constituição**. Disponível em:

<http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzi one%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano%29/Costituzi onelitaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em: 16 maio 2015.

Desta forma, o texto constitucional elenca várias espécies de direitos sociais, dentre os quais, encontra-se o direito à saúde. Silva define que: “[...] os direitos sociais são uma dimensão dos direitos fundamentais do homem, definindo-os como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”²⁰. Esses direitos, que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais, são, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Os direitos fundamentais sociais possuem grande reconhecimento na ordem jurídica brasileira e são de fundamental importância para a garantia do ideal de dignidade da pessoa humana. Dentre os direitos sociais, destaca-se o direito à saúde, diretamente ligado à noção de direito à vida, devendo ser garantido por meio de políticas públicas destinadas à garantia de condições mínimas a todos os cidadãos brasileiros.

O direito à saúde é um direito social que deve ser garantido por meio de políticas públicas, sociais e econômicas, com o objetivo de garantir o acesso universal aos meios necessários para redução de doenças e outros agravos à saúde.

Nos termos do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.080/90, “[...] a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”²¹, de modo que o Estado tem o dever de elaborar políticas econômicas e sociais eficazes na busca pelo fornecimento de saúde de qualidade aos cidadãos.

As políticas públicas, nas lições de Menezes, têm por objetivo atender aos anseios e necessidades da população e fornecer melhores condições de vida aos cidadãos, sendo resultado das ações administrativas exercidas pelo Estado, na formulação e no efetivo cumprimento dos objetivos sociais²². Assim, o Estado possui a obrigatoriedade em elaborar políticas públicas de acesso à saúde, garantindo uma

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 288-289.

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.080/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²² MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

vida digna aos cidadãos através do fornecimento de uma saúde de qualidade. No entanto, para a concretização do direito à saúde, faz-se necessária a destinação de recursos financeiros para o efetivo fornecimento de atendimento de qualidade à população.

Em virtude da dependência da efetivação dos direitos sociais à criação de condições materiais, os entes públicos devem priorizar a destinação de recursos públicos para a aplicabilidade dos direitos sociais²³. Além disso, o aspecto jurídico das normas de direitos sociais e a obrigatoriedade na elaboração de políticas públicas pelo Estado devem ser observados, considerando-se os mandamentos constitucionais e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

A realização de políticas públicas, nos ensinamentos de Barcelos, é a forma pela qual o Estado concretiza os mandamentos constitucionais, principalmente com relação aos direitos fundamentais, que dependem de uma ação estatal para se efetivarem²⁴.

O Estado deve cumprir os fins previstos na CF/88, não podendo esquivar-se do fornecimento de saúde aos cidadãos, visto que se trata de direito fundamental intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. No entanto, tais ações dependem de recursos públicos e, ante as várias obrigações assumidas, nos diversos setores públicos, o Estado deve priorizar determinadas políticas em detrimento de outras, visando ao fornecimento do mínimo necessário para a garantia de uma vida digna aos cidadãos. Dessa forma, o direito à saúde constitui-se em um direito social que, para sua efetivação, depende da elaboração de políticas públicas pelo Estado, que tem a obrigatoriedade de elaborá-las, em face de sua condição de direito fundamental.

Os direitos fundamentais são classificados, hoje, em gerações de direitos ou dimensões do direito, levando em consideração as fases históricas dos direitos fundamentais, seu surgimento e reconhecimento pelo ordenamento jurídico. No que tange aos direitos fundamentais, o direito à saúde indica o caráter cumulativo da

²³ GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. 51, n. 203, p. 127-141, jul./set. 2014.

evolução desses direitos com o passar do tempo. Cada direito possui sua particularidade e pode ser válido juntamente com os direitos da nova geração, mesmo que sofra alguma alteração na concepção jurídica e social. Inicialmente, o critério utilizado para essa diferenciação foi o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Bobbio aduz que “[...] os direitos não nascem todos de uma só vez, nascem quando devem e podem nascer, nascem do poder do homem sobre o homem”²⁵. Observa-se, pois, que os direitos humanos foram pertencentes a certas parcelas da humanidade, entretanto, representavam, acima de tudo, os direitos individuais, direitos incorporados a cada indivíduo.

As gerações de direitos podem ser divididas em três, conforme estabelecido pela maioria doutrinária, quais sejam: direitos relativos à liberdade; direitos econômicos, sociais e culturais e, por fim, direitos de solidariedade e fraternidade. Insta salientar que há autores, como Bonavides, que defende a quarta e quinta geração dos direitos, sendo eles referentes à democracia, direito à informação, direito ao pluralismo e, por último, à paz²⁶.

Ferreira Filho estabelece que a história apresenta três marcos históricos dos direitos fundamentais do homem. O primeiro deles diz respeito às liberdades públicas²⁷ e surgiu com a independência norte-americana e com a Revolução Francesa que estabeleceram as liberdades e os direitos subjetivos, em que seu reconhecimento limitava a atuação do Estado. Na CF/88, as liberdades públicas encontram respaldo no art. 5º. O segundo marco histórico diz respeito aos direitos econômicos e sociais, tendo advindo da Constituição alemã de 1919, através da qual o mundo passou a definir as condições jurídicas mínimas que assegurassem a independência social do indivíduo. Já o terceiro estabelece os direitos de solidariedade que se deram com a criação da Organização das Nações Unidas –

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

²⁷ “É empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla abrangente dos direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos liberdade-autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação (também chamada liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos)”. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 177.

ONU que, em 1948, aprovou a DUDH, em que foram inseridos todos os conceitos de direitos humanos²⁸.

As gerações de direitos não foram reconhecidas de uma só vez, foram objeto de lutas sociais até a sua consagração. Atualmente, os direitos fundamentais formam um único sistema através do qual é garantida a plena proteção da dignidade humana.

Os direitos de primeira geração dizem respeito aos direitos de liberdade que correspondem a uma primeira fase do constitucionalismo do ocidente e se referem a uma titularidade individual, ao estabelecerem que os governantes devem cumprir as obrigações de não fazer e de não intervir na vida pessoal de cada pessoa. Surgem como direitos do indivíduo frente ao Estado. São direitos de cunho negativo, uma vez que são dirigidos a uma abstenção do Estado. Branco aduz que os direitos fundamentais de primeira geração demonstram uma preocupação com o homem individualmente considerado, sendo considerados universais e indispensáveis a todos os homens, não havendo, por conseguinte, uma preocupação com as desigualdades sociais²⁹.

Com os graves problemas advindos com o impacto da industrialização e com os problemas sociais e econômicos, percebeu-se que a liberdade e a igualdade não estavam sendo efetivas. Isso, no século XIX, gerou grandes movimentos reivindicatórios que exigiam do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social³⁰.

Surgem com isso os direitos de segunda geração que estabelecem a realização de prestações de direitos sociais, culturais e econômicos, vinculados à positividade da ação estatal e preocupados com a igualdade, daí surgindo a exigência por prestações positivas por parte do Estado. Esses direitos surgem no século XX como os direitos sociais, culturais e econômicos, direitos próprios da coletividade, ligados ao princípio da igualdade, possuindo como característica

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

principal a busca pela realização de prestações sociais. Nesse contexto, Fernandes assevera que os direitos de segunda geração conferem ao indivíduo o direito à garantia da realização de prestações sociais estatais, como saúde, trabalho, assistência social e educação, representando uma mudança das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas³¹.

Assim, os direitos sociais enquadram-se como direitos fundamentais de segunda geração, cuja finalidade principal é reduzir as desigualdades sociais, de modo a garantir uma melhoria na vida dos seus cidadãos, no intuito de consagrar a igualdade social no país.

No que diz respeito aos direitos de terceira geração, estes se afastam dos direitos anteriores por incorporarem um conceito de universalidade, vinculados ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio ambiente. São denominados direitos da fraternidade ou solidariedade, que protegem os grupos humanos. Eles são reconhecidos não como direitos relacionados ao homem, mas sim a toda a coletividade³².

Há, entretanto, autores, tais como Bonavides, que defendem os direitos de quarta e quinta gerações. Os direitos de quarta geração dizem respeito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo, incorporando novas realidades, tais como as pesquisas genéticas, mudança de sexo, dentre outras. Para ele, “[...] os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração”³³. Observa-se que os direitos de quarta geração legitimará a globalização política entre os povos.

Já os direitos de quinta geração dizem respeito à paz e sua integração com a democracia, consagrado no artigo 4º, IV³⁴, da CF/88. No que tange ao direito

³¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

³² Ibidem

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 587.

³⁴ “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VI - defesa da paz [...]” BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em:

de quinta geração, este ainda merece um maior desenvolvimento tanto no âmbito internacional como nacional. Para Bonavides, a configuração da paz é um dos mais notáveis progressos na teoria dos direitos fundamentais. Para ele, Karel Vasak, ao estabelecer a paz como direito de terceira geração³⁵, tratou-o de forma superficial, lacunosa, sendo necessário tratá-la de forma mais abrangente, visto que a paz é indispensável ao progresso de todas as nações, além de ser “[...] um direito natural de todos os povos, direito que esteve no estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant”³⁶. Sarlet menciona que a paz, não reduzida a ausência de guerras entre as nações, é considerada condição para a democracia e para o desenvolvimento social, cultural e econômico, sendo, com isso, pressuposto para a efetividade dos direitos fundamentais³⁷.

As dimensões dos direitos fundamentais devem ser analisadas conjuntamente, de modo que se conclui que uma geração nova não exclui a antiga, cada uma se completa, persistindo validamente com os direitos das novas dimensões que forem surgindo, podendo o antigo direito ter o seu sentido adaptado às novas alterações constitucionais.

1.2 Os direitos fundamentais sociais: a evolução na efetivação dos direitos sociais nos estados constitucionais

Os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais, através dos quais redefinem os direitos individuais de cada cidadão. Eles surgem com a crise do Estado Liberal³⁸ e é através da consagração do Estado Social de Direito que

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 mar. 2015.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 587.

³⁶ Idem. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais e justiça**, a. 2, n. 3, abr./jun. 2008, p. 10.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51-52.

³⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Saraiva: Juspodivm, 2014.

buscam mecanismos de redução das desigualdades socioeconômicas das sociedades³⁹.

Nas lições de Botelho, foi na Grã-Bretanha, entre os anos de 1833 e 1850, que se tomaram as primeiras medidas de implementação dos direitos sociais, para garantir a proteção aos trabalhadores, incluindo a limitação ao trabalho de mulheres e crianças nas minas⁴⁰. Ainda segundo Botelho, após a revolução industrial do século XIX e através de conquistas de diversos grupos sindicais, surgiu um ambiente propício à criação de direitos sociais pelos países, sendo considerados marcos históricos as constituições do México, em 1917, e de Weimar, na Alemanha, em 1919⁴¹.

No México, a Constituição de 1917⁴² foi a primeira a tratar dos direitos sociais, dispondo em seu art. 123 os direitos sociais dos trabalhadores, disciplinando jornada de trabalho, salário mínimo, indenização contra dispensa, direito de greve, dentre outros⁴³.

Em seguida, a Constituição que trouxe à baila a proteção aos direitos sociais foi a da Alemanha, em 1919, estabelecendo princípios que assegurassem uma vida digna aos indivíduos. Ela era mais ampla que a do México. A partir daí, todas as constituições começaram a tratar dos direitos sociais.

No Brasil, após a era do Marechal Teodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, tem-se o início do modelo oligárquico de governar com o presidente

³⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Saraiva: Juspodivm, 2014.

⁴⁰ BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

⁴¹ Ididem.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181.

⁴³ "ARTICULO 123. TODA PERSONA TIENE DERECHO AL TRABAJO DIGNO Y SOCIALMENTE UTIL; AL EFECTO, SE PROMOVERAN LA CREACION DE EMPLEOS Y LA ORGANIZACION SOCIAL PARA EL TRABAJO, CONFORME A LA LEY. EL CONGRESO DE LA UNION, SIN CONTRAVENIR A LAS BASES SIGUIENTES, DEBERA EXPEDIR LEYES SOBRE EL TRABAJO, LAS CUALES REGIRAN." Cf. MEXICO. Constitución. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Prudente de Moraes, em 1934⁴⁴, que apresentou a primeira Constituição a tratar dos direitos sociais, apresentando o constitucionalismo social⁴⁵. Ela foi inspirada na Constituição de Weimar, tendo como paradoxo⁴⁶ o corporativismo e o pluralismo sindical, além de ser considerada como intervencionista e apresentar a preferência pelo estado do bem-estar.

Com o advento do Estado Novo, introduzido por Getúlio Vargas, a Constituição de 1937, conhecida como polaca⁴⁷, representou um grande retrocesso em relação à Constituição anterior, uma vez que era totalmente autoritária e corporativista, por restringir a autonomia privada.

Em 1946, surge a Constituição democrática, acompanhada de um movimento de redemocratização e valorização dos direitos humanos, que declarava o trabalho como dever social e assegurava a todos uma vida digna. Ela estabelecia um viés social e outro humanitário. Observa-se que nas constituições anteriores a ordem social era misturada com a ordem econômica, nessa senda, vários autores, ao estudarem os direitos sociais, o faziam sobre o prisma social e econômico⁴⁸.

A CF/88 traz à baila importantes avanços nos direitos sociais, dentro do título dos direitos fundamentais. O art. 6º⁴⁹ estabelece quais são os direitos sociais a serem seguidos, entretanto os direitos sociais encontram respaldo em todo o texto constitucional. Ela simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil⁵⁰, sendo elencados dentro dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos. Ressalta-se que a Constituição de 1934 já estabelecia os direitos sociais e econômicos, entretanto foi

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. _____ . **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997.

⁴⁷ Influência da Polônia de 1935. Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

⁴⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997.

⁴⁹ "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 maio 2015.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Direitos fundamentais sociais**. São Pulo: Saraiva, 2010, p. 53.

com a promulgação da CF/88 que esses direitos foram tratados como direitos fundamentais.

Observa-se que, por ser analítica⁵¹, a CF/88 é considerada como a mais avançada no que tange aos direitos sociais. Sua origem histórica encontra respaldo, de acordo com Fernandes⁵², na tradição do Estado Liberal e na consagração do paradigma do Estado Social de Direito que buscam meios de reduzir as desigualdades socioeconômicas entre os indivíduos.

Nesse contexto, surgem movimentos reivindicatórios em busca do rompimento dos ideais de igualdade e liberdade e do reconhecimento de direitos que reduzam desigualdades sociais entre os membros da sociedade, fator predominante nos Estados Liberais.

Assevera Gotti que, com o surgimento de fortes tensões sociais acarretadas pelo processo da industrialização e pelo aumento dos conflitos entre a classe burguesa e a proletária, o ideal de liberdade conquistada pela burguesia no Estado Liberal ficou fragilizado, já que as demais classes, que viviam em situação de miséria e de exclusão política, passaram a lutar por melhores condições de vida⁵³. Sendo assim, a partir dessas revoluções, o ideal da igualdade formal, característica principal do Estado Liberal, vai perdendo força nas sociedades, com o fortalecimento da busca pelo bem-estar coletivo, devendo o Estado intervir, através da implementação de políticas públicas, no intuito de gerar melhores condições sociais aos cidadãos.

Conforme exposto, surge no contexto mundial a necessidade de intervenção do Estado na sociedade a fim de garantir mínimas condições de vida aos cidadãos, bem como de assegurar a efetivação da dignidade da pessoa humana na elaboração de políticas públicas voltadas à redução das desigualdades sociais existentes.

⁵¹ Analítica é aquela considerada como prolixa, extensa. A título de exemplo, tem-se a CF/88. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

⁵³ GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Dessa forma, a implementação dos direitos sociais no cenário mundial se deu em épocas e contornos diferentes de Estado a Estado, em razão das características próprias de cada país. Torna-se necessária a análise da evolução dos direitos sociais no Brasil, no intuito de compreender as atuais características dos direitos fundamentais no país.

As normas dos direitos sociais, conforme preleciona Fernandes, “[...] eram tidas como questão interna aos órgãos políticos do Estado que, a partir de razões pragmáticas, estabelecia a lista de prioridades internas a esses direitos, bem como os modos e formas de sua concretização”⁵⁴. Os direitos sociais possuem *status* de normas programáticas de baixa efetividade, demarcando-se muito mais planos políticos de ação com que o legislador deverá se comprometer do que verdadeiras obrigações jurídicas concretas.

Nessa senda, surgem três vertentes para buscar a delimitação dos direitos sociais, conforme preleciona Sarmento:

a) direitos sociais como direitos não subjetivos – devido aos direitos sociais não possuírem dimensão subjetiva eles não ensejam exigibilidade pelos seus titulares de prestações positivas do Poder Público; b) direitos sociais como direitos subjetivos definitivos – não há como exigir do Estado a realização de todos os direitos sociais, uma vez que trata-se de mera perspectiva de norma programática; c) direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie* – também elenca os direitos sociais como norma programática, entretanto, é que encontra maior número de adeptos, uma vez que estabelece uma ponderação em cada caso concreto, essa ponderação deverá ser utilizada pela regra da proporcionalidade. O direito social poderia se tornar definitivo tendo por base o caso concreto⁵⁵.

Os direitos sociais são definidos como os direitos em que o Estado é devedor e é obrigado à promover a concretização do direito, cuja prestação é de responsabilidade dos poderes públicos. São direitos que exigem um regime jurídico

⁵⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 577.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. (Org.). **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

diferenciado a fim de que dê condições ao exercício dos direitos fundamentais. Eles visam a assegurar uma vida digna ao indivíduo garantindo-lhe uma vida melhor, colocando-o em igualdade de condições com os demais. O artigo 2º. 1.⁵⁶ do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que cabe ao Estado adotar medidas que assegurem o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, incluindo a adoção de medidas legislativas. Nesse diapasão, considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, observa-se que é proibido o retrocesso social. Corroborando com o exposto, Bonavides estabelece que: “Os direitos sociais não são apenas justificáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional de garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60⁵⁷”. Fala-se que estes direitos são irredutíveis, não podendo ser alterados nem mesmo suprimidos por Emenda à Constituição.

Observa-se que os direitos sociais são prestações em sentido amplo, podendo consistir, conforme preleciona Mendes⁵⁸, na edição de atos normativos pelo Estado, na criação de procedimentos e garantias judiciais, na realização de políticas públicas, dentre outras medidas. Mesmo os direitos sociais estabelecendo as prestações positivas e negativas, observa-se que ambas precisam de recursos públicos para sua garantia. Mendes⁵⁹ defende que tais normas assumem feição de normas programáticas⁶⁰ dependentes da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis.

Percebe-se que o Estado deverá levar em consideração a necessidade de cada indivíduo. Caso não observe as necessidades do cidadão, cabe, com isso, a intervenção do Judiciário, para fazer com que os direitos e garantias individuais sejam assegurados.

⁵⁶ “Art. 2º. 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” BRASIL. **Decreto no 591**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 16 maio 2015.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ “Normas programáticas impõem uma tarefa para os poderes públicos, dirigem-lhes uma dada atividade e prescrevem uma ação futura. São normas desprovidas de qualquer vinculação.” Cf. *Ibidem*, p. 70.

Bobbio estabelece que a proteção dos direitos do homem requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, estes nascem contra o superpoder do Estado, e os direitos sociais exigem uma proteção efetiva por parte do Estado⁶¹.

1.3 Limites à justiciabilidade dos direitos sociais

1.3.1 O mínimo existencial e o direito à saúde

Os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, devem ser implementados pelo Estado por meio de políticas públicas voltadas à plena observância dos mandamentos constitucionais. Tais ações estatais dependem investimentos financeiros e necessitam de investimentos públicos, o que acarreta, conseqüentemente, a efetivação de umas obrigações em detrimento de outras, em razão da insuficiência de recursos.

Mendes estabelece que, para compreender os direitos fundamentais sociais, deve-se analisar qual teoria será adotada. A primeira seria a teoria absoluta, na qual o núcleo essencial dos direitos fundamentais constitui unidade substancial autônoma, que estaria a salvo de qualquer decisão legislativa; e a teoria relativa, na qual o núcleo essencial há de ser definido de acordo com o caso concreto, através do processo de ponderação⁶².

A efetividade dos direitos sociais está relacionada à garantia de um direito fundamental ao mínimo existencial, possuindo tais direitos aplicabilidade imediata, configurando-se direitos subjetivos dos cidadãos que devem ser garantidos pelo Estado, assim o indivíduo terá garantidas as condições mínimas para sua sobrevivência. Leal estabelece que o desafio do Estado Social é garantir a justiça

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: _____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 197-210.

social efetiva aos seus cidadãos a fim de garantir-lhes o desenvolvimento da pessoa humana⁶³.

Por essa razão, surgiu o ideal de implementação do mínimo existencial pelos entes estatais, que tem por objetivo a busca pela concretização das necessidades básicas da sociedade. Para Gotti, o ideal do mínimo existencial tem por base a dignidade da pessoa humana, a supremacia da Constituição e a maior efetividade das normas, estabelecendo prioridades constitucionalmente definidas a serem observadas pelo Estado que, ao executar suas atividades, deve destinar recursos para o atendimento a situações consideradas como o mínimo necessário para a sociedade⁶⁴.

O primeiro autor a sustentar a possibilidade de um direito subjetivo, como a garantia dos recursos mínimos, foi Otto Bachof, na doutrina do pós-guerra, que considerou na década de 1950 o princípio da dignidade humana como o mínimo de segurança social⁶⁵.

O conceito de mínimo existencial teve origem na Corte Constitucional Alemã, que o extraiu da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da integridade física, mediante interpretação sistemática com o princípio do Estado Social⁶⁶.

Já o pioneiro no tratamento do mínimo existencial foi Torres que, com base em Robert Alexy e John Rawls, estabeleceu respaldo no princípio da liberdade que, por seu turno, repete o princípio da igualdade, com o respeito à dignidade da pessoa humana⁶⁷. A CF/88 traz a dignidade entre os fundamentos da República, representando três aspectos fundamentais: a liberdade, a igualdade e o mínimo

⁶³ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁶⁴ Gotti, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regimes jurídicos, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos fundamentais e justiça**. Porto Alegre, n. 1. out./dez. 2007.

⁶⁶ KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, p. 70, jul./set. 1989.

existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam a sociedade viver dignamente.

Torres defende que os direitos fundamentais estariam condicionados à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive, estabelecendo que a dignidade da pessoa humana está ligada a parcelas mínimas que são protegidas pelos direitos sociais⁶⁸.

Observa-se que, por estar entre os direitos de liberdade e dependentes de condições materiais, fala-se que o mínimo existencial somente será atendido na medida em que os direitos fundamentais sociais forem efetivados. Além disso, Torres aduz que o mínimo existencial se confunde com os direitos fundamentais em sentido estrito através do qual reconhece as prestações estatais para a satisfação do mínimo existencial⁶⁹.

As normas de direitos fundamentais que protegem o mínimo existencial obrigam o Poder Público a efetivá-los. Por se tratarem de direitos subjetivos, deve realizar a prestação necessária para que o mínimo seja garantido, a fim de assegurar uma vida digna ao indivíduo. Nessa linha, Barcellos estabelece que o mínimo existencial é constituído por quatro elementos materiais: a educação, a saúde, a assistência aos desamparados e, por fim, o acesso à Justiça, correspondendo ao núcleo da dignidade da pessoa humana com *status* de direito subjetivo passível de ser exigido do Poder Judiciário⁷⁰.

Tem-se observado que a jurisprudência do STF tem entendido que cabe ao Poder Público garantir o acesso à preservação da saúde, em observância ao mínimo existencial, no que diz respeito às normas constitucionais programáticas, ou seja, com base nos ditames do artigo 196 da CF/88, é dever do Estado assegurar a saúde ao indivíduo, conforme preleciona o TJMG:

⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, p. 70, jul./set. 1989.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CR/88 . MEDICAMENTO. **MÍNIMO EXISTENCIAL** E CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. COMPROVADA. FORNECIMENTO. SENTENÇA CONFIRMADA. -Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve o Poder Público garantir o acesso de todos aos mecanismos necessários à preservação da saúde, em observância ao '**mínimo existencial**', no que se refere às normas constitucionais programáticas. - O direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição da República, é dever do Estado, o que o obriga ao fornecimento de tratamento médico adequado e dos medicamentos/insumos disponíveis, atendida a cláusula da reserva do possível. - Deve ser mantida a sentença que impõe ao ente público o fornecimento de medicamento à parte que comprova a necessidade decorrente de grave enfermidade e a impossibilidade de adquiri-lo com seus próprios recursos⁷¹.

Observa-se que o mínimo existencial constitui-se em uma verdadeira limitação à atuação estatal, sendo princípio orientador das ações e políticas realizadas pelo Estado, que deve garantir o mínimo essencial para garantir uma vida digna aos cidadãos, principalmente quando se tratar de questões relacionadas aos direitos fundamentais.

Cabe ao Poder Judiciário, constatando a existência das políticas públicas que concretizem o direito à saúde, identificar as razões pelas quais a Administração Pública negou tal pretensão. Mesmo que se reconheça legitimidade ao Judiciário para atuar no controle das políticas públicas, sempre com o intuito de preservar o mínimo existencial como primordial para a preservação da dignidade humana, encontram-se dificuldades ao buscar soluções que confirmem a efetividade plena à decisão judicial⁷².

É possível classificar o exercício do mínimo existencial em duas dimensões: a negativa e a positiva. Na dimensão negativa, o mínimo existencial aplica-se como um limite ao Estado e a particulares, impedindo que eles pratiquem

⁷¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça . **Ap Cível/Reex Necessário AC 10182130007202002 MG (TJ-MG)**. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10182130007202002_fde37.pdf?Signature=cnj6db78HEu4Cks9vNgjnUeGYds%3D&Expires=1451869932&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1674d91c33cf2c32c693e01074b7e09f>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁷² BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 144.

atos que retirem das pessoas as condições mínimas necessárias para uma vida digna. Já a dimensão positiva se constitui em um conjunto de direitos mínimos que devem ser implementados e concretizados pelo estado, a fim de possibilitar-lhes uma vida digna⁷³.

Dessa forma, o direito ao mínimo existencial encontra-se intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, de modo que os cidadãos possuem o direito de receberem prestações mínimas pelo Estado que lhe garantam boas condições de vida, bem como não podem sofrer limitações que acarretem ofensas a uma vida digna. Sarlet leciona que uma solução plausível para delimitar o mínimo existencial seria a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para garantir em condições mínimas uma vida saudável ao indivíduo, conforme parâmetros definidos pela Organização Mundial da Saúde – OMS⁷⁴.

A proteção positiva do mínimo existencial se realiza de diversas formas, entretanto, para Amaral, a ação estatal deve se circunscrever à entrega de um mínimo de bens públicos ou bens primários, adequados às necessidades de sobrevivência dos pobres, visto que ao Estado não compete conceder bens e serviços a toda a população⁷⁵.

A CF/88 não consagrou expressamente o mínimo existencial, nem conteúdo específico que trata acerca do tema, entretanto ele decorre do Estado social, da proteção à vida, da preservação da dignidade da pessoa humana, estabelecendo um mínimo de condição ao indivíduo, além de encontrar-se implícito nos princípios constitucionais que o fundamentam, tais como no da igualdade, devido ao processo legal, dentre outros.

Para Barcellos, o mínimo existencial e o núcleo material da dignidade humana descrevem o mesmo fenômeno. O consenso social e a norma jurídica se encontram, uma vez que a compreensão desta depende daquela. Ao utilizar a

⁷³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁷⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 178.

expressão dignidade da pessoa humana, a CF/88 recorre ao consenso social para preenchê-la de significado⁷⁶.

O mínimo existencial “[...] é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma expressamente vaga, da reserva do possível”⁷⁷. A efetivação dos direitos sociais dependem da consequente realização do mínimo existencial como, por exemplo, a saúde, que deve propiciar condições físicas e mentais indispensáveis para que o indivíduo tenha uma vida digna e, uma vez desrespeitada, o Poder Judiciário estará autorizado a intervir a fim de que a dignidade seja respeitada.

Quanto à abrangência do mínimo existencial, Mendes argumenta que, com relação aos direitos sociais, o Estado deve destinar valores para garantia de direitos universais, no entanto, quanto ao direito à saúde, a análise deve ser feita caso a caso, de modo que as ações estatais devem se adequar às necessidades específicas de cada cidadão⁷⁸.

Assim, percebe-se que o mínimo existencial deve ser respeitado pelos entes estatais na elaboração de políticas públicas e na concretização dos mandamentos constitucionais, de modo que, quanto aos direitos fundamentais, o Estado deve agir de forma positiva, visando garantir mínimas condições de vida à população.

Todavia, para a satisfação dos anseios da população e para a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, fazem-se necessários investimentos financeiros que, muitas vezes, são insuficientes para satisfazer todas as necessidades sociais. Desse modo, o Estado pauta-se pela reserva do possível para justificar a organização e preferência de seus atos.

⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo, essência e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 205.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

1.3.2 A reserva do possível

Na busca pela efetivação dos direitos sociais, os entes estatais encontram-se limitados pela insuficiência de recursos públicos para a satisfação das necessidades sociais, situação conhecida como reserva do possível, na qual o Estado deve tomar determinadas decisões em detrimento de outras, pela insuficiência de recursos para cumprir com todas as obrigações que lhe são impostas.

O princípio da reserva do possível tem sua origem na Alemanha, principalmente após o início dos anos de 1970. Segundo Canotilho, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos⁷⁹.

Para Barcellos, o tema passou a ser discutido no Brasil, a partir da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The cost of rights*, 1999, na qual os autores fazem uma análise econômica de quanto custariam os direitos, tanto os sociais como os individuais. Eles reconhecem que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos dando significativo relevo ao tema da reserva do possível, especialmente no que diz respeito à escassez dos recursos e à necessidade de se fazerem escolhas alocativas⁸⁰.

Assim, de acordo com o princípio da reserva do possível, o Estado possui a discricionariedade na destinação de recursos financeiros para cumprimento de suas obrigações, visto que, por se apresentarem insuficientes, tais recursos devem ser investidos nas áreas consideradas prioritárias, bem como serão atendidas aquelas que se enquadrarem na programação orçamentária.

Pode-se dizer que o princípio da reserva do possível possui duas situações distintas, conforme assevera Sarlet, que são a reserva do possível fática e

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito, constituição e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

a jurídica. A situação fática se refere à insuficiência orçamentária, à inexistência de recursos; já a situação jurídica corresponde à ausência de autorização orçamentária para uma despesa específica⁸¹.

Em face a dependência dos direitos sociais pela elaboração de políticas públicas que acarretam gastos financeiros, a efetivação desses direitos se condiciona às condições financeiras apresentadas pelo Estado, que não possui recursos suficientes para satisfazer todas as suas obrigações, devendo priorizar aquelas consideradas fundamentais para a população. Nesse contexto, salienta Botelho que a efetivação dos direitos sociais está vinculada às condições financeiras do Estado, de forma que, caso comprove-se a insuficiência econômico-financeira do ente estatal, não será razoável ser imposto e exigido o cumprimento dos mandamentos constitucionais, em virtude da limitação material apresentada⁸².

Sendo assim, levando-se em consideração os preceitos da reserva do possível, faz-se necessária uma análise quanto à possibilidade de o Estado esquivar-se da prestação dos direitos sociais justificando-se pela insuficiência de recursos.

Apresenta-se um conflito entre o ideal de mínimo existencial, no qual o Estado deve garantir o mínimo necessário para garantia de uma vida digna aos cidadãos, e o princípio da reserva do possível, em que o cumprimento das políticas públicas estatais encontra-se vinculado às condições orçamentárias apresentadas pelos entes estatais.

Há que se ressaltar que todos os direitos fundamentais são, de certo modo, direitos positivos, os quais, para serem efetivados, deverão abranger a alocação de recursos materiais e humanos para a proteção e efetivação de uma

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁸² BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde**: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011.

maneira geral. Sarlet aduz que “[...] o fator custo de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional⁸³”.

Existem óbices para o cumprimento da reserva do possível, conforme menciona Sarlet, tais como problemas nas técnicas processuais adequadas de tutela dos direitos fundamentais; gratuidade dos serviços de saúde prestados pelo Poder Público e as relações entre o sistema de saúde pública e os assim designados planos de saúde; pretensão de condenação do Estado à prestação de medicamentos e tratamentos não previamente elencados nas listas do sistema de saúde e normalmente indicados por profissionais sem vínculos com esse sistema⁸⁴.

Apesar de tais problemas, eles não afastam a necessidade de se reconhecer o direito subjetivo em caso de urgência, em que a vida se encontra em risco iminente. Nestes casos, há que se levar em consideração os princípios da isonomia e da proporcionalidade, operando não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas pelo prisma do indivíduo. Tais princípios devem servir de critério para a decisão judicial, visto que o juiz atua nas vestes do Estado-juiz em que deve atuar no sentido de fiscalizar as provas que as partes levam a seu conhecimento.

Há, entretanto, uma preocupação no que diz respeito à reserva do possível⁸⁵. Os investimentos seriam insuficientes para atender as necessidades sociais, impondo ao Estado tomar difíceis decisões. Barroso cita um julgado emblemático do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ, que negou ao paciente, portador de insuficiência renal, o fornecimento de remédio de alto custo, argumentando a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outro:

TJRJ. Apelação Cível 1994.001.01749, Rel Des. Carpena Amorim: Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ “Implementar um direito a prestação exige a alocação de recursos, em maior ou menor quantidade, conforme o caso concreto, e, vale ressaltar, não apenas recursos financeiros, mas também recursos não monetários, como pessoal especializado e equipamentos.” Cf. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013, p 118.

privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (DP) Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenco. TJRJ, j. 20 set. 1994⁸⁶.

As políticas públicas devem servir para beneficiar todos. O cidadão ao recorrer ao Judiciário, deseja ter seu direito garantido, independentemente de existirem outros indivíduos na mesma situação. A norma deve, então, ser aplicada a todos. Um direito previsto constitucionalmente, como é o caso do direito à saúde, não pode simplesmente ser ignorado, sob a alegação de que outras pessoas sobrevivem sem tratamento.

A apreciação do Poder Judiciário à lesão ou ameaça de lesão é fundamental para garantia dos direitos fundamentais, como predetermina o art. 5º, XXXV, da CF/88. A dignidade humana deve ser observada, visto que, para se ter uma vida digna, é necessário que se tenham resguardados os direitos básicos do indivíduo, tais como: saúde, alimentação, moradia, dentre outros.

O Estado tem o dever de assegurar condições mínimas de existência ao indivíduo, como o direito à saúde, entretanto esses direitos são de cunho patrimonial e demandam verbas para serem implementados e garantidos, e, em virtude deste caráter prestacional, é que se passou a sustentar que os direitos sociais deveriam ser inseridos dentro da reserva do possível, instituto desenvolvido na Alemanha, que estabelece que a efetividade dos direitos sociais estaria sob a reserva financeira do Estado e, portanto, dependente dos cofres públicos.

De acordo com Sarmento:

⁸⁶ RIO DE JANEIRO. Apelação Cível 1994.001.01749 apud BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Diante disso afirma-se que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, pois sua efetivação encontra obstáculos em limites fáticos muitas vezes insuperáveis [...] em razão destas dificuldades, durante boa parte do século XX, a doutrina dominante negava a possibilidade da tutela judicial dos direitos sociais e econômicos consagrados nas constituições, rotulando as normas que as positivavam como de caráter meramente programático⁸⁷.

Garantir um mínimo que seja de efetivas prestações decorrentes de tratamento constitucional e infraconstitucional revela-se uma grande tarefa diante da flagrante limitação estrutural do Estado. Observa-se que o direito à saúde encontra-se de certa forma afetado pela reserva do possível, seja através da disponibilidade de recursos, seja pela capacidade jurídica. Entretanto, a garantia do mínimo existencial estabelece parâmetros mínimos de efetividade dos direitos sociais em que a reserva do possível não deve prevalecer e afastar o dever de garantir um mínimo ao indivíduo, por meio da alegação da falta de recursos para tanto.

Lado outro, observa-se, como posicionamento minoritário, o afastamento da justiciabilidade do direito à saúde, no qual se estabelece que não caberia ao Poder Judiciário controlar os critérios de conveniência e oportunidade da Administração a fim de atender a demanda da população no que diz respeito à saúde, devendo observar a dotação orçamentária, ou seja, o limite orçamentário para ser gasto com a saúde, conforme voto proferido pela relatora Des^a. Albergaria Costa⁸⁸.

Nesse sentido, estabelece a Apelação Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. **CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL**. Seja pela observância das **cláusulas da reserva do possível** e da **reserva** em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não está o Estado

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 62-63.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: 2010.

obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento ou insumo requerido pela parte, em especial quando não padronizado pelo SUS. Reexame necessário não conhecido. Recurso de apelação conhecido e provido⁸⁹.

A ação pretendia compelir o Estado de Minas Gerais a custear um tratamento com o medicamento neocate, indicado a um menor com alergia alimentar grave. Ocorre que o Estado se esquivou da obrigação, alegando que a responsabilidade seria do município. Entretanto, ficou demonstrado que a responsabilidade dos entes seria solidária, não tendo como o Estado alegar que não teria responsabilidade, uma vez que o SUS está alicerçado no princípio da co-gestão, pela participação simultânea dos entes estatais dos três níveis, cabendo a cada ente, no seu âmbito de atuação, garantir a todos o direito à saúde.

Para a relatora, Des^a. Albergaria Costa, restou demonstrado que o medicamento não poderia ser fornecido uma vez que o Poder Público não está obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento, insumo, suplemento, cirurgia ou procedimento pleiteado pela parte, mas apenas aqueles escolhidos segundo os critérios técnicos estabelecidos pelos gestores do SUS, sob pena de concentrar recursos para casos individuais, diminuindo, "[...] a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade"⁹⁰. Por tais razões, não pode o Estado ser compelido ao fornecimento do neocate, uma vez que não foi padronizado pelo SUS, conforme a nota técnica. Neste sentido, Amaral esclarece que:

⁸⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ap Cível/Reex Necessário AC 10242100017118001 MG**. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10242100017118001_0a996.pdf?Signature=N%2B4jnyCwmTek4HKtPQR4O9BIUPY%3D&Expires=1451445271&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8117c7fe13b17189592a350353ddcd25>. Acesso em: 1º dez. 2015.

⁹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ap Cível/Reex Necessário AC 10242100017118001 MG**. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10242100017118001_0a996.pdf?Signature=N%2B4jnyCwmTek4HKtPQR4O9BIUPY%3D&Expires=1451445271&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8117c7fe13b17189592a350353ddcd25>. Acesso em: 1º dez. 2015.

[...] a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade⁹¹.

Nesse diapasão, não se poderia exigir que o magistrado implementasse um gasto extraordinário em favor da saúde de apenas uma pessoa, visto que os recursos são escassos e, concedendo tratamento a apenas uma pessoa, ele estaria infringindo o princípio da isonomia, uma vez que, determinando uma aplicação individual, feriria o princípio da proporcionalidade e prejudicaria os outros indivíduos que também necessitariam de outros tratamentos. Assim, ele deveria observar a cláusula da reserva do possível e agir de acordo com as possibilidades do Estado, uma vez que o SUS já possui uma lista de medicamentos que podem ser utilizados para o tratamento dos indivíduos de modo que abarquem todos, indistintamente.

Entretanto, conforme entendimento dos demais desembargadores, a relatora teve seu voto vencido. Conforme expõe o revisor, Des. Elias Camilo Sobrinho, “[...] a defesa do direito social à prestação dos serviços de saúde, não se pode olvidar das demais políticas públicas, da escassez dos recursos e, inclusive, do princípio da razoabilidade e prejudica, ainda que indiretamente, outros indivíduos que igualmente dependem dos recursos públicos para satisfação de seus direitos”⁹². Já o Des. Judimar Biber estabeleceu que “[...] no caso em tela, sendo o insumo de uso contínuo, necessário se faz condicionar o recebimento à apresentação de receituário médico atualizado a cada retirada, porquanto somente o profissional da

⁹¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁹² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap Cível/Reex Necessário : AC 10242100017118001 MG. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10242100017118001_0a996.pdf?Signature=N%2B4jnyCwmTek4HKtPQR4O9BIUPY%3D&Expires=1451445271&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8117c7fe13b17189592a350353ddcd25>. Acesso em: 24 nov. 2015

medicina que prescreve tal insumo terá condições de avaliar a necessidade e a periodicidade do uso, portanto, não merece reforma a sentença nesse ponto⁹³.

Observa-se que o posicionamento da Des^a. Albergaria Costa é minoritário, o posicionamento majoritário assegura o direito à saúde ao indivíduo, como direito constitucional inviolável, mesmo que o insumo não esteja na norma técnica do SUS, e o médico entenda que o tratamento seja viável para a vida do individual, não há o que se falar em reserva do possível frente ao direito à vida do cidadão.

Oportuno ressaltar o entendimento sustentado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 45: "Cumpre advertir, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁹⁴.

Já Dworkin arremata dizendo que toda a discussão sobre a reserva do possível ou do mínimo existencial está posta para mascarar o problema de escolha política quanto à alocação de recursos orçamentários levados a cabo pelos poderes Executivo e Legislativo⁹⁵.

Nessa linha de entendimento, Barreto assevera que a reserva do possível é considerada uma falácia, que se caracteriza como o limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, cujo argumento ignora em que medida o custo é

⁹³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap Cível/Reex Necessário : AC 10242100017118001 MG. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10242100017118001_0a996.pdf?Signature=N%2B4jnyCwmTek4HKtPQR4O9BIUPY%3D&Expires=1451445271&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8117c7fe13b17189592a350353ddcd25>. Acesso em: 24 nov. 2015.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45-9/DF**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

consustancial a todos os direitos fundamentais⁹⁶. Sabe-se do elevado custo do aparelho estatal que é disponibilizado para garantir os direitos civis e políticos. Alegar que não existe verba para assegurar esses direitos afeta os direitos humanos tanto políticos, civis e sociais.

A reserva do possível não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. Caso haja conflito de interesses, estes deverão ser solucionados através da ponderação dos bens jurídicos em disputa, de modo que o intérprete atribua a melhor solução ao caso concreto.

1.3.3 A escassez dos recursos financeiros

A escassez significa a finitude dos recursos disponíveis de acordo com a Economia. Com essa escassez, é necessário que sejam feitas escolhas nos atendimentos às demandas propostas. Holmes e Sustain apud Amaral asseguram que todos os direitos têm um custo porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los⁹⁷.

As pretensões fundadas nos direitos fundamentais precisam de meios materiais para que sejam efetivadas. A escassez, conforme preleciona Amaral, pode ser natural ou artificial. A natural é aquela em que não se pode fazer nada para aumentar a oferta a todos; já a artificial surge quando o governo pode tornar o bem acessível a todos⁹⁸.

A escassez ocorre quando se verifica que há determinado tratamento, entretanto, seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros tratamentos ou mesmo haverá o corte de outras despesas em outras áreas.

⁹⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. **Revista quaestio iuris**. Rio de Janeiro, 2012.

⁹⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁹⁸ Ibidem.

Observa-se que são as escolhas que podem levar a escassez a uma área e não a outra⁹⁹.

O que está em jogo não é apenas o que diz respeito aos recursos financeiros, mas sim aos órgãos e pessoal especializados. A medicina está cada dia mais evoluída, o que faz com que os medicamentos e procedimentos sejam atualizados e, de acordo com a ética médica¹⁰⁰, os médicos querem salvar seus pacientes, indicando os mais diversos tratamentos. A evolução da tecnologia médica tem um preço que acaba repercutindo na efetividade da prestação. Amaral aduz que:

Todos os recursos valiosos são escassos, mas a preocupação com a escassez no âmbito da saúde tornou-se mais aguda nos últimos anos com o aumento da demanda. O fator mais relevante para o aumento dos custos com a saúde em todo o mundo é o contínuo progresso da tecnologia médica. Outro fator importante é o envelhecimento da população¹⁰¹.

Neste prisma, a tecnologia aliada ao envelhecimento da população faz com que não haja recursos suficientes para atender as demandas propostas, fazendo com que as pessoas busquem a efetivação da saúde nos tribunais.

Observa-se que não há tratamento que sobreponha ao orçamento da saúde na União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, mas fala-se sobre a forma como os recursos são empregados. Se se alegam falta de recursos, é porque eles não foram devidamente empregados para tal finalidade.

⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁰⁰ “VI: O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra a dignidade e integridade.” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_1.asp>. Acesso em: 20 dez. 2015.

¹⁰¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 143.

Sendo assim, se os recursos são escassos e a garantia de todos os direitos gera um custo, o direito à saúde ficará limitado à reserva do possível para que tenha a pretensão solucionada. Ocorre que o direito à saúde deve ser concretizado de forma progressiva para que sua plenitude seja atingida.

Lado outro, observa-se que um dos grandes desafios com a saúde é a alocação de recursos, feita através de decisões profissionais e econômicas que muitas vezes obrigam o litígio. Nesse cenário, o Executivo e o Legislativo são considerados os principais atores das decisões alocativas dos recursos, ou seja, eles devem elaborar a proposta de orçamento e colocá-las em prática.

Observa-se que, segundo Amaral, há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental e sim essencial, motivo pelo qual toma vulto a alocação dos recursos¹⁰².

As decisões alocativas podem se dar com base em três ordens conforme preleciona Amaral: qual o valor a disponibilizar, a quem atender e a conduta dos potenciais beneficiados. As decisões de primeira ordem podem ser individuais ou políticas e deve incluir as escolhas individuais descentralizadas e a escassez quase natural. A principal consequência dessas decisões seria a de favorecer certos bens e serviços em detrimento de outros¹⁰³.

Observa-se que alguns doutrinadores defendem que, mesmo que haja regramento constitucional estabelecendo a vinculação de determinada parcela das receitas públicas ao investimento de medidas para a efetivação do direito à saúde, a inflexível escassez dos recursos impõe a necessidade de opção alocativa através da qual se realizará o direito juridicamente possível¹⁰⁴.

Em razão da inexistência de suporte financeiro para suprir as necessidades sociais, a formulação das políticas públicas sociais voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria as escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam o critério da justiça distributiva, a qual estabelece o quanto disponibilizar e

¹⁰² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 143.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 101.

a quem disponibilizar. Barroso expõe que os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis¹⁰⁵.

¹⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

2. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No segundo capítulo, inicia-se a abordagem acerca do direito à saúde como autêntico direito fundamental, inclusive sua aplicabilidade, além de discorrer acerca do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico desse direito. Será analisado o direito à saúde tanto no âmbito internacional como nacional até o surgimento do SUS, estabelecendo o histórico, os princípios aplicáveis à saúde, bem como a análise do princípio federativo e as responsabilidades de cada ente federado quanto à proteção à saúde. Ao final, trata da análise acerca da oxigenoterapia hiperbárica – OHB, através das câmaras hiperbáricas, estabelecendo o conceito, o histórico, as indicações e contra indicações do tratamento.

2.1 O direito à saúde no âmbito internacional

O direito à saúde encontra-se fortemente ligado ao direito à vida, sendo ambos direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico, voltados à proteção da dignidade da pessoa humana. Estabelecer o conceito de saúde não é tarefa fácil. Ao utilizar a terminologia saúde, pressupõe-se que há ausência de doença, entretanto, não há um conceito exato para defini-la.

A Organização Pan-Americana da Saúde¹⁰⁶ – OPAS foi criada em 1902 como organismo regional e tem a finalidade de promover a melhoria das políticas públicas e serviços públicos de saúde, através da transferência de tecnologia e da difusão de conhecimentos produzidos nos países-membros, por meio de um trabalho de cooperação internacional para a promoção da melhoria da saúde.

¹⁰⁶ Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível no site: http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=885&Itemid=672. Acesso em: 8 de out. 2015.

A ONU, em seu artigo 55, traz recomendações e cuidados com o direito à saúde, considerado essencial desde a origem da organização:

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional;
- c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião¹⁰⁷.

Em 1948, com o intuito de consolidar o direito internacional à saúde, cria-se a Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, parte do sistema da ONU¹⁰⁸. Ela foi criada através do Comitê de Higiene da Sociedade das Nações, que desejava a junção dos estados-membros à Liga das Nações para a prevenção de doenças no âmbito internacional¹⁰⁹.

A OMS, no preâmbulo de sua Constituição, estabelece que a saúde é o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença ou enfermidade. A saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação de indivíduos e Estados. Os resultados alcançados por qualquer Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos, ou seja, de acordo com a OMS, a saúde não é apenas a ausência de doença, mas a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. A definição de saúde está associada ao estado físico, mental e social do indivíduo¹¹⁰.

¹⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta**. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 8 out. 2015.

¹⁰⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **História**. Disponível em: <<http://www.who.int/about/history/es/>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁰⁹ VENTURA, Deisy. **Direito e saúde global**: o caso da pandemia de gripe A(H1N1). São Paulo: Dobra Editorial, 2013, p. 64-65.

¹¹⁰ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flavio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de saúde pública**. São Paulo, v. 31, n. 5, out. 1997. Disponível no em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016>. Acesso em: 4 jan. 2015.

Ao associar a saúde ao bem-estar social e psíquico, exprime a ideia do ser humano em relação ao meio, além disso, a saúde é tratada como bem jurídico não só individual como também coletivo.

A OMS determina que “[...] a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”¹¹¹. Além disso, certifica o direito à saúde como um dos direitos fundamentais de todo o homem “[...] gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”¹¹².

Observa-se que a OMS foi palco de grandes discussões relacionadas à saúde, monitorando-a pelo mundo e estabelecendo normas e políticas públicas a serem implementadas pelos estados-membros.

A Declaração de Alma-Ata, 1978, após a criação da OMS, consolidou o direito à saúde através da Conferência Internacional sobre Cuidados de Saúde Primários¹¹³, que reforça a ideia presente na OMS, estabelecendo a saúde como direito fundamental. A respectiva declaração trouxe à baila quais seriam os cuidados na atenção primária a fim de que a saúde fosse considerada em seu caráter universal.

¹¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Preâmbulo. In: _____. **Constituição**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

¹¹² Ibidem

¹¹³ “A Declaração de Alma-Ata de 1978 foi inovadora por ter associado uma abordagem baseada no direito à saúde a uma estratégia viável para a realização desse direito. Documento resultante da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, a declaração identificou cuidados primários de saúde como fundamentais para reduzir as desigualdades em relação à saúde entre países e dentro deles e, por esse meio, atingir o objetivo ambicioso, mas não impossível, de 'Saúde para Todos' até 2000. Cuidados primários de saúde foram definidos no documento como serviços que oferecem 'cuidados essenciais de saúde', baseados em intervenções aprovadas cientificamente. Esses serviços deveriam ser universalmente acessíveis para os indivíduos e as famílias a um custo viável para as comunidades e os países. Cuidados primários de saúde englobam no mínimo oito elementos: educação em saúde, nutrição adequada, cuidados de saúde para a mãe e a criança, saneamento básico e água limpa, controle das principais doenças infecciosas por meio de imunização, prevenção e controle de doenças localmente endêmicas, tratamento de doenças e lesões comuns, e provimento de medicamentos essenciais. A declaração conclamou os governos a formular políticas nacionais que incorporassem cuidados primários de saúde a seus sistemas nacionais de saúde. Argumentou quanto à necessidade de dar atenção à importância do atendimento de saúde baseado na comunidade, que reflete a realidade política e econômica de um país.” Cf. UNICEF. **Cuidados primários da saúde: 30 anos desde Alma-Ata**. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/sowc9pt/cap2-dest2.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

V - Os governos têm responsabilidade pela saúde da sua população, implicando a adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas. Uma das principais metas sociais dos governos, das organizações internacionais e de toda a comunidade mundial na próxima década, deve ser a de que todos os povos do mundo atinjam até o ano 2000, um nível de saúde que lhes permita levar uma vida social e economicamente produtiva. Os cuidados de saúde primários constituem a chave para que essa meta seja atingida, através do desenvolvimento e do espírito da justiça social¹¹⁴.

A concepção de saúde adotada tanto pela OMS como pela Declaração de Alma-Ata estabelecem uma perspectiva individual e coletiva. No que tange à percepção coletiva, é utilizada a expressão saúde pública, a qual irá prevenir e prolongar a vida da comunidade através do controle de infecções que poderão atingir a população. Ela consagra os conhecimentos científicos de um lado e do outro possibilita o Poder Público utilizar as ferramentas adequadas para a promoção da saúde¹¹⁵.

O direito à saúde, de acordo com Figueiredo, surgiu com o Estado Liberal burguês entre os séculos XVII e XIX¹¹⁶. A revolução industrial determinou o crescimento populacional, o que ocasionou a proliferação de doenças entre os operários e seus familiares. Nessa seara, surgem reivindicações dos operários desejando melhores condições sanitárias, o Estado assume a função de garantir a saúde pública. A partir da segunda metade do século XIX, os trabalhadores começaram a se organizar para lutar por melhores condições de trabalho e, dentre elas, estava o direito à saúde. Nisso, os Estados passam a ser responsabilizados pela situação da saúde do povo, logo mais, o operariado pressionou para que o Estado fiscalizasse as condições de saúde no trabalho¹¹⁷.

No âmbito internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH, de 10 de dezembro de 1948, foi a primeira a tratar sobre o direito à saúde conforme aduz o art. 25:

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata**. Disponível em:

<http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaoaude/Dec_Alma-Ata.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹¹⁵ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Heberth Costa. **Saúde no Brasil**: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2015.

¹¹⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A saúde no direito brasileiro**. São Paulo: Moderna, 1987.

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. II) A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social da declaração¹¹⁸.

A DUDH estabeleceu, com isso, o direito à saúde e ao bem-estar do indivíduo, incluindo essa proteção a todas as fases da vida da pessoa, da infância à velhice.

Já em 1966, o direito à saúde foi assegurado pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, que criou diretrizes para assegurar o direito à saúde, conforme preleciona seu artigo 12:

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade¹¹⁹.

O respectivo pacto estabelece proteção à saúde, bem como as medidas que os Estados deverão adotar para que sejam obedecidas as exigências propostas, a fim de estabelecer o mais elevado nível de saúde ao indivíduo além de atribuir aos

¹¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

¹¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.

estados-membros assegurarem as medidas necessárias para implementação desse direito.

No direito comparado, observa-se que vários países contemplam a saúde como direito fundamental. As Constituições da Espanha e de Portugal possuem dispositivos expressos acerca do direito à saúde. A Constituição portuguesa estabelece em seu artigo 64 que todos têm direito de proteção à saúde e possuem o dever de defendê-la e de promovê-la¹²⁰. Os direitos serão exercidos através de serviço nacional de saúde, de forma universal, devendo ser preferencialmente gratuito. As condições econômicas e sociais deverão ser criadas de forma que melhorem a vida dos indivíduos. O Estado tem o dever de assegurar garantia a todos os indivíduos, propiciando cobertura da saúde em todo o país.

A Constituição espanhola, de 1978, reconheceu o direito a proteção à saúde, estabelecendo ao Poder Público organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e de mecanismo para protegê-la¹²¹.

No Brasil, a CF/88 foi a primeira a trazer no corpo do texto o direito à saúde, sendo considerada como direito fundamental, assegurado nos artigos 6º e 196. Ela trouxe à baila a garantia dos direitos sociais, englobando com isso a saúde,

¹²⁰ “Art. 64: 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência. 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada. PORTUGAL. **Constituição**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 20 maio 2015.

¹²¹ FLUMINHAN, Vincius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

além de estabelecer sua proteção frente ao Estado, devendo este, assegurá-la através de políticas públicas, sociais e econômicas.

Já em 1989, a Convenção dos Direitos da Criança¹²² e a Convenção Americana de Direitos Humanos¹²³ trouxeram em seu bojo a proteção à saúde em vários dispositivos legais, nos quais asseguraram ao indivíduo a proteção à saúde a fim de que o indivíduo tenha uma vida digna.

Observa-se que, na perspectiva luhmanniana, saúde é conceituada como algo dinâmico que está presente dentro do sistema social e que se relaciona com os demais segmentos da sociedade, interagindo com eles de maneira a criar organizações direcionadas à concretização da saúde¹²⁴.

Sob o enfoque sistêmico da saúde, no qual ela não pode ser separada do conceito de qualidade de vida, Schwartz define a saúde como “[...] um processo sistêmico, significando que é uma meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com as quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade”¹²⁵. Para que haja saúde, pressupõe-se qualidade de vida, de modo que seja usufruída com dignidade, de modo saudável. Entretanto, para que a saúde seja efetivada, é necessária a disponibilização de ações e serviços de natureza preventiva e curativa das doenças e outros agravos que prejudicam e colocam em risco esse direito¹²⁶.

2.2 O direito à saúde no Brasil

¹²² Convenção dos Direitos da Criança. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

¹²³ Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasses. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

¹²⁵ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37.

¹²⁶ FIGUEIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

No Brasil, a saúde passou por grandes avanços no decorrer dos séculos até o surgimento do SUS. A proposta aqui é mostrar as etapas percorridas pelo Estado brasileiro na preservação da saúde, em seguida mostrar-se-á como essa proteção chegou na CF/88, através da qual veio à baila o direito à saúde como direito fundamental social, sendo considerado um importante avanço da sociedade brasileira¹²⁷.

Carvalho, em seus relatos sobre as práticas curativas existentes no período colonial, afirma que não havia a presença de médicos e instituições médicas no Brasil durante o século XVI, quando a população era composta basicamente por índios¹²⁸. Entretanto, era marcante a presença de pessoas que experimentavam a cura, como curandeiros, enfermeiros, benzedeiros, parteiras, dentre outros. A cura praticada por essas pessoas preocupava a Corte, que reprimia os boticários da época. As Ordenações Filipinas previam o controle sobre as atividades médicas. Os jesuítas recém-chegados ao Brasil, alegando obedecer aos mandamentos de sua ordem, aplicavam a prática médica, mesmo sendo proibida pela Coroa. Nesse período, a saúde não era para todos, pois os indígenas, escravos e muitos colonos não tinham dinheiro para pagar os tratamentos.

Segundo Carvalho, a prática médica no Brasil inicia-se em meados do século XIX com a vinda da Corte portuguesa¹²⁹. Nessa época, havia combate a algumas epidemias, tais como a lepra. As doenças na cidade do Rio de Janeiro eram tão frequentes que a Corte portuguesa enviou representantes ao Brasil para identificar as causas das doenças.

Com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, a saúde começa a mudar. Segundo Fluminhan, Dom João VI cria três atos: “[...] o primeiro é a criação da Escola de Medicina na Bahia, o segundo é a criação da Escola de Medicina e

¹²⁷ FRANÇA, Gisele de Amaro e. **O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Tese (Doutorado)– USP, São Paulo, 2015.

¹²⁸ CARVALHO, Ana Carolina de Viotti. **As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)**. São Paulo: UNESP, 2012, p. 21.

¹²⁹ “No século XIX, foi criada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, principal responsável pela luta no sentido da efetivação das políticas sanitárias. Nessa época, foram desenvolvidas ações de regulação do exercício da medicina, incluindo as atividades dos cirurgiões e a criação das primeiras escolas de medicina: na Bahia é criada a Escola de Cirurgia, em 1808; e, no Rio de Janeiro, a cátedra de anatomia no Hospital Militar, seguida pela de medicina operatória, em 1809.” Ibidem.

Anatomia e Cirurgia do Rio de Janeiro, já o terceiro é a criação da Provedoria de Saúde e instalação de uma polícia voltada para a regulamentação e fiscalização de padrões de higiene urbana”¹³⁰.

No Brasil, após as mudanças no século XIX, a saúde começa a ter proteção. A Constituição de 1824 estabeleceu em seu artigo 179, 24, que: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e à saúde dos cidadãos”¹³¹. Já o art. 179, 31, aduzia que: “A Constituição também garante os socorros públicos”¹³².

Não havia nenhum planejamento de governo, em meados do século XIX, na área da saúde, sendo que, muitas vezes, era assegurado o que era pontual conforme estabelecia o artigo 179, 32¹³³. Mesmo já possuindo faculdades de medicina, não havia nenhuma diretriz sanitária no âmbito nacional.

Observa-se que, entre 1500 e 1889, não houve atendimento médico gratuito à população. O serviço, se não era particular, era oferecido pela Santa Casa de Misericórdia, sem nenhuma garantia assegurada¹³⁴. Entretanto, foi entre 1870 e 1930 que o Estado efetivou políticas públicas de saúde, através de campanhas efetivas.

A transição do século XIX para o século XX, conforme aduz Fluminhan, é marcada pelo crescimento urbano devido à chegada das indústrias¹³⁵. Com a industrialização, deu-se lugar a outra classe social, que passa a ter condições precárias de sobrevivência.

A cidade do Rio de Janeiro, no início do século XX, era a capital do Brasil e estava crescendo desordenadamente. Com o aumento da população e o

¹³⁰ FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014, p. 24.

¹³¹ BRASIL. **Constituição (1824)**. Disponível em: <<http://www.monarquia.org.br/pdfs/constituicaoodoimperio.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2015.

¹³² Ibidem.

¹³³ FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Op. cit. p. 24.

¹³⁴ CARVALHO, Ana Carolina de Viotti. **As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)**. São Paulo: UNESP, 2012.

¹³⁵ FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Op. cit., p. 24.

crescimento desordenado da cidade, viu-se a proliferação de doenças, tais como a febre amarela, varíola, peste bubônica, dentre outras. O então Presidente Rodrigues Alves decidiu reformar o centro, implementando projetos de urbanização e saneamento básico. A reforma incluía a demolição das favelas, expulsando os moradores para a periferia. Essa medida e a Campanha da Vacinação Obrigatória provocaram grande insatisfação nas pessoas. A situação piorou e, com isso, a população se rebelou e começou a destruir a cidade, atacando prédios, bondes, lojas, dentre outros. Esse episódio ficou conhecido como a revolta da vacina e fez com que o governo suspendesse a obrigatoriedade determinada pela campanha¹³⁶.

Já em 1920 cria-se o Departamento Nacional de Saúde a fim de se implantarem políticas públicas nessa área, tendo Carlos Chagas como responsável pela aprovação do Decreto nº 15.003/21, que estabeleceu modificações a fim de demonstrar necessária a maior eficiência dos serviços peculiares ao Departamento Nacional de Saúde Pública¹³⁷.

Após 1930, houve a estruturação do sistema de saúde, sendo criado o Ministério de Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência – IAPs, que tinham por finalidade oferecer um sistema de saúde de caráter curativo¹³⁸.

No regime militar, os IAPs foram substituídos pelo Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. Foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Ao criar esse serviço, ficou assegurado que todo trabalhador urbano, com carteira assinada, era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde¹³⁹.

¹³⁶ CARVALHO, Ana Carolina de Viotti. **As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)**. São Paulo: UNESP, 2012.

¹³⁷ BRASIL. **Decreto 15.003**, de 15 de setembro de 1921. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15003-15-setembro-1921-505151-republicacao-92731-pe.html>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

¹³⁸ “O Ministério substituiu o antigo Departamento Nacional de Saúde Pública, que era vinculado ao Ministério da Justiça. Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde. Na verdade, tratou-se de mero desmembramento do antigo Ministério da Saúde e Educação.” CARVALHO, Ana Carolina de Viotti. **As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)**. Op. cit.

¹³⁹ “Assim concebido, o sistema possuía diversos problemas. Por ter priorizado a medicina curativa, o modelo foi incapaz de solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como as endemias, as epidemias, além de não ser capaz de melhorar significativamente os indicadores de saúde

Em 1934, a Constituição Federal registrou avanços no âmbito social, no que diz respeito à saúde. Estabeleceu em seu artigo 10, II, que “[...] compete concorrentemente à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência públicas”, além de prever em seu artigo 121, § 1º, h, a assistência médica aos trabalhadores¹⁴⁰.

Com a Constituição Federal de 1937, o quadro não se altera, trazendo à baila a proteção médica aos trabalhadores, conforme preleciona o art. 137¹⁴¹. Observa-se que é notória a proteção à saúde, entretanto a assistência era destinada apenas aos trabalhadores assalariados.

Através da criação do Ministério da Educação e Saúde, surge o fórum de discussão denominado Conferência Nacional de Saúde. A primeira Conferência foi realizada em 1941, a qual apontava que as políticas públicas visavam apenas à medicina curativa e não, à preventiva¹⁴².

Mesmo a promoção da saúde tendo sido iniciada em 1808, o Ministério da Saúde só foi instituído em 1953, ainda assim unindo as atividades da saúde e da educação em um único Ministério.

Em 1954, após surtos epidêmicos ocorridos entre 1930 e 1950, surge a Lei nº 2.312/54, intitulada como Código Nacional de Saúde, que estabelece o dever do Estado em proteger a saúde da população a fim de evitar doenças. Entretanto, conforme aduz Fluminhan, “[...] o governo parece não dar a importância que o código merece porque a sua regulamentação ocorre apenas sete anos depois através do Decreto 49.974-A, de 21.01.1961”¹⁴³. Já em 1956, surge o Departamento

(mortalidade infantil, expectativa de vida, por exemplo).” FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

¹⁴⁰ BRASIL. **Constituição (1934)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 maio 2015.

¹⁴¹ Idem. **Constituição (1937)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 maio 2015.

¹⁴² CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, I, 1941, Rio de Janeiro, **Relatório...** Disponível em:

<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_1.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2015.

¹⁴³ FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014, p. 31.

Nacional de Endemias Rurais, que tinha a finalidade de combater as endemias existentes no país¹⁴⁴.

Insta salientar que, em 1963, na III Conferência Nacional de Saúde, percebeu-se que a promessa do Código não havia sido cumprida, visto que ainda se discutiam as medidas preventivas de saúde em relação às curativas. Discutia-se a possibilidade de aplicação da medicina em outras pessoas que não trabalhadores¹⁴⁵.

Observa-se que as Constituições de 1937 e 1946 não trouxeram inovações e a Constituição de 1967 cuidou da saúde em dois dispositivos, delegando à União a competência para estabelecer planos nacionais de educação e saúde e legislar sobre normas de proteção à saúde. O texto foi repetido na Constituição de 1969¹⁴⁶.

Em 1971, surge o Decreto nº 68.806/71¹⁴⁷, que cria uma central de medicamentos que teve o intuito de fornecer medicamento aos necessitados com preços acessíveis. Logo mais, surge a Lei nº 6.179/74, que acrescenta assistência médica aos idosos acima de 70 anos e aos inválidos. Insta salientar que ainda era restrito o acesso à saúde.

O movimento de reforma sanitária, no Brasil, surgiu em 1970, quando uma pequena parcela de intelectuais na área da saúde começou a realizar as primeiras experiências. Já no ano de 1975, percebe-se que seria necessária uma assistência social à saúde para toda a população, posto isso, começa a se discutir a possibilidade de universalizar a saúde além de torná-la gratuita¹⁴⁸. Em 1976, surgiu a proposta de internacionalização de priorização da atenção e dos cuidados

¹⁴⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Do sanitário à municipalização**. Disponível em:

<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/historico>>. Acesso em: 4 abr. 2015.

¹⁴⁵ CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, III, 1963, Brasília. **Relatório**... Disponível em:

<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹⁴⁶ FRANÇA, Gisele de Amaro e. **O Processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Tese (Doutorado)– . USP, São Paulo, 2015.

¹⁴⁷ BRASIL. **Decreto nº 68.806**, de 25 de junho de 1971. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D68806.htm>. Acesso em: 20 maio 2015

¹⁴⁸ RODRIGUEZ NETO, E. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003, p. 60.

primários da saúde, acordada na Conferência Mundial da Saúde de Alma-Ata, promovida pela OMS¹⁴⁹.

Na década de 1980, o ideário de reforma sanitária, que consistia na proposta do SUS, começou a ser implementado pelo Brasil, pois grande parte dos profissionais de saúde começou a ocupar importantes cargos na estrutura do Ministério da Saúde e no Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS¹⁵⁰, sendo decisiva a atuação desses profissionais na VIII Conferência Nacional de Saúde¹⁵¹.

O SUS já era discutido, entretanto só entraria em pauta através de uma nova constituinte em 1987. Impende mencionar que, no final da década de 80, surge a CF/88, que estabelece que é dever do Estado garantir saúde a toda a população, e para isso, visando garantir os preceitos por ela consagrados, criou-se e o Congresso aprovou em 1990 a Lei Orgânica da Saúde, que estabelece o sistema de funcionamento do SUS, que, nos termos do artigo 198, constitui-se em uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada segundo as diretrizes de “[...] descentralização, com direção única em cada esfera de governo, de atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e de participação da comunidade”.

Quanto à descentralização da organização do SUS, Figueiredo estabelece que ocorre de modo limitado e limitante, uma vez que o financiamento continua pendente em termos quantitativos em relação ao montante de recursos disponíveis¹⁵². Já no que diz respeito à rede regionalizada e hierarquizada, foi

¹⁴⁹ “A Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reunida em Alma-Ata aos doze dias do mês de setembro de mil novecentos e setenta e oito, expressando a necessidade de ação urgente de todos os governos, de todos os que trabalham nos campos da saúde e do desenvolvimento e da comunidade mundial para promover a saúde de todos os povos do mundo.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata**. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹⁵⁰ FIGUEIREDO, Heberth Costa. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

¹⁵¹ CONFERÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE, VIII, 1986, Brasília, **Relatório...** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2015.

¹⁵² FIGUEIREDO, Heberth Costa. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

atribuída competência comum aos entes da federação, que passaram a ter responsabilidade solidária pela saúde, ao lado dos indivíduos e da coletividade.

Cabe à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a responsabilidade comum de buscar a efetiva concretização do direito à saúde em seus territórios, buscando estabelecer a divisão de competências baseadas nos ideais de subsidiariedade¹⁵³ e de municipalização, procurando atribuir prioritariamente aos municípios a responsabilidade na execução das políticas públicas de acesso à saúde em geral, de forma que a União e os Estados têm por competência realizar medidas supletivas, no intuito de suprir eventuais falhas e ausências dos municípios¹⁵⁴.

A CF/88 e a Lei Orgânica da Saúde apresentam normas que buscam conferir efetividade na concretização do direito à saúde, instituindo o SUS, voltado ao fornecimento de saúde de qualidade aos cidadãos, contando, ainda, com uma divisão de competência entre os entes federados, disciplinando o financiamento do sistema de saúde no âmbito federal, estadual e municipal, visando garantir um fornecimento da saúde de forma eficaz e organizada.

2.3 Do Sistema Único de Saúde

No século XXI, o Brasil passa por uma série de dificuldades na saúde. O sistema não é suficiente às demandas da sociedade. Os brasileiros deparavam-se com intermináveis filas nos serviços públicos além do aparecimento de várias doenças transmissíveis.

Foi com a promulgação da CF/88 que se criou o SUS. O texto constitucional trouxe à baila as diretrizes propostas pela VIII Conferência Nacional da Saúde, estabelecendo o SUS, em seu artigo 198, como rede regionalizada e

¹⁵³ FIGUEIREDO, Heberth Costa. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

hierarquizada de ações de saúde através da qual cabe ao Poder Público o dever com os titulares da saúde. Aith trata o SUS como uma instituição-organismo de Direito Público, a qual reúne os instrumentos necessários para que o Estado desenvolva atividades para garantir a saúde no Brasil¹⁵⁵. Ou seja, o SUS é o meio pelo qual o Estado, através de ações federais, estaduais, distritais e municipais, cumpre os mandamentos constitucionais de prestação e proteção à saúde como um direito coletivo, destinando o fornecimento da saúde a qualquer pessoa e à comunidade.

Nesse diapasão, Dallari estabelece que a expressão regionalizada, nada mais é que “[...] a necessidade de que haja organização por circunstâncias territoriais, as quais por sua vez devem levar em conta o dinamismo e a complexidade do sistema, que não raro exige redefinições pontuais¹⁵⁶”. Já a expressão hierarquizada diz respeito à “[...] necessidade do atendimento em distintos níveis de complexidade¹⁵⁷”.

O SUS é formado pelo conjunto de todas as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicos federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público¹⁵⁸.

A saúde vem assegurada na CF/88, dentro do capítulo das garantias fundamentais, como direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas públicas com a garantia do acesso universal e igualitário. A CF/88 estabeleceu a saúde como direito social e, no artigo 196, como direito fundamental, sendo que o Estado tem a obrigação de assegurá-lo.

O direito à saúde encontra-se entre os direitos sociais que devem presidir num Estado Constitucional Democrático, tendo como alicerce a dignidade da pessoa humana. Insta salientar que o Estado pune os indivíduos que não prestarem socorro,

¹⁵⁵ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

¹⁵⁶ DALLARI, Sueli. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 83.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema único de Saúde (SUS)**: princípios e conquistas. Brasília: Ministério da Saúde, 2000, p. 5.

conforme preleciona o art. 135¹⁵⁹ do Código Penal, tipificando esse ato como crime de omissão de socorro. Observa-se que ele tem o dever de proteger o indivíduo de qualquer violação ao seu direito, principalmente no que diz respeito à omissão de socorro. Em casos de risco iminente, o Estado não pode omitir-se de prestar socorro ao indivíduo, especialmente quando o dever de prover resulta do mínimo existencial à vida humana.

Ao estabelecer direitos à saúde, o Brasil adotou a Lei nº 8.080/90, que instituiu o SUS¹⁶⁰, a quem compete fornecer saúde gratuita a todos, não podendo esse direito ser negado. O SUS pode ser considerado um dos grandes avanços consagrados pela CF/88. Seus princípios básicos demonstram a democratização nas ações da saúde, passando a ser universais, para todos que precisarem desse serviço.

Antigamente, a saúde era compreendida como o estado de não doença, em que se cuidava de agravos da saúde e remediavam-se apenas os efeitos, com menor ênfase nas causas, dando lugar à nova concepção de prevenção de doenças a fim de promover a saúde¹⁶¹.

A Lei nº 8.080/90 estruturou o SUS e fixou suas atribuições, estabelecendo princípios de como atuar, sendo primordial a universalidade, em que todos passam a ter acesso à saúde. Além desse, foi instituído também o princípio da subsidiariedade e da municipalização, atribuindo responsabilidade aos municípios na execução da saúde pública em geral¹⁶², para que possa dispor legal e materialmente sobre assuntos de interesse local. Conforme aduz Gouvêa, “[...] procura atribuir

¹⁵⁹ “Art. 135 – Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Pena: detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único: A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

¹⁶⁰ Do final da década de 80 em diante, destaca-se a Constituição Federal de 1988, que determinou ser dever do Estado garantir saúde a toda a população e, para tanto, criou o Sistema Único de Saúde. Em 1990, o Congresso Nacional aprovou a Lei Orgânica da Saúde que detalha o funcionamento do Sistema. BRASIL. **Lei nº 8.080**, de setembro de 1990. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em: 20 nov 2015.

¹⁶¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema único de saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000, p. 5.

¹⁶² GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX)¹⁶³.

A CF/88, com isso, atribuiu competência concorrente¹⁶⁴ à União, estado e municípios, cabendo à União o estabelecimento de normas gerais¹⁶⁵; aos estados, suplementar a legislação federal¹⁶⁶ e aos municípios, legislar sobre assuntos de interesse local, podendo suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber¹⁶⁷. Posto isso, cabe aos estados instituírem ações preventivas a fim de proteger o respectivo direito.

Mesmo com a instituição do SUS pela CF/88, a sua normatização foi concluída com a aprovação das Leis nº 8.080/90 e 8.142/91, que regulam seu funcionamento. A Lei nº 8.080/90 estabeleceu o modelo do SUS, baseado no modelo de saúde voltado para as necessidades da população, o qual visava resgatar o Estado de bem-estar social com os direitos inerentes à cidadania, propondo a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde. O artigo 3º estabeleceu a concepção de saúde, seguindo os ditames da OMS:

Art. 3º: A saúde tem como fatores determinantes e concomitantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país.

Parágrafo único: Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

¹⁶³ GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015, p. 213.

¹⁶⁴ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;” BRASIL. **Constituição (1988)**.

¹⁶⁵ “Ar. 24, § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.” Idem, 1988.

¹⁶⁶ “ Art. 24, § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.” Idem, 1988.

¹⁶⁷ “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.” Idem, 1988.

Conforme se observa, o artigo 3º estabelece o que deverá ser observado no que tange à saúde, a qual proporciona qualidade física, social e mental ao indivíduo. Já o art. 4º estabeleceu que o SUS deverá ser entendido como conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Já os objetivos do SUS estão presentes no art. 5º, que estabelece a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover a observância do Estado em garantir a saúde através da execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços; assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde com a realização das ações assistenciais e das atividades preventivas.

As Leis nº 8.080/90 e 8.142/90 inovaram os movimentos sociais estabelecendo a participação do usuário na gestão da saúde através dos conselhos de saúde, sendo estes formados por profissionais da saúde, prestadores de serviço e usuários do sistema. O cidadão, nesses órgãos, atua ativamente na formulação de estratégias e no controle da execução de políticas públicas de saúde. A participação da comunidade na gestão do SUS veio com a Lei nº 8.142/90, que criou as Conferências e os Conselhos de Saúde em cada esfera do governo¹⁶⁸.

¹⁶⁸ “Art. 1º - O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; e II - o Conselho de Saúde. § 1º - A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. § 2º - O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.**

Em 1996, surge a Portaria nº 1.742¹⁶⁹, de 30 de agosto, editada pelo Ministério da Saúde, estabelecendo as atribuições de cada ente da Federação, de forma descentralizada, ficando o município como principal gestor na saúde da sua população. Estabeleceu um regime de cooperação financeira e técnica atribuindo essas responsabilidades aos estados e à União. Com isso, o município passa a ser o responsável pelo atendimento imediato da população a fim de suprir as demandas provenientes da saúde.

2.4 Princípios aplicáveis à saúde

No que diz respeito à saúde, os princípios aplicáveis estão presentes na CF/88, no Título VIII (Da ordem social). Os direitos sociais necessários a uma vida digna devem seguir o modelo de Estado de bem-estar social estabelecido pelo art. 193¹⁷⁰ da CF/88, de forma a privilegiar os mais necessitados, conforme preleciona o art. 6º do mesmo diploma legal. O constituinte criou para isso o Sistema de Seguridade Social a fim de assegurar a prestação dos serviços e benefícios ligados à saúde, conforme estabelece o art. 194¹⁷¹ da CF/88.

Os princípios da justiça social e do bem-estar social são variáveis no tempo e no espaço, e este bem-estar é padrão mínimo de vida digna frente a Declaração dos Direitos Humanos (1948). Observa-se que os princípios jurídicos nem sempre tiveram o reconhecimento que possuem hoje. Melo estabelece a melhor definição acerca do princípio jurídico:

¹⁶⁹ BRASIL. Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 25. abr. 2015.

¹⁷⁰ “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” BRASIL. **Constituição (1988)**.

¹⁷¹ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.” Idem. **Constituição (1988)**.

O princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se erradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico¹⁷².

Os princípios são normas as quais ordenam que determinada coisa seja realizada na medida das possibilidades jurídicas, podendo ser caracterizadas como mandamentos de otimização. Eles são capazes de impor deveres e obrigações, devendo, com isso, permear todo o processo legislativo.

O art. 7º da Lei nº 8.080/90 preleciona que as ações e serviços públicos são desenvolvidos de acordo com as diretrizes estabelecidas no artigo 198 da CF/88, obedecendo aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo;
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

¹⁷² MELLO, Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 256.

- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos¹⁷³.

De forma a não esgotar o conteúdo, tratar-se-á abaixo de alguns princípios aplicáveis à saúde, baseados na CF/88 e na Lei nº 8.080/90.

a. Princípio da Universalidade

O art. 194, parágrafo único, inciso I, bem como o art. 7º, inciso I, da Lei nº 8.080/90 elencam o princípio da universalidade, que estabelece o direito à saúde a todos, indiscriminadamente, cabendo ao Estado assegurar o direito previsto, ampliando com isso a proteção social do indivíduo.

A intenção do legislador foi assegurar mais atuação do Estado na proteção social, abrangendo pessoas que estavam excluídas e ampliando a proteção até aos desamparados, visando alcançar todas as pessoas e suas necessidades.

O significado do princípio da universalidade também está insculpido na DUDH em seu artigo XXII que garantiu a segurança social para todas as pessoas dentro das possibilidades de recursos de cada Estado. Observa-se que a intenção da ONU era não deixar o ser humano desamparado.

Não obstante, a VIII Conferência Nacional da Saúde também trouxe à baila o princípio da universalidade como princípio a ser observado. Ela estabelece:

[...] o direito universal à saúde, contra a mercantilização da medicina e pela melhoria dos serviços públicos, para que se inscrevam na futura Constituição: [...] a garantia da extensão do direito à saúde e do acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e

¹⁷³ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

recuperação da saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional¹⁷⁴.

A ampliação do atendimento à saúde para a população era tão desejada pelos sanitaristas durante a assembleia constituinte que o princípio da universalidade veio insculpido no artigo 196 da CF/88, que estabelece o SUS.

Nesse diapasão, o princípio da universalidade deve ser compreendido dentro do seu contexto histórico, político e técnico, indicando uma meta para o Sistema de Seguridade Social como um todo, inspirado no ideal de igualdade para todos os indivíduos¹⁷⁵.

Nesse contexto, observa-se que a universalidade prevista tanto na CF/88 como na Lei nº 8.080/90 estabelece que não só trabalhadores teriam direito ao acesso à saúde, como toda a população brasileira, consolidando o modelo adotado pelo Brasil anteriormente.

b. Princípio da Integralidade

O princípio da integralidade deve levar em consideração as necessidades de cada pessoa. Deve-se observar a particularidade de cada caso e de cada pessoa, de modo que possa assegurar a essa pessoa a proteção à saúde, entretanto, colocá-la em prática é um desafio diário.

Um dos grandes problemas para implantar o princípio da integralidade diz respeito à necessidade de humanização dos serviços prestados e das ações realizadas no SUS¹⁷⁶. Ela exige que o indivíduo opte pelo SUS do início ao fim, não sendo possível buscar o sistema público de forma complementar ao privado,

¹⁷⁴ CONFERÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE, VIII, ano, local, **Relatório...** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2015.

¹⁷⁵ FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 107.

¹⁷⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria Executiva Sistema Único de Saúde. **SUS**: princípios e conquistas. Brasília: Ministério da Saúde, 2000, p. 31.

segundo sua conveniência¹⁷⁷. Impende salientar que Pinheiro estabelece que o princípio da integralidade:

[...] significa compreender sua operacionalização a partir de dois movimentos recíprocos a serem desenvolvidos pelos sujeitos implicados nos processos organizativos em saúde: a superação de obstáculos e a implantação de inovações no cotidiano dos serviços de saúde, nas relações entre os níveis de gestão do SUS e nas relações destes com a sociedade¹⁷⁸.

A observância desses dois movimentos, a superação de obstáculos e a implantação de inovações no cotidiano dos serviços de saúde fazem com que se concretize o direito à saúde à população, observando a necessidade de cada indivíduo.

c. Princípio da seletividade e da distributividade

O artigo 194, parágrafo único, inciso III, da CF/88 estabelece a seletividade e a distributividade a fim de selecionar os riscos a serem cobertos e distribuir os recursos financeiros para essa cobertura.

O critério de escolha do legislador deve-se dar com base no bem-estar social dos cidadãos, assegurando o mínimo previsto no artigo 6º da CF/88. Lado outro, o legislador deve observar que a justiça social também deve atender ao maior número de beneficiários, que ele é obrigado a escolher as prestações com maior potencial efetivo de distribuição¹⁷⁹.

¹⁷⁷ FRANÇA, Giselle de Amaro e. **O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Tese (Doutorado)– . USP, São Paulo, 2015, p. 131.

¹⁷⁸ PINHEIRO, Roseni. **Integralidade em saúde**. Disponível em: <<http://www.epsvj.fiocruz.br/dicionario/verbetes/intsau.html>>. Acesso em: 24 maio 2015

¹⁷⁹ SANTOS, Marisa Santos. **O princípio da seletividade das prestações de seguridade social**. São Paulo: LTR, 2003, p. 181.

A DUDH estabeleceu em seu artigo XXII a proteção social a todos os homens de acordo com a organização e recursos de cada Estado¹⁸⁰. Observa-se que o Estado não pode distribuir o que não tem, seguindo a linha do princípio da universalidade.

Não obstante o mencionado, o artigo 2º, § 1º¹⁸¹, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais exige participação progressiva do Estado, em que a seletividade deverá garantir o mínimo à obtenção do bem-estar social e a distributividade deverá reduzir as desigualdades sociais e regionais, estabelecendo com isso a justiça social.

Qualquer distribuição feita sem a observância da justiça social e do bem-estar social estaria indo em desacordo com os ditames da CF/88. Segundo Santos¹⁸², a aplicação dos princípios da seletividade e da distributividade obrigam o aplicador da lei a obedecer ao que literalmente dispôs o legislador. Somente cabe a ele selecionar e distribuir proteção, não se podendo, pela via da interpretação extensiva, comprometer o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

d. Princípio da Gratuidade

A CF/88 nada dispôs acerca da gratuidade, entretanto ela está prevista na Lei nº 8.080/90, em seu artigo 43¹⁸³. Observa-se que, quando se trata da universalidade da saúde, a qual estabelece que todos têm o direito a ela, deve-se

¹⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos do homem**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 24 maio 2015.

¹⁸¹ “Art. 2º, §1º. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” NACIONES UNIDAS. **Carta**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em: 24 maio 2015.

¹⁸² SANTOS, Marisa Santos. **O princípio da seletividade das prestações de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2003.

¹⁸³ “Art. 43 – A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos e privados contratados.” BRASIL. **Decreto nº 1**, de 15 de novembro de 1889.

levar em consideração que, se o serviço não for gratuito, não há como falar da universalidade.

Observa-se que a gratuidade deve ser assegurada pelo Estado e cabe a ele fiscalizar os entes nos quais o indivíduo se encontra.

2.5 O princípio federativo

O princípio federativo é o responsável por definir a forma de Estado, ou seja, a Federação, sendo esta a união indissolúvel de organizações políticas dotadas de autonomia para que mantenha o Estado Federativo. A Federação, de acordo com Fernandes, é uma aquisição da modernidade, surgindo no século XVIII a partir da experiência norte-americana de 1787. Seu surgimento se deu através do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que instituiu a forma republicana de governo¹⁸⁴.

A CF/88, em seu artigo 1º, instituiu como entidades da Federação a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, fala-se aqui em autonomia e não soberania, uma vez que esta só existe nos estados-partes, no âmbito internacional. Ela estruturou as competências exclusivas e privativas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o Sistema Federativo.

Na Federação, há processo de descentralização política, no qual retira-se a competência do centro para transferi-la aos novos centros, gerando com isso unidades parciais, conforme previsto na CF/88. Observa-se que a descentralização destina-se a distribuir os encargos governamentais e a definir as diretrizes básicas que orientem a distribuição racional de repartição de competências entre os entes federados. Insta mencionar que o princípio federativo, de acordo com Fernandes, atua como princípio estruturante no momento que representa uma diretriz

¹⁸⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

hermenêutica dupla: volta-se para os aplicadores do direito, ou para o legislador, na aplicação das leis¹⁸⁵.

Caberá ao Judiciário dirimir conflitos de competência que surgirem entre os entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O Estado Federal tem como característica a descentralização do poder com a atribuição de autonomia orçamentária, política e administrativa para os entes federados.

De acordo com Silva, os estados-membros possuem autonomia e personalidade jurídica de Direito Público interno. A CF/88, em seu artigo 18, adotou o município na organização político-administrativa, fazendo com que ele formasse a terceira esfera da autonomia da federação, ao lado dos estados-membros e do Distrito Federal¹⁸⁶.

A federação é a base jurídica de uma Constituição e a ela é atribuída a distribuição de competências, não havendo com isso hierarquia entre os entes federados, sendo cada um dotado de autonomia própria. Observa-se que, segundo Dallari, os assuntos sanitários são regulados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dada a importância da matéria e a organização do SUS:

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, decidida a garantir o direito à saúde para todos, disciplinou as atividades governamentais com tal finalidade. Considerando que 'cuidar da saúde' é tarefa que todos deve incubir, elencou-a entre as competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23, II) e previu a competência legislativa concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, limitando, assim, a União ao estabelecimento das normas gerais, cabendo aos Estados e aos Municípios suplementá-las¹⁸⁷.

Nesse diapasão, a CF/88 estabeleceu em seu artigo 24 competência concorrente à União, aos Estados e aos Municípios para legislar sobre a defesa da saúde, atribuindo, no campo administrativo, competência comum aos entes da

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁸⁷ DALLARI, Sueli. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

federação para cuidar da saúde, não possuindo, com isso, competência irrestrita, uma vez que caberá à União ditar as regras que deverão ser seguidas pelos estados, estabelecendo normas gerais¹⁸⁸. Aos estados caberá complementar a legislação federal¹⁸⁹ e, aos municípios, legislar sobre assuntos de interesse local, podendo complementar a legislação federal e a estadual, no que couber¹⁹⁰. Ou seja, a responsabilidade pela execução da proteção e defesa do direito à saúde é atribuída às três esferas do poder político, em que os entes federados não poderão alegar irresponsabilidade pelo direito à saúde.

2.5.1 Responsabilidade dos entes federados

a. Responsabilidade da União

A competência da União refere-se aos poderes materiais da União, como a soberania, a defesa do Estado e da estrutura federal da administração e fiscalização econômico-financeira. Já no que diz respeito à competência privativa, é possível que haja a delegação e suplementação para outros entes federados¹⁹¹. No que diz respeito à União, observam-se quatro papéis básicos a serem seguidos, quais sejam:

- a. exercer a gestão do SUS, no âmbito nacional;
- b. promover as condições e incentivar o gestor estadual com vistas ao desenvolvimento dos sistemas municipais, de modo a conformar o SUS-Estadual;
- c. fomentar a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas estaduais compondo, assim, o SUS-Nacional; e

¹⁸⁸ “Art. 24, § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.” BRASIL. **Constituição (1988)**.

¹⁸⁹ “Art. 24, § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.” BRASIL. **Constituição (1988)**.

¹⁹⁰ “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;” Idem, 1988.

¹⁹¹ Ibidem.

d. exercer as funções de normalização e de coordenação no que se refere à gestão nacional do SUS¹⁹².

É necessário estabelecer de uma forma geral quais serão os objetivos a serem seguidos pelo estado e pelo município e, para que sistemas tenham validade, eles dependerão da viabilização das negociações com os atores envolvidos e da ratificação das decisões que se dão através do funcionamento do Conselho Nacional de Saúde.

b. Responsabilidade do Estado

De acordo com a Norma Operacional Básica de Saúde – NOB/96¹⁹³, o estado tem quatro papéis básicos, exclusivos e sequenciais, o primeiro diz respeito à gestão do SUS no âmbito estadual; o segundo diz respeito ao incentivo no poder municipal para que ele assuma a gestão da sua população de forma integral, já o terceiro estabelece a gestão da atenção à saúde das populações pertencentes aos municípios que ainda não possuem responsabilidade, em caráter complementar ou concorrente, por fim, o quarto diz respeito à promoção da integração dos sistemas municipais, compondo o SUS estadual.

Os papéis estabelecidos pelo estado envolvem responsabilidades nas três esferas do governo que são caracterizados como:

- a. informação informatizada;
- b. financiamento;
- c. programação, acompanhamento, controle e avaliação;
- d. apropriação de custos e avaliação econômica;
- e. desenvolvimento de recursos humanos;
- f. desenvolvimento e apropriação de ciência e tecnologias; e
- g. comunicação social e educação em saúde¹⁹⁴.

¹⁹² FIGUEIREDO, Heberth Costa. **Saúde no Brasil**: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2015.

¹⁹³ BRASIL. **Portaria nº 2.203**, de 5 de novembro de 1996. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm#6>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

¹⁹⁴ Ibidem.

Para que tenha eficácia, os sistemas deverão contar com o efetivo funcionamento do Conselho Estadual de Saúde e da Comissão Intergestora Bipartite¹⁹⁵.

c. Responsabilidade do município

No que diz respeito à saúde, o legislador estabeleceu a cooperação entre os entes federados que decidem de forma conjunta. Assim, é permitida ao município a concretização do direito social à saúde, mesmo não tendo sido contemplado entre os entes da federação dotados de competência concorrente, não o excluindo de legislar e prestar serviços de saúde à população, uma vez que possui competência para legislar sobre os assuntos de interesses locais¹⁹⁶. Ressalta-se que são os municípios que convivem diretamente com os problemas da saúde daquela população e, com isso, são mais preparados para lidar com ela.

Observa-se o que o artigo 30, VI, da CF/88 estabelece que cabe ao município prestar, com cooperação técnica e financeira da União e dos estados, os serviços de atendimento à saúde da população. Já o artigo 198 da CF/88 aduz que as ações e os serviços de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui o SUS, regido pela Lei nº 8.080/90, que o regulamenta.

¹⁹⁵ “Na CIT (Comissão Intergestores Tripartite) são apreciadas as composições dos sistemas municipais de saúde, bem assim pactuadas as programações entre gestores e integradas entre as esferas de governo. Da mesma forma, são pactuados os tetos financeiros possíveis - dentro das disponibilidades orçamentárias conjunturais - oriundos dos recursos das três esferas de governo, capazes de viabilizar a atenção às necessidades assistenciais e às exigências ambientais. O pacto e a integração das programações constituem, fundamentalmente, a consequência prática da relação entre os gestores do SUS.” Ibidem.

¹⁹⁶ “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...] VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.” BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

A Portaria nº 1.742/96¹⁹⁷, que estabelece a NOB do SUS, atribuiu ao município a gestão da saúde, cabendo aos poderes públicos estadual e federal a corresponsabilidade.

2.6 Análise acerca da oxigenoterapia hiperbárica

Com o intuito de assegurar uma vida digna ao indivíduo, surgem vários tratamentos voltados à saúde, tais como a OHB¹⁹⁸ que, através das câmaras hiperbáricas, faz com que o paciente tenha um tratamento digno. Salienta-se que a escolha da terapia é de responsabilidade exclusiva do médico e ele deverá utilizar todos os meios em busca da cura.

Com base na pretensão do indivíduo, qual seja um tratamento adequado à saúde, surgem novos procedimentos e tratamentos que não são fornecidos pelo SUS, mesmo que comprovada a eficácia pelos médicos, como é o caso da OHB.

A OHB estuda e analisa as patologias relacionadas às variações de pressão. Ela consiste na oferta de oxigênio puro em um ambiente pressurizado a um nível acima da pressão atmosférica, habitualmente entre duas e três atmosferas¹⁹⁹.

Há duas formas de atuação da medicina hiperbárica. A primeira está relacionada a ambientes hiperbáricos (prática de mergulho, construção de túneis, pontes), sendo o médico hiperbarista responsável em avaliar a aptidão do trabalhador da construção civil, ou mergulhador, bem como diagnosticar e tratar as patologias ligadas às variações de pressão. Já a outra forma diz respeito à OHB,

¹⁹⁷ **Portaria 2203 de 1996.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html. Acesso em: 10 de nov. 2015.

¹⁹⁸ “Hiperbárico é um termo composto pelos radicais hiper + baros. Hiper é um prefixo grego que significa excesso ou acima; baros, também oriundo do grego, indica pressão, peso ou densidade. Oxigenoterapia (oxis = ácido; genao = produzir; therapeia = tratamento).” LACERDA, Elias Pereira de. Atuação da enfermagem no tratamento da oxigenoterapia hiperbárica. **Revista latino-americana de enfermagem**. São Paulo, jan./fev. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n1/v14n1a16.pdf>. Acesso em 21 out. 2015.

¹⁹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Milton et. al. Princípios básicos da oxigenoterapia hiperbárica. In: KNOBEL, Elias. **Terapia intensiva infectologia e oxigenoterapia hiperbárica**. São Paulo: Atheneu, 2003.

que consiste na inalação de oxigênio 100% a uma pressão atmosférica de 2 ou 3 atmosferas inferiores de uma câmara hiperbárica rígida, beneficiando pacientes com diversas patologias, as quais serão objeto de estudo²⁰⁰.

Um dos obstáculos à compreensão da OHB diz respeito ao meio tecnicamente complexo e exigente com o objetivo único de melhorar o transporte de oxigênio. Contudo, novos estudos mostram que este é apenas um dos aspectos da sua ação, já que o papel do oxigênio é atuar no aumento das enzimas antioxidativas bem como na modulação da expressão de fatores de crescimento e citocinas²⁰¹.

Observa-se que a OHB começou a ser pensada em 1662, na Europa, em Henshan, onde um padre inglês que exercia medicina observou que as pessoas que viviam em montanhas apresentavam significativa melhora nas feridas crônicas. Posto isto, concluiu-se que a melhora poderia ser em razão da pressão atmosférica existente entre as montanhas e o nível do mar²⁰². Com isso, ele construiu um vaso de pressão (câmara metálica) onde passou a ministrar banhos de ar comprimido, com pressões mais elevadas que a atmosfera normal. A partir daí, surgiram os primeiros indícios da medicina hiperbárica que, a partir de 1930, começou a ser utilizada em ambiente hospitalar²⁰³.

Em 1967, foi criada nos Estados Unidos da América – EUA a primeira sociedade que visava promover o mergulho e a medicina hiperbárica, a *The Undersea and Hyperbaic Medical Society*²⁰⁴. Já em 1983, no Brasil, foi fundada a

²⁰⁰ RODRIGUES JUNIOR, Milton et. al. Princípios básicos da oxigenoterapia hiperbárica. In: KNOBEL, Elias. **Terapia intensiva infectologia e oxigenoterapia hiperbárica**. São Paulo: Atheneu, 2003.

²⁰¹ FERNANDES, Tiago D. F. et. al. **Medicina hiperbárica**. n. 22, p. 323-334, 2009. Disponível em: <<http://inbramed.ind.br/wp-content/uploads/2014/11/003-MEDICINA-HIPERBARICA.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

²⁰² BRITO, Thomaz. **Hiperbárica**: oxigenoterapia hiperbárica, uma modalidade terapêutica ainda desconhecida. Disponível em: <http://www.hiperbaricasantarosa.com.br/arquivos/OXIGENOTERAPIA_HIPERBARICA_UMA_MODALIDADE_TERAPEUTICA_DESCONHECIDA.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

²⁰³ IAZZETTI P. E.; MANTOVANI M. Hiperoxia hiperbárica em infecções graves e sepse – conceitos e perspectivas. **Medicina**. Ribeirão Preto, n. 31, p. 412-423, jul./set. 1998.

²⁰⁴ JOHN FELDMIEIER, D. O. Oxigênio hiperbárico 2003: indicações e resultados. In: COMITÊ DE OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. **Relatório**. Disponível em: <http://www.hiperbaricasantarosa.com.br/arquivos/OXIGENIO_HIPERBARICO_2003_INDICACOES_E_RESULTADOS.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2015.

Sociedade Brasileira de Medicina Hiperbárica – SBMH e, a partir de 1986, os centros de tratamentos hiperbáricos começaram a crescer no país²⁰⁵.

Em 1995, o Conselho Federal de Medicina – CFM, por meio da Resolução nº 1.457, reconhece e regulamenta a medicina hiperbárica no Brasil, o que levou ao aparecimento de várias clínicas de OHB no país, chegando em 2002 a 35 centros²⁰⁶.

Em 2010, a Agência Nacional de Saúde – ANS incluiu a OHB no rol dos procedimentos que deveriam ser cobertos pelos planos de saúde. Com essa regulamentação, as clínicas no Brasil cresceram e hoje são 104²⁰⁷ clínicas em todo o país.

Observa-se que, no Brasil, há um número pequeno de câmaras hiperbáricas, ou seja, 1 câmara para cada 2.329.412 habitantes, comparando-se com outros países, tais como os EUA onde há é 1 câmara para cada 260.833 habitantes²⁰⁸. Mesmo com o crescimento da medicina hiperbárica, o procedimento ainda é pouco conhecido pela população e pela classe médica no país.

a. Indicações e contra indicações

A OHB, nos últimos anos, tem sido recomendada e usada para tratamento de uma grande variedade de doenças. Por isso, várias organizações internacionais promovem reuniões regulares com o objetivo de reunir peritos e de promover consensos quanto às indicações terapêuticas da OHB.

Em 1978, o Comitê de OHB da *Undersea & Hyperbaric Medical Society* nos EUA, o *Committee for Hyperbaric Medicine* na Europa e o *Comité Coordinador*

²⁰⁵ TEMPORAL, W. F. Aspectos econômicos da oxigenoterapia hiperbárica (OHB). **Revista de Medicina A B**, Rio de Janeiro, n. 52, p. 1-2, jan./dez. 2002.

²⁰⁶ ANTONIAZZI, P. Oxigenoterapia hiperbárica e mediadores inflamatórios na sepse. **Prática Hospitalar**. Ribeirão Preto, a. IX. n. 51, maio-jun. 2007.

²⁰⁷ SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA HIPERBÁRICA. Clínicas. Disponível em: <<http://www.sbmh.com.br/2015/clinicas.html>>. Acesso em: 8 out. 2015.

²⁰⁸ ALVES, I. S. A medicina hiperbárica no mundo. **Revista Brasileira de Medicina Hiperbárica**. Disponível em: <http://issuu.com/faustoalberto/docs/revista_hiperb_rica_edi_o_1>. Acesso em: 10 out. 2015.

de Centros de Medicina Hiperbárica na Espanha definiram objetivos principais e comuns para controlar a qualidade em todos os aspectos técnicos e assistenciais para a aplicação de OHB. Os aspectos práticos são classificados em 3 grupos:

1. Indicações preferentes. Enfermedades en las que la OHB constituye el único tratamiento eficaz, o bien posee un efecto esencial, junto a otras intervenciones terapéuticas.
2. Indicações complementarias. Aquellas enfermedades en las que la aplicación de la OHB no es imprescindible ni esencial, pero donde en cambio posee una acción altamente beneficiosa, bien probada en estudios clínicos y experimentales.
3. Indicações experimentales. Situaciones en que la OHB puede tener un efecto terapéutico aceptable o interesante, en algún aspecto de la enfermedad, basado en una hipótesis terapéutica consistente, con un sistema de control y de evaluación de resultados definido y aplicable, y dentro del contexto de estudios controlados²⁰⁹.

No Brasil, a OHB é reconhecida como uma modalidade terapêutica que deve ser aplicada por um médico. As indicações foram regulamentadas pelo CFM na Resolução nº 1.475/95:

1. Doença descompressiva;
2. Embolia traumática pelo ar;
3. Embolia gasosa;
4. Envenenamento por CO ou inalação de fumaça;
5. Envenenamento por gás cianídrico/sulfídrico;
6. Gangrena gasosa;
7. Síndrome de Fournier;
8. Outras infecções necrotizantes de tecidos moles: celulites, fascites, miosites;
9. Esquemas agudas traumáticas: lesões por esmagamento; síndrome compartimental, reimplantação de extremidades amputadas e outras;
10. Vasculites agudas de etiologia alérgica, medicamentosa ou por toxinas biológicas (aracnídeos, ofídios e insetos);
11. Queimaduras térmicas e elétricas;

²⁰⁹ DESOLA, J. et al. Indicações y contraindicaciones de la oxigenoterapia hiperbarica. **Revista virtual de medicina hiperbárica**. Disponível em: <http://www.hiperbaricasantarosa.com.br/arquivos/INDICACIONES_Y_CONTRAINDICACIONES_DE_LA_OXIGENOTERAPIA_HIPERBARICA.pdf>. Acesso em: 24 set. 2015.

12. Lesões refratárias: úlceras de pele, lesões pé-diabético, escaras de decúbito, úlcera por vasculites auto-imunes, deiscências de suturas;
13. Lesões por radiação: radiodermite, osteorradionecrose e lesões actínicas de mucosas;
14. Retalhos ou enxertos comprometidos ou de risco;
15. Osteomielites;
16. Anemia aguda, nos casos de impossibilidade de transfusão sanguínea²¹⁰.

No que tange às contra indicações, elas subdividem em duas: absolutas (pnemotórax não tratado – pode resultar em pneumotórax hipertensivo; instabilidade hemodinâmica) e relativas (infecções das vias aéreas superiores; DPOC com retenção de CO₂; claustrofóbica; hipertermia; convulsões; uso de drogas como ciclofosfamida e doxorrubicina. Pode aumentar os efeitos citotóxicos)²¹¹.

O presente trabalho tem o intuito de discutir acerca da OHB nos casos de diabetes *mellitus* – DM e das decisões proferidas pelos tribunais para que municípios, estados, Distrito Federal e União custeiem este tratamento aos indivíduos que dele necessitam, assegurando com isso o direito constitucional à saúde proferido pela CF/88.

Observa-se que o – DM²¹² é doença caracterizada pelo metabolismo desordenado prejudicado de glicose, com posteriores complicações vasculares e neurológicas. Pode ser classificado em quatro subclasses: “1) o tipo 1, que causa a destruição de células pancreáticas e deficiência na produção de insulina; 2) o tipo 2 ,

²¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.457/95**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1995/1457_1995.htm>. Acesso em: 19. set. 2015.

²¹¹ KNOBEL, Elias, et al. Princípios básicos da oxigenoterapia hiperbárica. In: _____. **Terapia intensiva: infectologia e oxigenoterapia hiperbárica**. São Paulo: Atheneu, 2003, p. 200.

²¹² “Diabetes mellitus (DM) não é uma única doença, mas um grupo heterogêneo de distúrbios metabólicos que apresenta em comum a hiperglicemia, resultada de defeitos na ação da insulina, na secreção de insulina ou em ambas. A classificação atual do DM baseia-se na etiologia e não no tipo de tratamento, portanto, os termos 'DM insulino dependente' e 'DM insulino independente' devem ser eliminados dessa categoria classificatória.” OLIVEIRA, José Egidio Paulo de. (Org). Diretrizes da Sociedade Brasileira de Diabetes: 2014-2015. São Paulo: AC Farmacêutica, 2015. Disponível em: <<http://www.diabetes.org.br/images/2015/area-restrita/diretrizes-sbd-2015.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

caracterizado pela resistência a insulina e deficiência na produção de insulina; 3) tipos associados a doenças ou síndromes específicas; 4) diabetes gestacional”²¹³.

A população mundial de pessoas com diabetes é de aproximadamente 382 milhões e poderá chegar a 471 milhões em 2035. Aproximadamente 80% desses indivíduos vivem em países em desenvolvimento e os grupos mais afetados são os jovens. O número está aumentando devido ao crescimento e envelhecimento populacional, à urbanização, à obesidade, ao sedentarismo, bem como à sobrevivência de pacientes com DM. No final da década de 1980, estimou-se no Brasil que a precedência de DM na população adulta era de 7,6%, entretanto dados mais recentes mostram que as taxas elevaram para aproximadamente 15%. Em 2013, estimou-se que existam, entre pessoas de 20 a 79 anos, 11.933.580 pessoas com DM no Brasil²¹⁴.

Os indivíduos com DM apresentam maior propensão a determinadas infecções, excepcionalmente nos pés, no sistema tegumentar²¹⁵ e no trato intestinal. As infecções nos pés são causas de frequentes internações hospitalares e amputações. Nessa senda, Branco Filho aduz que:

[...] cerca de 25% das internações dos indivíduos diabéticos são causadas diretamente por infecções nos pés e 59% das amputações não traumáticas dos membros inferiores são atribuídas a estas infecções, no mundo, a mortalidade após a amputação é bastante alta, atingindo 13 a 40% em um ano e 40 a 80% no quinto ano²¹⁶.

Observa-se que o número de pessoas que chegam a óbito por causa das amputações é grande e estima-se que esse número aumente devido ao crescimento populacional. Em 2014, de acordo com o *International Diabetes Federation* – IDF,

²¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Diabetes. Inquérito Domiciliar sobre comportamentos de riscos e morbidade referida de doenças e agravos não transmissíveis. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/inquerito/docs/diabete.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

²¹⁴ BRANCO FILHO, José Ribamar Carvalho. 300 Milhões de pessoas convivem com esse mal. **Revista hiperbárica**. Local, p. 23, set. 2013.

²¹⁵ INTERNATIONAL DIABETES FEDERATION. **Annual Report 2013**. Disponível em: <<http://www.idf.org/sites/default/files/attachments/IDF-AR2013-final-rv.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

²¹⁶ BRANCO FILHO, José Ribamar Carvalho. 300 Milhões de pessoas convivem com esse mal. **Revista hiperbárica**. Local, p. 23, set. 2013.

havia 384 milhões de pessoas diabéticas no mundo, correspondendo a 8,3% da população mundial e estima-se que esse número aumente para 552 milhões, quase 10% da população mundial. A cada ano cerca de 1 milhão de pessoas têm seus membros inferiores amputados²¹⁷.

Com base nos dados e na quantidade de indivíduos que têm diabetes, e, conseqüentemente membros inferiores amputados, o sistema de saúde encontra um grande desafio em criar condições para o atendimento integral de pessoas com essa doença. Nesse aspecto, o papel da OHB na cicatrização de feridas está bem documentado. Sabe-se que as feridas em diabéticos são frequentemente infectadas de forma polimicrobiana e com grande incidência de organismos anaeróbicos, mas a infecção não é o único motivo pelo qual as lesões são de difícil tratamento. A hipóxia tecidual tem grande responsabilidade na evolução destas lesões. Ela não só impede a cicatrização como também pode prejudicar a capacidade bacteriana leucocitária²¹⁸.

Tendo em vista a quantidade de indivíduos que convivem com DM, a Resolução nº 1.457/95 do CFM estabeleceu a utilização da OHB para tratamento de feridas complexas ao tratamento convencional, podendo ser utilizada como tratamento adjuvante, aumentando o índice de cura e diminuindo o risco de amputações.

A OHB é fundamental no processo de cicatrização da úlcera, através da correção da isquemia periférica, atuando em duas vias, segundo preleciona Branco Filho:

Primeiro, o gradiente de oxigênio que é produzido pela OHB promove a formação de novos vasos que são importantes para a cicatrização devido ao aumento da proliferação de fibroblastos e à produção de colágeno. Adicionalmente, a OHB tem ação bactericida e bacteriostática e também efeito sinérgico com alguns antibióticos. Além disso, a vasoconstrição provocada pela hiperoxia causada pelo

²¹⁷ INTERNATIONAL DIABETES FEDERATION. **Annual Report 2013**. Disponível em: <<http://www.idf.org/sites/default/files/attachments/IDF-AR2013-final-rv.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

²¹⁸ FERNANDES, Tiago D. F. et. al. **Medicina hiperbárica**. n. 22, p. 323-334, 2009. Disponível em: <<http://inbramed.ind.br/wp-content/uploads/2014/11/003-MEDICINA-HIPERBARICA.pdf>>. Acesso em 10 set. 2015

OHB reduz a pressão capilar e aumenta a permeabilidade vascular, resultando uma diminuição de edema²¹⁹.

Percebe-se que o uso do OHB reduz o risco de amputação além de melhorar a cicatrização do indivíduo quando exposto ao tratamento, pois através dele a proliferação de bactérias e, conseqüentemente, o edema são reduzidos.

²¹⁹ BRANCO FILHO, José Ribamar Carvalho. 300 Milhões de pessoas convivem com esse mal. **Revista hiperbárica**. Local, p. 23, set. 2013.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESTUDOS DE CASOS – OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA – LESÕES REFRACTÁRIAS: lesões pé diabético

Neste capítulo, será abordada a possibilidade de o indivíduo recorrer ao Judiciário para ter sua pretensão solucionada, fazendo com que seja assegurado o direito fundamental à saúde, conforme previsto constitucionalmente. Para isso, será analisada a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos à saúde. Observa-se que a discussão sobre a judicialização desse direito trata a questão como de extrema necessidade na sociedade atual, em razão do grande número de demandas judiciais em busca da efetivação do direito assegurado constitucionalmente. O Estado é responsável pela elaboração de políticas públicas destinadas a garantir o fornecimento de uma saúde digna e igualitária a todos os cidadãos, de modo que, caso o Judiciário se depare com alguma violação a esse direito, possui legitimidade para agir em busca da proteção e efetividade da saúde no Brasil.

Além disso, serão analisados casos em que foram concedidos o tratamento através da OHB. Sendo relativamente novo, esse tratamento realizado em câmaras hiperbáricas, através da oferta de oxigênio puro em um ambiente pressurizado a um nível acima da pressão atmosférica, habitualmente entre duas e três atmosferas, possibilita ao indivíduo uma vida digna, evitando que ele tenha seu pé amputado.

Tem-se por oportuno salientar que cabe ao médico decidir o que é melhor para o tratamento do paciente, devendo assegurar a melhor forma de vida a ele, mesmo que o tratamento não esteja presente em normas técnicas que definem quais os tratamentos deverão ser feitos, pois ao médico cabe a função de salvar a vida do paciente e, caso a pessoa necessite de tratamento e não tenha como arcar com os gastos, caberá aos entes federados custeá-lo.

3.1 A legitimidade do Poder Judiciário em intervir na efetivação do direito à saúde

O Judiciário é tratado como poder desde a Constituição Brasileira de 1824, ao lado do Executivo e do Legislativo²²⁰. Conforme estabelece o artigo 2º da CF/88: “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário²²¹”.

Ocorre que há obstáculo ao conhecimento e deferimento pelo Poder Judiciário de prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público porque:

[...] (i) o Judiciário estaria invadindo competência do Legislativo e do Executivo; (ii) apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas; (iii) a decisão sobre onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que os recursos são limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político; (iv) o Judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado como um todo²²².

Observa-se que não cabe ao Judiciário fixar políticas públicas, entretanto, cabe a ele fazer com que as políticas públicas sejam efetivadas. Nesse sentido, surge o fenômeno da judicialização da saúde que se mostra frequente na atualidade, originando a multiplicação de demandas judiciais no Poder Judiciário visando à entrega de medicamentos ou procedimentos em razão da omissão ou negativa do ente público em fornecê-los.

Com a promulgação da CF/88 houve um aumento progressivo na judicialização do direito à saúde, ou seja, a efetivação judicial desse direito tem se

²²⁰ “Art. 10: Os Poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.” BRASIL. **Constituição (1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²²¹ FRANÇA, Giselle de Amaro. **O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Tese (Doutorado)– . USP, São Paulo, 2015.

²²² BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

consolidado com o mecanismo legítimo de proteção de direitos subjetivos relacionados ou com o fornecimento de medicamentos ou pagamento de tratamentos médicos do Estado, gerando grande aumento nos custos nessa área.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ²²³, as demandas de saúde no Brasil alcançam a marca de 330.630 processos, o que demonstra a importância de se discutirem quais os limites que o Poder Judiciário tem estabelecido para o atendimento dessas demandas.

Nesse cenário, em que as demandas de saúde infinitivas esbarram nos recursos finitos que são disponibilizados pelo Estado, surge uma importante discussão a respeito do custo desses direitos, haja vista a interferência que sua implementação provoca no orçamento estatal, trazendo a colisão entre o direito individual à saúde e o direito da coletividade que seria atendido através das políticas públicas de saúde.

Através da judicialização, caso o indivíduo não tenha sua pretensão resolvida no Município ou no Estado, ele poderá recorrer ao Judiciário para fazer valer seu direito previsto constitucionalmente, ou seja, para pedir medicamentos, ou para garantir um eficaz tratamento.

Ao democratizar a justiça, há possibilidade de acesso ao Judiciário e, através desse acesso, caracteriza-se o processo de judicialização. Para Lenza, a judicialização nada mais é que a manifestação de um direito individual que pode representar uma necessidade coletiva²²⁴.

Nessa senda, fala-se que a judicialização é a constatação de se ter no Judiciário a esperança de resposta exclusiva daquele interesse, pois estabelece-se uma atuação mais ampla do Judiciário que, a partir da CF/88, transformou-se em um verdadeiro poder político, através do qual se faz cumprirem as leis postas em normas constitucionais ou infraconstitucionais. Nessa ocasião, houve três causas de judicialização; a primeira delas foi a investidura do STF com ministros fazendo com

²²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnotribunais.forumSaude.pdf>>

Acesso em: 20 set. 2015.

²²⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

que reativasse a cidadania, informando-os dos seus direitos e garantias e da possibilidade de intentar qualquer ação judiciária a fim de resguardar os direitos previstos na CF/88. A segunda causa foi a prestação do direito individual como prestação estatal a fim de que uma pretensão jurídica pudesse ser formulada em ação judicial, ou seja, se a Constituição prevê o direito à saúde e ele não é efetivo, o cidadão poderá pleitear a efetiva proteção na esfera jurídica. Já a terceira causa é o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o qual prevê as ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, bem como as arguições de descumprimento de preceito fundamental²²⁵.

Cabe à União, Estados, Municípios e Distrito Federal efetuar transferências intergovernamentais a fim de garantir a saúde da população. A prioridade é que esses entes garantam a efetiva proteção constitucional ao indivíduo.

O Poder Judiciário tem como finalidade interpretar as leis e a Constituição, resguardando os direitos conferidos ao indivíduo, cabendo muitas vezes aos juízes e aos tribunais aplicarem essa proteção, analisando a ponderação de interesses em questão, conforme aduz Barroso²²⁶.

Ele deverá intervir na falta de fornecimento adequado da saúde; entretanto, deve ser sopesada essa interferência, sendo ela motivo de críticas. A primeira diz respeito às normas programáticas²²⁷, qual seja, o artigo 196 da CF/88 é claro ao dizer que o direito à saúde se dará através de políticas públicas sociais e não através do Judiciário. Outra crítica é como interpretar as questões presentes na Constituição, já que as decisões judiciais que determinassem a entrega gratuita de medicamentos pelo órgão público levariam ao arranjo institucional.

²²⁵ BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde**: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011.

²²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

²²⁷ “A saúde é [...] dever do Estado [...], aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida [...]”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

O STF, com base nessa judicialização, tenta estabelecer alguns limites a fim de mitigar alguns problemas que essa atuação judicial pode gerar. Em 2010, foram proferidas duas decisões, nas quais foram estabelecidos parâmetros que poderão orientar os juristas quando estiverem diante de questões que envolvam o direito à saúde, sendo elas a Suspensão Liminar – SL 47²²⁸ e a Suspensão de Segurança – STA 175²²⁹ relatadas pelo Ministro Gilmar Mendes e julgadas em 17 de março de 2010.

O entendimento pacificado nas ações é que há responsabilidade solidária de todos os entes da federação na concretização do direito à saúde, ou seja, há legitimação passiva concorrente entre a União, Estados e os Municípios quando disser respeito ao direito à saúde.

Segundo entendimento de Alexy, os direitos fundamentais não podem ser implementados perante os órgãos judiciários, eles correm risco de ser transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigíveis na via judicial, surge a ameaça de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário²³⁰.

Houve também o enfrentamento com a tensão entre o princípio da separação de poderes em razão da interferência judicial nas políticas públicas de

²²⁸ “Suspensão de Liminar. Agravo Regimental 47. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental 47**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

²²⁹ Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

²³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

saúde. O entendimento foi que a ordem judicial limita-se a determinar o cumprimento de uma política pública²³¹ já prevista, não há violação de separação de poderes.

No que diz respeito ao princípio da separação de poderes, o mesmo encontra-se respaldado no artigo 2º da CF/88, que estabelece que “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, inclusive protegendo-o no rol do artigo 60, § 4º, ao defini-lo como cláusula pétrea.

A independência dos poderes se refere à organização de seus próprios órgãos, sem interferência dos demais poderes, bem como no direito de organização de seus serviços. Nesse íterim, a harmonia entre os poderes é verificada pela reciprocidade e cortesia no trato de um poder para com outro, bem como no respeito às funções exercidas por cada um²³².

Assim, a atuação dos três poderes estatais deve ser pautada pela independência e harmonia, de modo que o ente possa exercer as funções que lhe são típicas, sem interferência dos demais poderes, pautando-se pelo respeito ao exercício das atividades dos demais poderes.

Já para Fernandes, as funções exercidas por cada poder encontram-se bem delimitadas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o Judiciário responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; o Executivo responsável por vetar projetos legislativos aprovados e nomear membros do Judiciário e o Legislativo possui poderes de investigação e analisa aspectos financeiros orçamentários²³³.

Não obstante, apesar da estrutura institucional dos poderes encontrar-se bem estabelecida, existem outras previsões voltadas ao controle recíproco entre os

²³¹ “A política pública traz a idéia de realização de resultados através da estipulação dos meios que permitirão chegar a tais resultados. A escolha dos métodos de ação do Poder Público é baseado em dados técnicos que influenciam o gestor e o auxiliam a fazer a melhor opção conforme a disponibilidade financeira do Estado.” BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

²³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

²³³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

órgãos, formando um verdadeiro sistema de integração e cooperação destinado a assegurar o equilíbrio entre eles: o denominado princípio dos freios e contrapesos, que consiste na presença de normas voltadas ao controle mútuo entre os poderes, bem como na previsão de situações em que um poder desempenha as funções típicas de outro, exercendo, portanto, funções atípicas²³⁴.

A separação dos poderes, por estar inserida no artigo 60, § 4º, da CF/88 como cláusula pétrea, não pode ser suprimida do texto constitucional ou retirada sua autonomia através de emenda, devendo ser respeitada pelos entes estatais na realização de suas funções.

O princípio da separação dos poderes conforme ditames de Canotilho “[...] transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como divisão, controle e limite do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas – dimensão positiva²³⁵”. O que importa não seria tanto se o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário fizeram seus atos legislativos, executivos ou judiciários e sim se o que eles fazem pode ser feito ou é feito de forma legítima, de forma a preservar o equilíbrio entre os poderes²³⁶.

Observa-se que o Legislativo é responsável pela edição das leis, o Executivo pela execução e cumprimento, já o Judiciário é responsável pela resolução dos conflitos, entretanto não se mostra adequado à realidade, uma vez que todos os órgãos estatais praticam funções que não são consideradas típicas. Nesse sentido, “[...] o Estado é uno e uno é o seu poder”²³⁷, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são comprometidos e vinculados à política estatal.

Assim, a perspectiva sistêmica mostra que os sistemas jurídico e político são funcionalmente diferenciados e não há entre eles qualquer hierarquia, que, na

²³⁴ BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde**: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011.

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ FRANÇA, Giselle de Amaro. **O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Tese (Doutorado)– . USP, São Paulo, 2015, p. 78.

sociedade funcionalmente diferenciada, não existe centro ou vértice²³⁸. A saúde é tida como processo sistêmico, pois uma meta a ser alcançada varia de acordo com a evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relacionam.

Nesse diapasão, Canotilho estabelece que a separação entre os órgãos tem a função de garantia da constituição, uma vez que a responsabilidade entre os órgãos é importante para a própria observância da Constituição²³⁹. Dessa forma, o princípio da separação dos poderes visa à organização deles, no exercício de funções típicas, autônomas e harmônicas, sob pena de ferir os mandamentos constitucionais e legais.

O texto constitucional estabelece que o direito à saúde é um direito fundamental inerente ao ser humano, entretanto de nada adianta consagrar o respectivo direito se não há previsão de instrumentos para efetivá-lo. O Poder Público não pode se esquivar da obrigação que lhe é imposta, a de zelar e preservar para que todos tenham acesso digno à saúde.

Desse modo, se a demanda chegar ao Judiciário, ele não poderá se esquivar da sua obrigação em defender os direitos fundamentais dos indivíduos, não poderá se eximir, alegando a divisão dos poderes, em que caberia ao Legislativo ou ao Executivo fazê-lo. Nesse diapasão, cabe ao magistrado ponderar os interesses entre a separação de poderes e a vida. O mínimo existencial servirá de base para que o magistrado decida pela vida do indivíduo. Ao ser violado o direito à saúde, será possível a intervenção judicial, por se tratar do mínimo existencial daquele indivíduo.

No que diz respeito ao princípio federativo, a responsabilidade pela implementação da saúde é questão de ordem municipal, devendo ele figurar no pólo passivo das demandas. Entretanto há casos em que há conflitos de atribuições entre os entes federados e, quando eles existirem, a pessoa não poderá ficar sem o direito à saúde. Com base no princípio da proporcionalidade, a vida prevalecerá, ficando a

²³⁸ FRANÇA, Giselle de Amaro. **O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Tese (Doutorado)– . USP, São Paulo, 2015, p. 78.

²³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

obrigação a cargo da União ou do estado, que deverão atuar solidariamente com o município para que o direito fundamental à saúde seja resguardado²⁴⁰.

Observa-se que o fato do Estado alegar a escassez dos recursos financeiros não servirá de obstáculo para que o magistrado não concretize o direito à saúde, ou seja, com base na ponderação de interesses, o que se levará em conta é a dignidade da pessoa humana²⁴¹.

Na sociedade atual, percebe-se um verdadeiro distanciamento entre os direitos sociais assegurados pelo texto constitucional e a real disponibilização e acesso destes direitos às pessoas, o que acarreta a provocação do Judiciário para manifestar-se a respeito, proferindo uma decisão adequada para cada caso.

Assevera Botelho não haver dúvidas quanto à possibilidade de judicialização dos direitos sociais, já que são direitos consagrados pela CF/88, sendo que negar-lhes esta possibilidade seria como considerá-los como meras disposições alegóricas ou enfeites do texto constitucional²⁴². Assim, faz-se necessário delimitar como deve ser feita esta intervenção judicial, buscando-se uma harmonização entre o controle judicial da efetivação dos direitos sociais e os princípios relacionados à atuação dos outros poderes.

Percebe-se, portanto, que o controle judicial da efetivação das políticas públicas não ocorre de forma absoluta, visto que a própria separação de poderes estabelece limites para este controle, em razão da independência de um poder em relação aos outros, não sendo permitido que um poder interfira no âmbito de competência do outro²⁴³.

Sendo assim, torna-se imprescindível a busca por um equilíbrio na atuação dos juízes, que devem buscar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, sem ultrapassar os limites inerentes ao Estado Democrático de Direito,

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁴¹ **AMARAL, Gustavo**. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁴² BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde**: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011.

²⁴³ MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

limites esses que, ao mesmo tempo, não podem representar um impedimento à atuação judicial.

A judicialização do direito à saúde encontra-se ligada a diversos institutos que estabelecem limites a esta intervenção, como o mínimo existencial, a proibição ao retrocesso, a reserva do possível e o princípio da separação dos poderes. Menezes afirma que essa judicialização possui natureza de princípio constitucional, de modo que somente as situações referentes ao mínimo existencial podem ser exigidas por meio judicial e as demais prestações devem ser reconhecidas com relação à vedação ao retrocesso e preservando-se o espaço referente à atuação do Poder Executivo e sua discricionariedade na elaboração de políticas públicas²⁴⁴.

Além disso, conforme já exposto, a reserva do possível não pode ser utilizada como justificativa para não implementação do mínimo existencial, visto que os direitos sociais devem ser assegurados de forma adequada aos cidadãos, não podendo ficar condicionados à discricionariedade de decisões do Poder Público.

No que tange ao mérito das demandas, é imprescindível a demonstração da efetiva necessidade da parte quanto à ação ou ao serviço de saúde solicitado judicialmente, exigindo-se prova suficiente de que a medida buscada é fundamental para a saúde do postulante, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana²⁴⁵.

Nas demandas judiciais relativas à prestação adequada do direito à saúde deve ser analisada, inicialmente, a legitimidade da parte para ingressar em juízo, demonstrando a ausência de condições para concretizar seu direito por seus próprios meios, bem como se a prestação pleiteada mostra-se minimamente razoável e exigível judicialmente.

Assim sendo, evidencia-se que a efetivação dos direitos sociais depende da elaboração de políticas públicas pelos entes públicos, sendo que a satisfação desses direitos importa em custos para o Estado, surgindo, portanto,

²⁴⁴ MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

²⁴⁵ *Ibidem*.

questionamentos quanto à possibilidade do Judiciário impor decisões que acarretem custos para o Estado sem previsão orçamentária.

Lado outro, observa-se que a submissão da eficácia dos direitos sociais ao orçamento representa uma verdadeira afronta à força normativa constitucional, visto que tais direitos são considerados fundamentais e, portanto, não se mostra razoável permitir que o legislador deixe de efetivar direitos sociais por falta de previsão orçamentária.

Nesse ínterim, Sarmiento enfatiza que ambos os argumentos possuem certa parcela de razão, de modo que ainda que o legislador possua ampla margem de decisão quanto às escolhas orçamentárias, essas não podem ser feitas em um campo livre e de forma não justificável, visto que o próprio texto constitucional estabelece prioridades, tais como os direitos sociais, que devem ser observadas pelo legislador na elaboração das leis orçamentárias e que, por conseguinte, estão submetidas ao controle e fiscalização do Poder Judiciário²⁴⁶. Assim, essa questão de ausência de previsão orçamentária pode ser eventualmente superada nas decisões judiciais, levando-se em consideração as peculiaridades de cada caso.

O CNJ criou a Resolução nº 107, que cria o Fórum de Monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde a fim de efetivar a resolução dos conflitos ligados à saúde. A respectiva resolução conta com a participação dos magistrados atuantes na área e especialistas nas áreas correlatas, tais como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia²⁴⁷.

Nesse contexto de judicialização, a atuação do Ministério Público possui fundamental importância na defesa do direito individual à saúde, provocando a intervenção do Judiciário para análise de eventuais omissões ou ineficácia do Poder Público na elaboração e concretização de políticas públicas. Nos termos do artigo 127, *caput*, da CF/88, o Ministério Público possui a função de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, tendo em vista que o direito à saúde

²⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 62.

²⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 107**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2015.

constitui-se em um direito individual indisponível, elencado no texto constitucional dentre os direitos sociais, sendo decorrência direta do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não há dúvidas quanto à competência do Ministério Público para atuar nesses casos.

Insta salientar que Didier Júnior e Zaneti Júnior aduzem que o Ministério Público possui legitimidade para atuar nas ações coletivas, ou como *custos legis*, ou como substituto processual, visando resguardar o interesse público primário²⁴⁸. Outrossim, a judicialização também é vista de maneira positiva em se tratando de ações coletivas. No caso, por exemplo, de uma ação civil pública pleiteando do Estado a incorporação de determinado fármaco de eficácia comprovada, há o inquérito civil, procedimento prévio que traz elementos de ordem técnica sobre o medicamento, que motiva o Ministério Público à propositura da ação e, posteriormente, informa o juiz que analisará o caso concreto.

Oliveira enfatiza que a frequente violação do acesso ao serviço de saúde, bem como a ineficácia no atendimento a solicitações de usuários do SUS pelo Poder Público provocaram um aumento na procura da população pelo Ministério Público que, atuando como parte ou fiscal das leis, deve realizar uma análise precisa dos fatos referentes à sua atuação e possuir conhecimento sobre as políticas públicas referentes à saúde, buscando a aplicação adequada ao caso concreto²⁴⁹.

Ante o exposto, percebe-se que a judicialização do direito à saúde deve ser feita de modo razoável, observando-se as peculiaridades de cada situação e a legitimidade da parte para estar em juízo, para que assim as decisões proferidas preservem o direito fundamental à saúde da parte ofendida e não violem os interesses da coletividade.

Observa-se que a judicialização vem sendo debatida em diversos julgados do STF, do STJ e do TJMG, discutindo-se a possibilidade da intervenção judicial sem ferir o princípio da separação de poderes, bem como questões

²⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Comentários à jurisprudência: atuação do Ministério Público em defesa da saúde**. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/184/atua%C3%A7ao%20mp%20de%20saude_Oliveira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 set. 2015.

relacionadas à efetiva elaboração de políticas públicas e o acesso das pessoas a uma assistência adequada à saúde.

Nos termos dos artigos 2º, § 1º, e 7º, I e IV, da Lei nº 8.080/90, o atendimento à saúde deve ser prestado de forma universal e igualitária, necessitando-se, para tanto, da organização dos critérios de atendimento para efetivação de todo o sistema de saúde. O Decreto nº 7.508/11, que regulamenta a Lei nº 8.080/90, estabeleceu em seu artigo 11 que o atendimento será feito, primeiramente, com base na gravidade do risco individual e coletivo e, sendo similar, cronologicamente à submissão do requerimento de acesso ao serviço.

O Fórum Permanente de Direito à Saúde editou os Enunciados 1 e 2, estabelecendo que a mencionada ordem cronológica deve ser observada, de modo que eventual decisão que venha a autorizar o afastamento desse critério cronológico deve ser devidamente instruída com documentação suficiente para comprovar que tal afastamento encontra respaldo técnico no critério do risco individual ou coletivo²⁵⁰.

Tal entendimento é consolidado pelas decisões do TJMG que entende que o afastamento do critério cronológico supramencionado demanda comprovação de que a demora é passível de causar gravames ao estado de saúde da requerente, incorrendo em violação ao direito de saúde²⁵¹. Além disso, conforme decisões proferidas pelo mencionado Tribunal, os entes públicos não podem invocar a cláusula da reserva do possível, indiscriminadamente, como meio de justificar a não prestação do serviço à saúde de qualidade.

Assim, percebe-se que a intervenção judicial no âmbito do TJMG acontece nos casos de prestações à saúde consideradas urgentes, devidamente

²⁵⁰ MINAS GERAIS. Ministério Público. **Comunicado CAO Saúde nº 2**, de 2012. Disponível em: http://ws.mpmg.mp.br/biblio/normajur/normas/Comunicado_CAOSaude_02_2012.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

²⁵¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0514.12.003070-5/001 0030705-37.2012.8.13.0514 (1)** Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=EXAME%20CARDIOL%20D3GICO.%20FILA%20ESPERA&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar>>. Acesso em: 19 out. 2015.

comprovadas por meio das provas acostadas aos autos, em observância ao princípio da isonomia, visto que o deferimento de ações não consideradas urgentes viola o direito das demais pessoas que aguardam nas filas de espera a prestação da saúde de que necessitam.

Em consonância com o posicionamento adotado pelo STF e o STJ, o TJMG firmou o entendimento de que a concretização do texto constitucional deve ser realizada pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, possuindo o Poder Público a obrigação de fornecer uma saúde de qualidade aos cidadãos, atendendo às peculiaridades de cada caso.

O STJ, em consonância com o entendimento da Corte Suprema, tem consignado em suas decisões a necessidade de intervenção judicial nos casos voltados à proteção do direito à saúde, visto que os direitos sociais não podem ficar condicionados à boa vontade do Administrador, de modo que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como justificativa para a omissão ou ineficiência na implementação de políticas públicas²⁵².

O STF apresenta julgados voltados à proteção do direito à saúde e o seu reconhecimento como direito fundamental, de modo que não pode o Poder Público querer se eximir de promover a saúde mediante o argumento de insuficiência de recursos, privando o beneficiário do tratamento médico indispensável.

A Suprema Corte consolidou o entendimento de que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é solidária entre os entes federativos, quais sejam: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e, ainda, que a suspensão de liminares determinando a prestação da saúde ao postulante pelo Poder Público só ocorrerá nos casos de prova segura e inequívoca da ocorrência de grave lesão à

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.488.639 - SE** (2014/0269119-0).

Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1368625&num_registro=201402691190&data=20141216&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2015.

ordem, à economia ou à saúde públicas, conforme decidido no julgamento do agravo regimental interposto pela União em face da Suspensão de Liminar 47²⁵³.

Além disso, o Ministro Celso de Melo, ao proferir seu voto na decisão monocrática de medida cautelar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF Nº 45, concluiu que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado pelo Estado como justificativa para esquivar-se da efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos²⁵⁴.

Nesse contexto, o ministro Gilmar Mendes, relator das Suspensões de Tutela 175, 211 e 278, das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar 47, analisou o tema da judicialização da saúde, levando em consideração as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública da Saúde, realizada no STF no ano de 2009²⁵⁵.

Em seu voto, o Ministro abordou a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, visto que:

[...] na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas²⁵⁶.

O Ministro concluiu que a interferência judicial nestes casos acontece para fiscalização do efetivo cumprimento de políticas públicas existentes, e não para a elaboração de políticas públicas pelo Judiciário, não violando, portanto, o princípio

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na suspensão de liminar 47 – PE.**

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>.

Acesso em: 16 out. 2015.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>.

Acesso em: 13 jun. 2015.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na suspensão da tutela antecipada 175/Ceará.** Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 16 out.

2015.

²⁵⁶ Ibidem.

da separação de poderes. Além disso, o Ministro afirmou que as decisões judiciais devem analisar a existência de motivação para o não fornecimento de determinada prestação pelo Poder Público.

Em sequência, afirmou que a organização do SUS se faz mediante a elaboração de políticas públicas que buscam a destinação dos recursos públicos da maneira mais eficiente possível. Assim, as decisões judiciais não podem obrigar a administração pública a fornecer toda e qualquer prestação à saúde, já que isso geraria grande lesão aos orçamentos públicos e à rede do SUS.

Por fim, em seu voto, argumentou que as demandas judiciais devem ser substancialmente instruídas, evitando, assim, a produção padronizada de peças processuais, tais como iniciais, contestações e sentenças, que muitas vezes não contemplam as necessidades de cada caso²⁵⁷.

Ante o exposto, percebe-se a consolidação do entendimento dos tribunais superiores de que a intervenção judicial na prestação da saúde não viola o princípio da separação de poderes, não obstante as decisões judiciais devem analisar as peculiaridades de cada caso, devendo os processos ser bem instruídos para acarretarem o convencimento do julgador em dados concretos aptos a fundamentarem o deferimento da prestação à saúde pleiteada.

Dessa forma, como têm decidido os tribunais superiores, não há que se falar em discricionariedade administrativa na promoção das políticas públicas ou implementação de normas programáticas quando se trata de viabilizar o acesso da população ao direito à saúde.

Assim, embora a adoção das políticas necessárias para se garantir o acesso à saúde esteja inicialmente a cargo dos poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário possui o dever de assegurar aos cidadãos a proteção dos direitos violados pela omissão do Poder Público.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na suspensão da tutela antecipada 175/Ceará**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 16 out. 2015.

Essa defesa ao direito à saúde fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à vida, questões intimamente ligadas, de modo que a prestação de uma saúde de qualidade aos cidadãos e a concretização de políticas públicas eficientes garantam o bem-estar coletivo e a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

A jurisprudência brasileira entende que não há que se falar em escassez dos recursos, uma vez que não se pode falar em falta de orçamento para custear um direito fundamental, que é a saúde. O Judiciário, tendo em vista as pretensões que chegam a ele, vem tentando resolver os conflitos observando a ponderação de interesses bem como o princípio da proporcionalidade. Ele foi criado constitucionalmente com o intuito de julgar o justo, independentemente das pressões que venha sofrer.

Os tribunais estão entendendo que a saúde é um bem supremo e não cabe ao administrador alegar que não há recursos para conceder esse direito ao indivíduo, conforme preleciona o Recurso Extraordinário – RE 855178 RG:

RE 855178 RG - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015)²⁵⁸.

Há também a obrigação solidária dos entes federados. Caso um deles não cumpra seu papel, ou não tenha condições de fazê-lo, o outro ente federado

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855178 RG**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

assumirá a responsabilidade de fazê-lo, conforme estabeleceu o Recurso Especial – REsp 1488639/SE:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOINABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos Planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

4. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra a União, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: 'o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros' (REsp771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

5. Está devidamente comprovada a necessidade emergencial do uso do medicamento sob enfoque. A utilização desse remédio pela autora terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê.

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde.

7. Recurso Especial não provido. Ministro HERMAN BENJAMIN de 20/11/2014²⁵⁹.

O direito à saúde, no Brasil, encontra obstáculos na sua efetivação como, por exemplo, no princípio da reserva do possível. Posto isso, o cidadão é obrigado a recorrer à tutela jurisdicional para que tenha sua pretensão solucionada.

3.2 Decisões acerca da oxigenoterapia hiperbárica nos casos de lesões refratárias

A OHB vem sendo utilizada para diversos tratamentos, conforme exposto acima, entretanto, o presente trabalho analisará acerca do tratamento de lesões refratárias em pés diabéticos e a concessão do tratamento através do Judiciário.

Observa-se que, nos casos em que o procedimento solicitado não esteja incluído no rol dos procedimentos fornecidos pelo SUS, há uma individualização da demanda que se torna um crescente problema à política de saúde pública²⁶⁰.

Ao se conceder o tratamento, deve-se levar em consideração a hipossuficiência do indivíduo. Entretanto, observa-se que, geralmente, as pessoas que são beneficiadas pela intervenção judicial são pessoas que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que caracteriza uma verdadeira assimetria do sistema²⁶¹. Com isso, verifica-se situação contraditória quanto aos ditames constitucionais, que estabelecem um sistema de saúde universal.

Nessa senda, Amaral estabelece que:

Fatores históricos e sociológicos causaram uma legitimação popular à intervenção do judiciário em decisões da Administração e do

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1488639/SE**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=saude+e+a+reserva+do+possivel&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC>. Acesso em: 12 nov. 2015.

²⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 650.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 651.

Legislativo, bem como deu a alguns de seus membros certa sensação de 'campeões da cidadania' isso tudo associado ao preconceito de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum em tão elevada conta quanto deveriam²⁶².

Analisa-se que a pretensão deduzida pelo indivíduo deve ser plausível face ao Judiciário, ou seja, ele deve apresentar-se como parte legítima ou o objeto da demanda é juridicamente possível para que o Judiciário torne sua pretensão efetiva, aplicando a universalidade do direito à saúde.

Nesse sentido, Sarlet estabelece que:

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável²⁶³.

Além dos limites constitucionais à intervenção do Judiciário na implantação das políticas públicas e da efetivação desses direitos pelo juiz, deve-se considerar que a pretensão do indivíduo seja minimamente razoável, que ele não possua meios nem condições para atingir a pretensão básica por seus próprios meios.

Com base na pretensão do indivíduo, qual seja um tratamento adequado à saúde, depara-se com novos procedimentos e tratamentos que não são fornecidos pelo SUS mesmo que comprovada a eficácia pelos médicos, como é o caso da OHB.

O custo do tratamento com a OHB não fica barato, o que impossibilita o acesso a pessoas de baixa renda. Por esse motivo, surgem diversas demandas no

²⁶² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 304.

Judiciário solicitando que os entes federados, solidariamente, arquem com a despesa no tratamento.

Os tribunais, tais como o de Santa Catarina, de Minas Gerais, de São Paulo, dentre outros, têm acolhido as pretensões que chegam ao Judiciário, uma vez que a escolha da terapia é de responsabilidade exclusiva do médico e ele deverá utilizar qualquer meio que possibilite a cura. Caso o paciente não tenha como arcar com o tratamento, caberá aos entes federados fazê-lo. Esse é o posicionamento do Relator Almir Porto da Rocha Filho na Apelação Cível – AC 70065615767 RS:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. REALIZAÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS SESSÕES INDICADAS. RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO. Comprovada a necessidade do tratamento e a carência para financiá-lo, é dever do ente público o fornecimento, garantindo as condições de saúde e sobrevivência dignas, com amparo nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal. Conforme laudo e fotografias trazidos aos autos, findo o tratamento, restou evidente a melhora. A inexistência de dotação orçamentária, assim como a teoria da reserva do possível, não podem servir de escusa à negativa de prestação, por ter sido erigida a saúde a direito fundamental, constitucionalmente previsto. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70065615767, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 02/09/2015)²⁶⁴.

A parte autora necessitava de 30 sessões de OHB para reparar as lesões no pé esquerdo, em decorrência da diabetes, alegando não possuir condições financeiras para custear o tratamento.

Ocorre que é dever do Estado garantir o direito à saúde universalmente, conforme estabelece o artigo 196 da CF/88: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do

²⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70065615767**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/229782666/apelacao-civel-ac-70065615767-rs/inteiro-teor-229782669>>. Acesso em: 19 set. 2015.

risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Ministro Eros Grau²⁶⁵ firmou entendimento de que o Estado tem a obrigação de fornecer medicamentos a pacientes hipossuficientes. Mesmo a OHB não estando incluída na lista do Ministério da Saúde, o Estado tem a obrigação de custear o tratamento, para preservar a saúde, que deve ser garantida a todos e cuja efetividade é dever do Poder Público.

Há prestações exigíveis diante do Judiciário por força da Constituição. Os poderes devem colocar à disposição das pessoas a efetividade da saúde, assegurando-lhes o mínimo existencial, que é oponível e exigível dos poderes públicos constituídos, não podendo eles tomarem decisões prejudiciais à saúde da população²⁶⁶.

A jurisprudência é pacífica em relação ao fornecimento de medicamentos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA GENÉRICA NÃO CONFIGURADA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. PROVA DE URGÊNCIA E RISCO DE VIDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. DESCABIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SUBSTITUIÇÃO DOS MEDICAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDICAMENTO INADEQUADO PARA A DOENÇA QUE ACOMETE O AUTOR. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.(...) 4. A ausência de inclusão do tratamento em listas prévias, quer referente a remédios considerados excepcionais, quer relativos à rede básica, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados. Precedentes deste Tribunal. 5. É direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios para adquiri-los. (...)

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRG no AI 604.949-4/RS**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255842811/apelacao-e-reexame-necessario-reex-70066564063-rs/inteiro-teor-255842867>>. Acesso em: 24 set. 2015.

²⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041565953, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 30/03/2011)²⁶⁷.

Observa-se que o fato de não constar na lista de medicamentos, por serem considerados experimentais, não significa que a pessoa ficará sem o tratamento, uma vez que cabe ao médico prescrever o melhor medicamento a fim de garantir a saúde ao paciente, posto isso, é dever do Poder Público custear o tratamento.

A OHB é indicada para tratamento de infecções e dentro delas estão as úlceras crônicas de pele. De acordo com a Sociedade Brasileira de Medicina Hiperbárica – SBMH, o tratamento beneficia o paciente e reduz a possibilidade de amputação dos membros, fazendo com que o indivíduo tenha qualidade de vida²⁶⁸. Impende salientar que cabe ao médico hiperbarista estabelecer a quantidade de sessões que serão utilizadas para cada paciente, a depender do caso em concreto. Ao terminar as sessões, o paciente continuará sendo orientado pelo hiperbarista.

Não obstante o entendimento abordado, na mesma linha de julgamento, encontra-se a Apelação Cível – AC 70062966965 RS, a qual estabelece que a responsabilidade entre a União, Estados e Municípios é solidária e o tratamento gratuito decorre da própria CF/88:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. oxigenoterapia hiperbárica. DEVER DO ESTADO. 1. A responsabilidade solidária entre a União, os Estados-Membros e os Municípios pelo fornecimento gratuito de tratamento a doentes necessitados decorre de texto constitucional (CF, art. 23 , II , e art. 196). 2. Dever do Estado, de forma ampla, de fornecer medicamento. Aos entes da Federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados (artigos 6º e 196 da

²⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70041565953**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21501413/apelacao-civel-ac-70045436615-rs-tjrs/inteiro-teor-4>>. Acesso em: 18 set. 2015.

²⁶⁸ BRANCO FILHO, José R. C. **Diretrizes no tratamento do pé diabético**. Disponível em: <http://www.sbmh.com.br/2015/images/pdf/diretrizes_no%20tratamento_do_pe_diabetico.pdf>. Acesso em: 6 out. 2015.

Constituição Federal). 3. Descabe a alegação de que o tratamento postulado não consta nas listas de medicamentos essenciais ou especiais / excepcionais, para fins de cumprimento do dever constitucional da tutela da saúde. Até prova em contrário, o tratamento receitado ao paciente por seu médico é o que melhor atende ao tratamento da patologia que lhe acomete. 4. A observância das normas constitucionais garantidoras do direito fundamental à saúde corresponde ao verdadeiro alcance do conteúdo político das disposições constitucionais, bem como à efetivação do Estado Democrático de Direito, descabendo considerá-las a título de meros programas de atuação. 5. Necessidade de previsão orçamentária afastada frente ao dever constitucional de garantir a saúde dos cidadãos. 6. Inexistência de afronta ao princípio da reserva do possível, que na casuística não pode servir de condicionante ao direito constitucional à saúde, uma vez que não há prova da ausência de disponibilidade financeira do ente público, considerando a necessidade de a parte autora ter acesso ao tratamento vindicado. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70062966965, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 21/04/2015)²⁶⁹.

No caso em comento, o autor, pessoa idosa, é portador de úlcera venosa em membro inferior esquerdo há 40 anos e postula o fornecimento de 60 sessões de OHB, sob o argumento de perda do membro. O Município não arcou com os gastos alegando não possuir dotação orçamentária para o pagamento da OHB e, ainda, por ser um procedimento experimental.

O artigo 198²⁷⁰ da CF/88 estabelece a regionalização e a hierarquização do SUS, constituindo um sistema único organizado, financiado com os recursos do orçamento da seguridade social, ou seja, todos os entes da federação integram o sistema, sendo solidariamente responsáveis.

Insta mencionar que Moraes estabelece que:

²⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70062966965**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183763913/apelacao-civel-ac-70062966965-rs/inteiro-teor-183763923>>. Acesso em: 20 set. 2015.

²⁷⁰ “ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.” BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2015.

[...] a Constituição da República consagra ser a Saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197)²⁷¹.

Observa-se que, por se tratar de um direito de todos, cabe ao Poder Público regulamentar e fiscalizar a execução deste direito fundamental. Fala-se que não se trata de interferência do Judiciário na política governamental, mas de determinação para o cumprimento pelo ente público de obrigação prevista em lei. A Súmula 65 do TJSP aduz que:

Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes²⁷².

Quando se fala em direito à saúde, o tratamento não precisa estar regulamentado pelo Ministério da Saúde, cabendo ao médico prescrever o melhor método de cura, posto isso, o fato das sessões de OHB serem consideradas como tratamento experimental não isenta o Estado de fornecê-la. Conforme a Nota Técnica nº 718/2013 do Ministério da Saúde²⁷³, a responsabilização dos entes é solidária.

Cabe ao Poder Público oferecer gratuitamente o tratamento aos pacientes necessitados, conforme preconiza os artigos 6º e 196 CF/88, atendendo ao princípio

²⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

²⁷² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Súmula 65**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Decanato/Noticias/Noticia.aspx?Id=1033>>. Acesso em: 18 set. 2015.

²⁷³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Nota Técnica 718/2013**. Disponível em: <<http://siave.camarapiracicaba.sp.gov.br/arquivo?id=16379>>. Acesso em: 15 set. 2015.

da dignidade da pessoa humana. Posto isso, o sistema de saúde é direito de todos e dever do Estado e dos Municípios assegurarem sua efetividade, podendo o indivíduo demandar contra qualquer um deles.

Na repartição de competências na área da saúde, os entes federados devem colaborar com a execução dada pela CF/88, sem que haja supremacia de uma em relação à outra, uma vez que a responsabilidade dos entes é comum, não podendo um deles eximir-se de implantá-las, pois a responsabilidade recairá sobre as esferas do governo, como preleciona o artigo 23 da CF/88.

O cumprimento da norma constitucional não depende de previsão orçamentária, de programas ou mesmo de lei de hierarquia inferior. Não há como aplicar a teoria da reserva do possível, uma vez que o Poder Público tem obrigação constitucional de garantir condições mínimas de saúde aos cidadãos, o que engloba o tratamento pretendido. A CF/88 assegura o direito universal e igualitário aos serviços de saúde, conforme entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO DE OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES NO FORNECIMENTO DO TRATAMENTO NECESSÁRIO À TUTELA DO DIREITO À SAÚDE. Reexame necessário. 1. Descabe o reexame necessário, porquanto a sentença que determinou o fornecimento de tratamento está fundada em decisão do plenário do STF. Apelo do Município de Nova Bassano. 2. Incumbe aos Municípios, aos Estados e à União, solidariamente, fornecer tratamento médico aos cidadãos. Nesse rumo, não há falar em improcedência da ação pelo fato de o tratamento pretendido não constar nas listas de responsabilidade estadual. A competência interna do SUS não é oponível ao particular que possui violado o direito à saúde. 3. Ao postular a reforma da condenação em honorários advocatícios, o recorrente se limitou a pedi-la no final do apelo, não lançando mão de nenhum argumento para sustentar o pleito, o que inviabiliza o conhecimento do recurso no ponto por inobservância ao disposto no artigo 514, II, do Código de Processo Civil. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESTA PARTE, TEM NEGADO SEU SEGUIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. (Apelação

Cível Nº 70064790918, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 22/06/2015)²⁷⁴.

Observa-se que o médico irá prescrever um tratamento e este deverá ser oferecido ao paciente, visto que deve-se proteger a inviolabilidade do direito à vida, que deve prevalecer em relação a qualquer outro interesse do Estado. A Lei Federal nº 8.080/90, em seu artigo 4º²⁷⁵, estabelece condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, não excluindo a competência dada pela CF/88 aos entes federados no que tange à saúde.

Impende ressaltar que o artigo 196 da CF/88 não trata do caráter meramente programático, uma vez que o conteúdo político das normas constitucionais deve ser alcançado fazendo com que o direito fundamental à saúde seja efetivado.

Não há que se falar em previsão orçamentária uma vez que a própria CF/88 impõe aos entes federados o dever de proceder à reserva de verbas públicas destinadas à saúde. Cabe ao Estado garantir o direito à saúde, conforme estabelece o artigo 23, II²⁷⁶, e 196 da CF/88, não podendo esquivar-se de suas obrigações, uma vez que a aplicabilidade das normas é imediata.

O direito à saúde revela a concepção de justiça social do conceito de saúde pública, voltado ao princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, que assegura o respeito à vida, integridade física e mental do indivíduo²⁷⁷. Com isso, as limitações impostas pela

²⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70064790918**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204417737/apelacao-civel-ac-70065319048-rs/inteiro-teor-204417748>>. Acesso em: 20 set. 2015.

²⁷⁵ “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.” BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990.

²⁷⁶ “ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.” BRASIL. **Constituição (1988)**.

²⁷⁷ FIGUEIREDO, Heberth Costa. **Saúde no Brasil: Sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

falta de recursos financeiros não podem ensejar um esvaziamento do conteúdo do direito social à saúde, principalmente quando ligado ao núcleo essencial da dignidade²⁷⁸. Para que o Estado possa negar efetividade ao direito social com base no princípio da reserva do possível, ele deverá demonstrar os motivos que fizeram com que ele deixasse de cumprir a norma constitucional.

O Poder Judiciário não apenas pode, como deve zelar pela efetividade dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, deverá agir com muita responsabilidade, seja ao conceder, seja ao declarar inconstitucional alguma medida estatal com base na violação de direitos sociais²⁷⁹.

Insta salientar que a jurisprudência tem concedido decisões favoráveis ao indivíduo que necessita da efetivação da saúde, como ocorreu em Uberaba, MG. A paciente precisou do tratamento da OHB por ser portadora de DM e hipertensão arterial conforme laudo médico e o Município não quis arcar com o tratamento, tendo a cidadã que entrar na justiça para ter sua pretensão resolvida, conforme Agravo de Instrumento-CV: AI 10701140438501001MG:

CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA - FORNECIMENTO DE TRATAMENTO - **OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA** - PACIENTE PORTADORA DE DIABETES MELLITUS, HIPERTENSÃO ARTERIAL SISTÊMICA E TABAGISMO - NECESSIDADE COMPROVADA. - Diante da garantia constitucional do acesso à prestação de serviços de proteção à saúde e prevenção de doenças, não pode o Poder Público querer se eximir de promovê-la. - Demonstrada a necessidade do tratamento, por recomendação médica, impõe-se seu fornecimento pelos entes públicos, como meio de tornar efetiva a garantia do direito à saúde e vida digna. - Recurso não provido. (TJ-MG - AI: 10701140438501001 MG, Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 09/04/2015, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/04/2015)²⁸⁰.

²⁷⁸ Botelho, Ramon Fagundes. **A judicialização do direitos à saúde**: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____. **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁸⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-CV: AI 10701140438501001MG**. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181592243/agravo-de-instrumento-cv-ai-10701140438501001-mg/inteiro-teor-181592341>>. Acesso em: 14 set. 2015.

Observa-se que o Município não assumiu o encargo que a ele é atribuído, tendo a paciente, com isso, que recorrer ao Judiciário para ter sua pretensão efetivada. Foi constatado através dos laudos médicos que o tratamento que estava sendo feito através de antibioticoterapia sistêmica e curativos diários, com uso de fibrase, queimlive, sulfadiazina de prata e desani, não apresentou melhoras, o que levou o médico a pedir as sessões de OHB para controlar a infecção e evitar que tivesse seu membro amputado²⁸¹.

Mesmo que o Município “[...] não tenha sido contemplado entre os entes da federação dotado de competência concorrente, isto não o exclui de legislar e prestar serviços de saúde à população, tendo em vista que possui constitucionalmente competência para legislar sobre assunto local, suplementando no que couber a legislação federal e estadual”²⁸².

Posto isso, observa-se que o médico deverá prescrever ao paciente o tratamento que resolva ou minimize o sofrimento, protegendo a dignidade da paciente. Com isso, não pode o Poder Público eximir de sua obrigação.

No mesmo sentido, tem-se o Reexame Necessário – REEX 0029968820128260506 SP 0002996-88.2012.8.26.0506 (TJ-SP), no qual a autora entra contra a Fazenda do Estado de São Paulo e o município de Ribeirão Preto, visando ao fornecimento da OHB, alegando que precisa de 20 sessões do procedimento e não possui condições financeiras para arcar com os custos.

REEXAME NECESSÁRIO **Oxigenoterapia hiperbárica** lesões ulceradas. 1. Tutela constitucional do direito à vida (artigos 5º, caput e 196 da Constituição Federal) Dever de prestar atendimento integral à saúde Irrelevância do tratamento não ser padronizado para as patologias que acometem a autora Violação ao princípio constitucional da separação dos poderes não configurada

²⁸¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-CV: AI 10701140438501001MG**. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181592243/agravo-de-instrumento-cv-ai-10701140438501001-mg/inteiro-teor-18159234>>. Acesso em: 14 set. 2015.

²⁸² FIGUEIREDO, Heberth Costa. **Saúde no Brasil: Sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 186.

Mecanismo de garantia do efetivo exercício do direito. 2. Custas processuais Condenação Inadmissibilidade Isenção Inteligência do artigo 6º, da Lei nº 11.608 /03 .. Reexame necessário parcialmente provido²⁸³.

O direito à vida está acima de qualquer pretensão e não se pode dizer que há violação ao princípio constitucional dos poderes uma vez que se lida com a vida e a decisão judicial apenas garantiu a integralidade do direito à saúde. Observa-se que o artigo 5º, III, alínea b²⁸⁴, da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que o orçamento anual dos entes federados deverá conter reserva de contingência, ou seja, deverá existir orçamento para o tratamento de alto custo a pessoas carentes, que são portadoras de graves doenças.

O Ministro Celso de Melo proferiu liminar intentada pelo Estado de Santa Catarina (petição nº 1.246-1) na qual aduz que: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, 'caput'), ou fazer prevalecer, secundário do Estado, entendo uma vez configurado esse dilema que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível ação: o respeito indeclinável à vida”²⁸⁵.

Observa-se que a saúde deverá ser aplicada em qualquer situação, desde que atestada a necessidade pelo médico responsável, não sendo possível os

²⁸³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Reexame Necessário REEX 00029968820128260506 SP**. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_REEX_00029968820128260506_55962.pdf?Signature=5yTjGhJ6umfOqtsOd0%2BoP1ncTWw%3D&Expires=1451437422&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f5f5ac1eafb8b33ba41a02f3b34533ab>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁸⁴ “Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao: b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.” BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁸⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Reexame Necessário REEX 00029968820128260506 SP**. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_REEX_00029968820128260506_55962.pdf?Signature=5yTjGhJ6umfOqtsOd0%2BoP1ncTWw%3D&Expires=1451437422&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f5f5ac1eafb8b33ba41a02f3b34533a>. Acesso em: 10 nov. 2015.

entes federados tentarem se eximir da obrigação que a eles foi imposta constitucionalmente sob a égide da reserva do possível.

O Estado encontra-se adstrito ao princípio da reserva do possível, entretanto, no que diz respeito ao direito à saúde, os entes estatais não possuem discricionariedade de justificar suas omissões pela insuficiência de recursos, devendo ser assegurado pelo Estado o mínimo necessário para uma vida digna.

Nesse espeque, a teoria da reserva do possível inserida no direito pátrio não se revela como fórmula pronta capaz de afastar, *ab initio*, a aplicabilidade dos direitos sociais. Entretanto, tendo em mente a escassez de recursos para fazer frente à infinitude de necessidades sociais que reclamam o dispêndio de recursos públicos, é necessária uma abordagem diferenciada da cláusula da reserva do possível que lide com a realidade social brasileira e demais aspectos daí advindos.

Os poderes políticos Executivo e Legislativo carregam o ônus de melhor alocar os recursos públicos para satisfação dos direitos sociais, entretanto não se admite que a aplicabilidade desses direitos esteja condicionada aos imperativos orçamentários, já que isso seria “[...] submeter a força normativa da Constituição à vontade do legislador”²⁸⁶. Sendo assim, é possível a interferência do Poder Judiciário na aplicabilidade de políticas públicas quando os poderes políticos incumbidos de fazê-lo mantêm-se inertes, uma vez que os direitos sociais devem ser concretizados face a omissão estatal.

Observa-se que, pelo fato da OHB ser um procedimento relativamente novo, não implica que não deverá ser custeado pelos entes federados aos que necessitam e não possuem condições para custeá-lo, uma vez que caberá ao médico prescrever o melhor tratamento ao paciente, devendo proteger o direito à vida e este prevalecerá sobre qualquer outro interesse do Estado.

²⁸⁶ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. In: _____. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde está previsto na CF/88 como direito social fundamental, daí a sua importância para dar a qualquer indivíduo a garantia de uma existência digna. Trata-se, pois, de direito essencial, ligado ao direito à vida, devendo ser assegurado pelos entes federados.

Entretanto, percebe-se que os entes federados não estão cumprindo seu papel, que é o de efetivar o direito à saúde aos hipossuficientes, que têm recorrido ao Judiciário como última alternativa para a efetivação desse direito, uma vez que, por se tratarem de prestações onerosas, eles não possuem condições de arcar com os custos do tratamento, ou medicamento específico. As demandas judiciais, com isso, vêm crescendo nos últimos anos, refletindo a existência de obstáculos que dificultam à concretização do direito à saúde ligado à rede pública de saúde.

A OHB, tratamento indicado para infecções, dentre elas as feridas em pés de diabéticos, beneficia o paciente e reduz a possibilidade de amputação dos membros, fazendo com que o indivíduo tenha qualidade de vida e sua integridade física preservada. Mesmo a OHB não estando incluída na lista do Ministério da Saúde, não significa que a pessoa ficará sem o tratamento, uma vez que cabe ao médico prescrever o melhor tratamento, incluindo a quantidade de sessões que deverão ser feitas, a depender do caso em concreto, a fim de garantir a saúde ao paciente. Posto isso, é dever do Poder Público custear o tratamento, para se preservar a saúde, que deve ser garantida a todos.

O Estado tem alegado a cláusula da reserva do possível em sua defesa na esfera judicial, como óbice para a efetivação do direito à saúde, demonstrando a impossibilidade financeira de arcar com determinado tratamento, por ser de alto valor e não constar na lista de procedimentos feitos pelo SUS, ou por não possuir dotação orçamentária para isso. Entretanto, esse debate vem sendo discutido na doutrina e nos tribunais brasileiros, tendo o STF, o STJ, o TJMG, o TJSP e o TJRS

se pronunciado favoravelmente ao tratamento da OHB através das câmaras hiperbáricas.

Ocorre que o cumprimento da norma constitucional não depende de previsão orçamentária, de programas ou mesmo de lei de hierarquia inferior. Não há como aplicar a teoria da reserva do possível, uma vez que o Poder Público tem obrigação constitucional de garantir condições mínimas de saúde aos cidadãos, o que engloba o tratamento pretendido, ou seja, não há que se falar em aplicação da reserva do possível, uma vez que não se pode alegar falta de dotação orçamentária para preservar o bem essencial do indivíduo, que é a vida. A CF/88 assegura o direito universal e igualitário aos serviços de saúde. É certo que as condições mínimas, presentes como mínimo existencial, que estabelece um padrão mínimo capaz de assegurar a existência digna do indivíduo, ainda não alcançaram a generalidade da população brasileira, dependente em grande medida do sistema público, o que reforça a responsabilidade do Estado pela concretização do direito à saúde, não podendo ele se furtar de sua responsabilidade constitucional sob argumento da cláusula da reserva do possível.

O Poder Público deve velar pela concretização do direito à saúde, fornecendo condições dignas e igualitárias através da elaboração de políticas públicas de cunhos sociais e econômicos que objetivam o acesso de todos os cidadãos às ações e serviços realizados pelo Estado. Ele tem o dever de fornecer uma saúde de qualidade à população, sendo que, para a efetivação desse direito, são necessários investimentos financeiros e destinação de recursos públicos.

Considerando a realidade vivenciada pelo Estado pela insuficiência de recursos para satisfação de todos os deveres que lhe são inerentes, ocorre, conseqüentemente, a efetivação de umas obrigações em detrimento de outras. Por essa razão, o ideal de implementação do mínimo existencial deve ser uma meta a ser seguida pelos entes estatais que têm por objetivo a busca pela concretização das necessidades básicas da sociedade, garantindo o acesso a condições mínimas de saúde a todos os cidadãos.

Tendo em vista essa limitação de atuação estatal acarretada pela insuficiência de recursos, o Estado encontra-se adstrito ao princípio da reserva do

possível que acarreta a necessidade de optar por determinadas decisões em prejuízo de outras, devendo destinar investimentos para áreas consideradas prioritárias, bem como atender a situações previstas na programação orçamentária.

Dessa forma, essa consciência de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado tem levado muitas pessoas a recorrerem à Justiça em busca da satisfação do direito à saúde que não foi adequadamente fornecido. Nesse contexto, surge um impasse e o cidadão busca meios para obter a garantia de um direito que lhe é assegurado pela CF/88. Por outro lado, o Estado, no intuito de limitar a intervenção judiciária nas políticas públicas, justifica sua atuação, baseando-se na proteção que lhe é assegurada pelo princípio da reserva do possível, bem como, pela separação de poderes.

O princípio da separação de poderes, previsto constitucionalmente, estabelece a atuação harmônica e independente dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, devendo cada um deles exercer suas funções em consonância com as atividades exercidas pelos demais, pautando-se pelo respeito às competências fixadas pela CF/88.

Observa-se que, em razão da inércia do Poder Público, surge a legitimidade do Poder Judiciário para proferir decisões relativas ao direito à saúde, sem violar a separação de poderes, bem como definir quais são os limites e possibilidades de atuação judicial nestas situações. Mesmo que a função do Poder Judiciário seja a busca pela aplicação das normas e efetiva aplicação da lei, os tribunais superiores firmaram entendimento de que o Judiciário deve intervir para garantir a efetividade dos direitos sociais previstos no texto constitucional, especificamente, a dos direitos destinados à saúde.

Nesse sentido, percebe-se que o Poder Judiciário possui legitimidade para atuar nos casos de violação ao direito à saúde, buscando efetivar esse direito no Brasil. Entretanto, as decisões judiciais devem observar as peculiaridades em cada caso, conforme se observa nas decisões proferidas nos casos em que os pacientes precisam fazer o tratamento com as câmaras hiperbáricas.

O Judiciário deve intervir na execução das políticas públicas formuladas, exercendo seu papel constitucional de controlador dos demais poderes e contribuindo, assim, para a implementação de um verdadeiro Estado Social de Direito, em que o Estado tem o dever de assegurar ao indivíduo o direito à saúde conforme previsto constitucionalmente.

O Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízo de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando houver uma violação evidente e arbitrária da incumbência constitucional praticada pelo legislador. Os poderes Legislativo e Executivo se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. Além disso, o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas. Entretanto tem que existir uma coexistência harmônica entre os entes federados para, de um lado, preservar a dignidade da pessoa e, do outro, a separação dos poderes, atribuindo eficácia ao mínimo existencial, reconhecendo a legitimidade do Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação.

Observa-se que não se fala que cada ente deverá fazer a sua obrigação especificamente, com base na tripartição dos poderes, mas sim fazer sua parte de forma harmônica. Entretanto, o Executivo e o Legislativo entendem a decisão judicial como inimiga, não a encarando como diretriz, ou como conselho, ou mais um ponto a ser seguido dentro das várias diretrizes a serem seguidas.

Os poderes deveriam ser harmônicos entre si de modo que, observando a quantidade de ações judiciais nesse sentido, com intuito de dialogarem institucionalmente, eles poderiam prevenir as ações no Judiciário. Os entes públicos, ao depararem com as decisões para a realização do tratamento, eles deveriam realizar pesquisas voltadas ao estudo da necessidade, organizando sua política orçamentária segundo as exigências e necessidades da população.

Observa-se que não há tratamentos pelo SUS nas câmaras hiperbáricas, entretanto, o tratamento existe e, através das decisões judiciais, o gestor tem que pagar por ele. O viável seria que, a título de exemplo, colocasse uma câmara hiperbárica em cada capital, isso faria com que o Estado reduzisse os seus gastos,

uma vez que, com a judicialização, ele gasta duas vezes, uma para mover a máquina do Judiciário e a outra para custear o tratamento após a sentença judicial e ainda há o risco da ineficácia e amputação/morte em razão da demora para se obter o êxito no processo e sua efetivação após a decisão favorável. Nesse sentido, deve existir a adequada leitura sobre a tripartição dos poderes, para que haja um diálogo institucional, uma vez que uma decisão judicial não pode ser encarada como inimiga, pelo contrário, deve ser encarada, dentro de um Estado Democrático de Direito, como mais uma das diretrizes que irá implantar as políticas públicas. É importante que o ente público analise as reais necessidades dos indivíduos e cumpra suas obrigações constitucionais, para que a intervenção judiciária ocorra apenas em casos excepcionais.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda HutchinsonSchikd Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, I. S. A medicina hiperbárica no mundo. **Revista brasileira de medicina hiperbárica**, ed. 1, set./2013. Disponível em: <<http://issuu.com/faustoalbert/docs/revistahiperbaricaedicao1>>. Acesso: 20 abr. 2015.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTONIAZZI, P. Oxigenoterapia hiperbárica e mediadores inflamatórios na sepse. **Prática hospitalar**. Ribeirão Preto, a. IX. n. 51, maio-jun. 2007.

ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. (Coord.). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Icone, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**. São Paulo, n. 240, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. **Revista quaestio iuris**. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em:
 <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.
 Acesso em: 10 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era do direito.** 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais e justiça.** São Paulo, a. 2, n. 3, abr./jun. 2008.

_____. **Curso de direito constitucional.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014 .

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana.** Curitiba: Juruá, 2011.

BRANCO FILHO, José Ribamar Carvalho. 300 Milhões de pessoas convivem com esse mal. **Revista hiperbárica.** São Paulo, n. 1, p. 23, set./2013.

_____. **Diretrizes no tratamento do pé diabético.** Disponível em:
 <http://www.sbmh.com.br/2015/images/pdf/diretrizes_no%20tratamento_do_pe_diabetico.pdf>. Acesso em: 6 out. 2015.

BRASIL. **Código Penal (1941).** Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. **Constituição (1824).** Disponível em:
 <<http://www.monarquia.org.br/pdfs/constituicaoodoimperio.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2015.

_____. **Constituição (1934)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 maio 2015.

_____. **Constituição (1937)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 maio 2015.

_____. **Constituição (1988)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 maio 2015.

_____. **Decreto nº 1**, de 15 de novembro de 1889. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. **Decreto nº 15.003**, de 15 de setembro de 1921. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15003-15-setembro-1921-505151-republicacao-92731-pe.html>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

_____. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 16 maio 2015.

_____. **Decreto nº 68.806**, de 25 de junho de 1971. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D68806.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 05/04/2015

_____. **Lei nº 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.068.731/RS**. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=essaz+de+recursos+e+saude&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.488.639/SE**. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1368625&num_registro=201402691190&data=20141216&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na suspensão da tutela antecipada 175 Ceará**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar. Agravo Regimental 47**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na suspensão de liminar 47/PE**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>.

Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no AI 604.949-4/RS**.

Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255842811/apelacao-e-reexame-necessario-reex-70066564063-rs/inteiro-teor-255842867>>. Acesso em: 24 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45-9/DF**. Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf> Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 855.178**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>.

Acesso em: 5 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança. Agravo Regimental**.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61025>>5.

Acesso em: 6 jun. 2015.

BRITO, Thomaz. **Hiperbárica**: oxigenoterapia hiperbárica, uma modalidade terapêutica ainda desconhecida. Disponível em:

<http://www.hiperbaricasantarosa.com.br/arquivos/OXIGENOTERAPIA_HIPERBARICA_UMA_MODALIDADE_TERAPEUTICA_DESCONHECIDA.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo. Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito, constituição e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Rafael Bezerra. O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 13, n. 1999, 21 dez./2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12100>>. Acesso em: 4 jan 2015.

CARVALHO, Ana Carolina de Viotti. **As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)**. São Paulo: UNESP, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 18. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, I, 1941, Rio de Janeiro. **Relatório...** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_1.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2015.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, III, 1963, Brasília. **Relatório...** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, VIII, 1986, Brasília. **Relatório...** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 15 maio 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 107.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2015.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. **Resolução 1.457/95.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1995/1457_1995.htm>. Acesso em: 19 set.2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A saúde no direito brasileiro.** São Paulo: Moderna, 1987. _____ . Competência municipal em matéria de saúde. **Revista de direito público,** 1989.

_____. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde.** São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário.** São Paulo: Verbatim, 2010.

DESOLA, J. et al. Indicações y contraindicações de la oxigenoterapia hiperbarica. **Revista virtual de medicina hiperbárica**. Disponível em: <http://www.hiperbaricasantarosa.com.br/arquivos/INDICACIONES_Y_CONTRAINDICACIONES_DE_LA_OXIGENOTERAPIA_HIPERBARICA.pdf>. Acesso em: 24 set. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERNANDES, Tiago D. F. et. al. **Medicina hiperbárica**. n. 22, p. 323-334, 2009. Disponível em: <<http://inbramed.ind.br/wpcontent/uploads/2014/11/003-MEDICINA-HIPERBARICA.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: por una ley mas débil**. Madrid. Trotti, 1999.

FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de saúde pública**. São Paulo, v. 31, n. 5, out./1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Heberth Costa. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. **SUS versus tribunais: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima**. Curitiba: Juruá, 2014.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. **O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Tese (Doutorado)– Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FRANÇA, Júnia Lessa. **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**. 7. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A saúde no Brasil em 2030**: diretrizes para a prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro:

Fiocruz/Ipea/Ministério da saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2012. Disponível em:

<http://andromeda.ensp.fiocruz.br/teias/sites/default/files/biblioteca_home/Saude_Brasil_2030.pdf>. Acesso em: 21 maio 2015.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luis Flávio. **Ativismo judicial, judicialização**. Disponível em:

<<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/01/23/ativismo-judicial-judicializacao-ii/>>.

Acesso em: 6 out. 2015.

GOMEZ, Maria Isabela Garrido. **La eficacia de los derechos sociales hoy**. Madrid: DyKinson, S. L., 2010.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revista/files/anexos15709-15710>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Universidade do Ceará, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução: Flávio Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IAZZETTI PE; MANTOVANI M. Hiperoxia hiperbárica em infecções graves e sepse: conceitos e perspectivas. **Medicina**. Ribeirão Preto, n. 31, p. 412-423, jul./set. 1998. INTERNATIONAL DIABETES FEDERATION. **Annual Report 2013**. Disponível em: <<http://www.idf.org/sites/default/files/attachments/IDF-AR2013-final-rv.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

ITÁLIA. **Constituição**. Disponível em: <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20%28a%20cura%20della%20Provinci a%20di%20Milano%29/Costituzioneltaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em: 16 maio 2015.

JOHN FELDMIEIER, D. O. Oxigênio hiperbárico: indicações e resultados. In: COMITÊ DE OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. **Relatório**... Disponível em: http://www.hiperbaricasantarosa.com.br/arquivos/OXIGENIO_HIPERBARICO_2003_INDICACOES_E_RESULTADOS.pdf. Acesso em: 21 ago. 2015

KNOBEL, Elias et al. Princípios básicos da oxigenoterapia hiperbárica. In: _____. **Terapia Intensiva: infectologia e oxigenoterapia hiperbárica**. São Paulo: Atheneu, 2003.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LACERDA, Elias Pereira de. Atuação da enfermagem no tratamento da oxigenoterapia hiperbárica. **Revista latino-americana de enfermagem**. São Paulo, jan./fev. 2006. Disponível em: 12

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Constituição e direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação: direito público**. Brasília, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasses. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz de Quadros. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MARMELSTEIN. George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: _____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 197-210.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista diálogo jurídico**. Salvador, v. 1, n. 5, ago./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 6 ago 2011.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Org.). **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MÉXICO. **Constitución política de los estados unidos mexicanos**.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf>. Acesso em: 10.12.2015

MINAS GERAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. **COMUNICADO CAO SAÚDE Nº 2**,

Disponível em:

<http://ws.mpmg.mp.br/biblio/normajur/normas/Comunicado_CAOSaude_02_2012.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-CV: AI**

10701140438501001MG. Disponível em: <[http://tj-](http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181592243/agravo-de-instrumento-cv-ai-10701140438501001-mg/inteiro-teor-181592341)

[mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181592243/agravo-de-instrumento-cv-ai-10701140438501001-mg/inteiro-teor-181592341](http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181592243/agravo-de-instrumento-cv-ai-10701140438501001-mg/inteiro-teor-181592341)>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível/Reex Necessário: AC**

10242100017118001/MG. Disponível em: <

[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10242100017118001_0a996.pdf?Signature=N%2B4jnyCwmTek4HKtPQR4O9BIUPY%3D&Expires=1451445271&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8117c7fe13b17189592a350353ddcd25)

[MG_AC_10242100017118001_0a996.pdf?Signature=N%2B4jnyCwmTek4HKtPQR4O9BIUPY%3D&Expires=1451445271&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10242100017118001_0a996.pdf?Signature=N%2B4jnyCwmTek4HKtPQR4O9BIUPY%3D&Expires=1451445271&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8117c7fe13b17189592a350353ddcd25)

[hash=8117c7fe13b17189592a350353ddcd25](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10242100017118001_0a996.pdf?Signature=N%2B4jnyCwmTek4HKtPQR4O9BIUPY%3D&Expires=1451445271&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8117c7fe13b17189592a350353ddcd25)>. Acesso em: 24. nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0514.12.003070-5/001 0030705-**

37.2012.8.13.0514 (1). Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=EXAME%20CARDIOL%20GICO.%20FILA%20ESPERA&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **TJ-MG - Ap Cível/Reex Necessário AC**

10182130007202002 MG (TJ-MG). Disponível em:

<[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10182130007202002_fde37.pdf?Signature=cnj6db78HEu4Cks9vNgjnUeGYds%3D&Expires=1451869932&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1674d91c33cf2c32c693e01074b7e09f)

[MG_AC_10182130007202002_fde37.pdf?Signature=cnj6db78HEu4Cks9vNgjnUeGYds%3D&Expires=1451869932&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10182130007202002_fde37.pdf?Signature=cnj6db78HEu4Cks9vNgjnUeGYds%3D&Expires=1451869932&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1674d91c33cf2c32c693e01074b7e09f)

[hash=1674d91c33cf2c32c693e01074b7e09f](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10182130007202002_fde37.pdf?Signature=cnj6db78HEu4Cks9vNgjnUeGYds%3D&Expires=1451869932&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1674d91c33cf2c32c693e01074b7e09f)>. Acesso em: 10 dez. 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Do sanitário à municipalização**. Disponível em:

<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/historico>>. Acesso em: 4 abr. 2015.

_____. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Diabetes**: inquérito domiciliar sobre comportamentos de riscos e morbidade referida de doenças e agravos não

transmissíveis. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/inquerito/docs/diabete.pdf>>.

Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Secretaria Executiva Sistema Único de Saúde. **SUS: princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2015.

_____. **Nota Técnica 718/2013**. Disponível em: <<http://siave.camarapiracicaba.sp.gov.br/arquivo?id=163792>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Portaria nº 2. 203**, de 5 de novembro de 1996. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 25 abr. 2015.

MIRANDA, Newton Rodrigues e outros. **O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica**. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewfile/p.0304-2340.2013v62p179/249>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NACIONES UNIDAS. **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em: 24 maio 2015.

OLIVEIRA, José Egidio Paulo de. (Org). **Diretrizes da Sociedade Brasileira de Diabetes: 2014-2015**. São Paulo: AC Farmacêutica, 2015. Disponível em: <<http://www.diabetes.org.br/images/2015/area-restrita/diretrizes-sbd-2015.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Comentários à jurisprudência: atuação do Ministério Público em defesa da saúde**. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/184/atua%C3%A7>

ao%20mp%20defesa%20saude_Oliveira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta**. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 8 out. 2015.

_____. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. **Declaração universal dos direitos do homem**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 24 maio 2015.

_____. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 14 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Declaração de Alma-Ata**. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/Dec_Alma-Ata.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. **História da OMS**. Disponível em: <<http://www.who.int/about/history/es/>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Preâmbulo da Constituição** Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Estadísticas sanitarias mundiales:**

una mina de información sobre salud pública mundial, 2014. Disponível em:

<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112817/1/WHO_HIS_HSI_14.1_spa.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PINHEIRO, Roseni. **Integralidade em saúde**. Disponível em:

<<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/intsau.html>>. Acesso em: 24 maio 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**.

São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas.

In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 20 maio 2015.

RAWLS, Jonh. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1993.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70062966965**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183763913/apelacao-civel-ac-70062966965-rs/inteiro-teor-183763923>>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70041565953**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21501413/apelacao-civel-ac-70045436615-rs-tjrs/inteiro-teor-21501414>>. Acesso em: 18.09.2015

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70064790918**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204417737/apelacao-civel-ac-70065319048-rs/inteiro-teor-204417748>>. Acesso em 20 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70065615767**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/229782666/apelacao-civel-ac-70065615767-rs/inteiro-teor-229782669>>. Acesso em: 19 set. 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Milton et. al. Princípios básicos da oxigenoterapia hiperbárica. In: KNOBEL, Elias et. al. **Terapia intensiva, infectologia e oxigenoterapia hiperbárica**. São Paulo: Atheneu, 2003.

RODRIGUEZ NETO, E. **Saúde**: promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SAMPAIO, José Adércio de Souza. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Marisa Santos. **O princípio da seletividade das prestações de seguridade social**. São Paulo: LTR, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Reexame Necessário REEX 00029968820128260506/SP**. Disponível em: <<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ->

SP_REEX_00029968820128260506_55962.pdf?Signature=5yTjGhJ6umfOqtsOd0%2BoP1ncTWw%3D&Expires=1451437422&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACA XC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f5f5ac1eafb8b33ba41a02f3b34533ab>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Tribunal de justiça. **Súmula 65**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Decanato/Noticias/Noticia.aspx?id=10334>>. Acesso em: 18 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos fundamentais e justiça**. Porto Alegre, n. 1. out./dez. 2007.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel (Org.). **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos jurídicos. In:

_____. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. d. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo, essência e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA HIPERBÁRICA. **Clínicas**. Disponível em: <<http://www.sbmh.com.br/2015/clinicas.html>> Acesso em: 8 out. 2015.

TEMPORAL, W. F. Aspectos econômicos da oxigênoterapia hiperbárica (OHB). **Revista de Medicina A B**. Rio de Janeiro, n. 52, p. 1-2, jan./dez. 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, p. 70, jul./set. 1989.

TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNICEF. **Cuidados primários da saúde**: 30 anos desde Alma-Ata. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/sowc9pt/cap2-dest2.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

VENTURA, Deisy. **Direito e saúde global**: o caso da pandemia de gripe A (H1N1). São Paulo: Dobra Editorial, 2013.

ANEXO A

RESOLUÇÃO CFM nº 1.457/95

O Conselho Federal de Medicina, no uso da atribuição que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que o Conselho Federal de Medicina, em conjunto com os Conselhos Regionais de Medicina, constitui o órgão supervisor e fiscalizador do desempenho profissional dos médicos em todo o país;

CONSIDERANDO o surgimento de novas técnicas e procedimentos de pesquisa em medicina, cuja aplicação implica na fiel observância dos preceitos contidos no Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO a necessidade de se estabelecer uma correta definição sobre as características e fundamentos da Medicina Hiperbárica;

CONSIDERANDO a oxigenoterapia hiperbárica (OHB) como procedimento terapêutico consagrado nos meios científicos e incorporado ao acervo de recursos médicos, de uso corrente em todo o País;

CONSIDERANDO o decidido na Reunião Plenária de 15 de setembro de 1995,

RESOLVE:

Adotar as seguintes técnicas para o emprego da OHB.

I - DISPOSIÇÕES GERAIS

1.1 - A oxigenoterapia hiperbárica (OHB) consiste na inalação de oxigênio puro, estando o indivíduo submetido a uma pressão maior do que a atmosférica, no interior de uma câmara hiperbárica;

1.2 - As câmaras hiperbáricas são equipamentos resistentes a pressão e podem ser de dois tipos - multipaciente (de maior porte, pressurizada com ar comprimido e com capacidade para várias pessoas simultaneamente) e o monopaciente (que permite apenas a acomodação do próprio paciente, pressurizada, em geral, diretamente com O₂);

1.3 - Não se caracteriza como oxigenoterapia hiperbárica (OHB) a inalação de 100% de O₂ em respiração espontânea ou através de respiradores mecânicos em pressão ambiente, ou a exposição de membros ao oxigênio por meio de bolsas ou tendas, mesmo que pressurizadas, estando a pessoa em pressão ambiente.

II - INDICAÇÃO

2 - A indicação da oxigenoterapia hiperbárica é de exclusiva competência médica.

III - APLICAÇÃO

3 - A aplicação da oxigenoterapia hiperbárica deve ser realizada pelo médico ou sob sua supervisão;

4 - As aplicações clínicas atualmente reconhecidas da oxigenoterapia hiperbárica são as seguintes:

4.1 - Embolias gasosas;

4.2 - Doença descompressiva;

4.3 - Embolias traumáticas pelo ar;

4.4 - Envenenamento por monóxido de carbono ou inalação de fumaça;

4.5 - Envenenamento por cianeto ou derivados cianídricos;

4.6 - Gangrena gasosa;

4.7 - Síndrome de Fournier;

4.8 - Outras infecções necrotizantes de tecidos moles: celulites, fasciites e miosites;

4.9 - Isquemias agudas traumáticas: lesão por esmagamento, síndrome compartimental, reimplantação de extremidades amputadas e outras;

4.10 - Vasculites agudas de etiologia alérgica, medicamentosa ou por toxinas biológicas (aracnídeos, ofídios e insetos);

4.11 - Queimaduras térmicas e elétricas;

4.12 - Lesões refratárias: úlceras de pele, lesões pé-diabético, escaras de decúbito, úlcera por vasculites auto-imunes, deiscências de suturas;

4.13 - Lesões por radiação: radiodermite, osteorradionecrose e lesões actínicas de mucosas;

4.14 - Retalhos ou enxertos comprometidos ou de risco;

4.15 - Osteomielites;

4.16 - Anemia aguda, nos casos de impossibilidade de transfusão sanguínea.

IV - TRATAMENTO

5 - O tratamento deve ser efetuado em sessões, cuja duração, nível de pressão, número total e intervalos de aplicação são variáveis, de acordo com as patologias e os protocolos utilizados.

Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 15 de setembro de 1995.

WALDIR PAIVA MESQUITA

Presidente

ANTÔNIO HENRIQUE PEDROSA NETO

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U. de 19.10.95 - Seção I - Página 16585.

Publicada no D.O.U. de 30.11.95 - Seção I - Página 19829. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1995/1457_1995.htm

ANEXO B



Câmara Hiperbárica



Antes e depois do tratamento com a oxigenoterapia hiperbárica

ANEXO C