

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO – UNAERP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA

VÍTOR COMÁSSIO DE PAULA LIMA

DIREITO À SAÚDE: REDE DE ATENÇÃO ÀS URGÊNCIAS E O MECANISMO
“VAGA ZERO”

RIBEIRÃO PRETO/SP
DEZEMBRO/2023

VÍTOR COMÁSSIO DE PAULA LIMA

**DIREITO À SAÚDE: REDE DE ATENÇÃO ÀS URGÊNCIAS E O MECANISMO
“VAGA ZERO”**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Campus Ribeirão Preto/SP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direitos Coletivos e Cidadania e linha de pesquisa Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania Direitos Coletivos, sob a orientação do Professor Doutor Sebastião Sérgio da Silveira.

RIBEIRÃO PRETO/SP

DEZEMBRO/2023

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

LIMA, Vítor Comássio de Paula,
XXXX DIREITO À SAÚDE: REDE DE ATENÇÃO ÀS URGÊNCIAS
E O MECANISMO “VAGA ZERO”/ Vítor Comássio de Paula Lima.

- Ribeirão Preto, 2023.
fls. 155

Orientador: Dr. Sebastião Sérgio da Silveira.

Dissertação de Mestrado - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2023.

Direito à Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Políticas
Públicas. “Vaga-Zero”.

CDD 340

VÍTOR COMÁSSIO DE PAULA LIMA

**DIREITO À SAÚDE: REDE DE ATENÇÃO ÀS URGÊNCIAS E O MECANISMO
“VAGA ZERO”**


Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania


Data da defesa: 05 de dezembro de 2023

Resultado: Aprovado


BANCA EXAMINADORA

Documento assinado digitalmente
 **SEBASTIAO SERGIO DA SILVEIRA**
Data: 21/03/2024 12:10:08-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
Presidente/Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Documento assinado digitalmente
 **GREGORIO ASSAGRA DE ALMEIDA**
Data: 10/12/2023 15:37:01-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Documento assinado digitalmente
 **MARCELO JOSE DE GUIMARAES E MORAES**
Data: 20/03/2024 23:55:45-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Marcelo José de Guimarães e Moraes
Universidade Federal do Amapá - UNIFAP

RIBEIRÃO PRETO
2023

Dedico este trabalho à Cacilda, Marcelo, Sofia e Gabriela, respectivamente, mãe, pai, irmã e namorada, que sempre acreditaram em mim, me apoiaram e me incentivaram.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado a vida e me conduzido até essa maravilhosa realização pessoal e profissional.

À Cacilda, minha mãe, agradeço por ajudar com sugestões pertinentes e pelo apoio incondicional.

Ao Marcelo, meu pai, agradeço por sempre incentivar meus projetos pessoais e profissionais, tendo inclusive sugerido o tema abordado na presente pesquisa.

À Sofia, minha irmã, agradeço por ter sido meu amparo em momentos estressantes, bem como por ter sido minha parceira nas ocasiões em que tive que me deslocar até Ribeirão Preto/SP.

À Gabriela, minha namorada, por ter me apoiado desde o início desta jornada, bem como por ter sido meu porto seguro em diversos momentos e por ter entendido minhas ausências enquanto eu me dedicava à realização deste trabalho.

Ao Dr. Danilo Henrique Nunes, agradeço por sua amizade, bem como por todos os momentos de ajuda e sugestões para a confecção da presente dissertação.

Aos professores por todo o ensinamento dado em sala de aula.

Aos colegas mestrandos pelas inúmeras experiências trocadas em sala de aula que, com certeza, enriqueceram meu conhecimento.

Em especial, gostaria de agradecer ao meu orientador, Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, pela ajuda incessante, pela paciência, pela competência e confiança que me possibilitaram chegar à conclusão desta dissertação, muito obrigado!

RESUMO

LIMA, Vítor Comássio de Paula Lima. Direito à Saúde: Rede de Atenção às Urgências e o Mecanismo “Vaga Zero”. Universidade de Ribeirão Preto: Ribeirão Preto, 2023.

O Estado Democrático de Direito consagra a democracia, sendo seu pilar fundamental. Com a Constituição Federal de 1988, verificou-se a consagração de inúmeros direitos aos cidadãos e deveres ao Estado para promover tais direitos, o que consiste em um reflexo das tendências do Estado Democrático de Direito, que no caso brasileiro abarcou algumas facetas do Estado Social. A saúde é um importante direito fundamental social do cidadão, positivado na Constituição Federal nos artigos 6 e 196, sendo um dever do Estado garantir sua efetivação, tendo em vista que está interligado com o princípio-norma da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, ganham destaque as políticas públicas, em especial as promovidas pelo Estado no âmbito nacional, na medida em que o direito à saúde apresenta algumas balizas à sua efetivação. A Política Nacional de Atenção às Urgências em saúde consagrou o mecanismo “vaga zero”, que na prática apresenta algumas peculiaridades em sua utilização, o que gera controvérsias e debates sobre seus aspectos positivos e negativos. A presente pesquisa se propõe a estudar o direito à saúde, enquanto um direito fundamental social, analisando as peculiaridades para sua plena efetivação pelo Estado, por meio das políticas públicas, bem como se presta a debater sobre a utilização do mecanismo “vaga zero” no cenário atual, discutindo sobre sua viabilidade. Partindo do método hipotético-dedutivo, estuda-se como a vaga zero viola ou não as balizas de efetivação do direito à saúde, mostrando-se ou não uma política pública ineficiente.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Políticas Públicas. “Vaga-Zero”.

ABSTRACT

The Democratic Rule of Law enshrines democracy, being its fundamental pillar. With the Federal Constitution of 1988, there was the consecration of numerous rights to citizens and duties to the State to promote such rights, which consists of a reflection of the trends of the Democratic State of Law, which in the Brazilian case encompassed some facets of the Social State. Health is an important fundamental social right of the citizen, enshrined in the Federal Constitution in articles 6 and 196, and it is the State's duty to guarantee its implementation, considering that it is interconnected with the standard principle of human dignity. In this sense, public policies gain prominence, especially those promoted by the State at the national level, as the right to health presents some guidelines for its implementation. The National Emergency Care Policy in health enshrined the “zero vacancy” mechanism, which in practice presents some peculiarities in its use, which generates controversies and debates about its positive and negative aspects. This research proposes to study the right to health, as a fundamental social right, analyzing the peculiarities for its full implementation by the State, through public policies, as well as to debate the use of the “zero vacancy” mechanism in the current scenario, discussing its viability. Using the hypothetical-deductive method, we study how vacancy zero violates or does not violate the guidelines for implementing the right to health, whether or not it proves to be an inefficient public policy.

Keywords: Right to Health. Dignity of human person. Public policy. “Zero Vacancy”.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO ESTADO SOCIAL AO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	16
2.1 CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	19
2.1.1. BREVE PANORAMA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
2.1.2 A DIMENSÃO DO DIREITO À SAÚDE	28
2.2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE.....	30
2.2.1. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL	32
3 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	43
3.1 BALIZAS DO DIREITO À SAÚDE	45
3.1.1 RESERVA DO POSSÍVEL	45
3.1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	50
3.1.3 MÍNIMO EXISTENCIAL	55
3.2 PROBLEMAS DA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	60
3.2.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	63
3.3 PODER JUDICIÁRIO E EFETIVAÇÃO DA SAÚDE DENTRO DAS BALIZAS.....	66
4 POLÍTICAS PÚBLICAS.....	72
4.1 ESTRUTURA E BASE LEGAL DO SUS	73
4.2 O (DES)FINANCIAMENTO DO SUS	81
4.3 COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL NA ÁREA DA SAÚDE	85
4.4 A IMPORTÂNCIA DAS NORMAS OPERACIONAIS E COMISSÕES INTERGESTORES	90
4.5 REDES DE ATENÇÃO À SAÚDE – RAS.....	93
4.5.1 RUE.....	98
5 VAGA ZERO	104
5.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	105
5.2 CONTROVÉRSIAS DA UTILIZAÇÃO.....	111
5.3 VAGA ZERO E AS BALIZAS DE EFETIVAÇÃO DA SAÚDE	116
5.3.1 VAGA ZERO x RESERVA DO POSSÍVEL	116
5.3.2 VAGA ZERO x DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL	118
5.4 JUDICIALIZAÇÃO E VAGA ZERO	122
5.5 VAGA ZERO E OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	124
5.6 ALTERNATIVAS À VAGA ZERO.....	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
REFERÊNCIAS	141

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante denominada CRFB/88, a qual consiste no resultado de um verdadeiro poder constituinte originário, diversos direitos fundamentais sociais foram positivados, dentre eles o direito à saúde, cujo dispositivo matriz veio a ser entendido e interpretado como norma de eficácia plena pelo Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto de positivação do direito à saúde, emerge a necessidade do Estado de efetivar o direito à saúde por meio da implementação de políticas públicas, sob pena do cidadão exercer o direito de ação e exigir determinada prestação na via judicial, tendo em vista que se trata de um direito público subjetivo de todos os brasileiros.

Enquanto um direito fundamental social, o direito à saúde deve ser efetivado por meio das políticas públicas que visem atender aos preceitos constitucionais, tendo em vista que a Constituição constitui um parâmetro de implementação das mencionadas políticas. Sendo assim, na forma do artigo 196 da CRFB/88, a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo este promover as ações necessárias à efetivação deste direito, dispendendo recursos necessários para tanto. Nessa perspectiva, diante da universalidade conferida à saúde, verifica-se no cenário atual uma complexidade estatal na sua efetivação a todos os cidadãos.

A saúde é um direito amplo e complexo que precisa observar determinados requisitos, ou balizas, para sua implementação, como o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, o que deve ser garantido do momento em que o paciente tem acesso aos serviços de saúde até o término de seu atendimento. Nessa perspectiva, entende-se que a efetivação do direito à saúde não se limita ao seu reconhecimento como direito fundamental social, posto que perpassa pela efetiva atuação positiva do Poder Público, na condução e implementação das políticas públicas.

Neste cenário de implementação de políticas públicas de saúde é que surge o Sistema Único de Saúde, doravante denominado SUS, como um sistema integrado que consiste, na forma do artigo 4º da Lei 8.080/1990, no 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.¹ O SUS é a principal política pública de

¹ 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).

saúde brasileira, na medida em que se destina a todo e qualquer brasileiro, ante seu caráter universal, igualitário e gratuito.

Para que se preste à efetivação da saúde, o SUS, de forma descentralizada por todo o território nacional, está estruturado em redes de atenção à saúde, as quais se lista: Rede Cegonha, Rede de Cuidado à Pessoa com Deficiência, Rede de Atenção Psicossocial, Rede de Urgência e Emergência, Rede de Atenção às Pessoas com Doenças Crônicas. As redes de atenção objetivam ampliar o acesso a serviços de saúde de maior qualidade e resolutividade, além de otimizar recursos, racionalizar gastos e reduzir as desigualdades.

Ocorre que, em que pese a ideia descentralizadora, é notório que o SUS opera com praticamente 100% de sua totalidade, ante a característica universal conferida à saúde, o que é evidenciado na rede de urgência e emergência, doravante denominada RUE. Isto decorre principalmente pelo fato do SUS ter que abranger inúmeras situações, das mais complexas até as mais simples.

Dentro do contexto de implementação do direito à saúde no âmbito da RUE, o mecanismo de regulação de pacientes “vaga zero” surgiu pela primeira vez em cenário nacional com a Portaria n.º 2.048, de 5 de novembro de 2002 do Ministério da Saúde, a qual aprovou, na forma do Anexo da mencionada Portaria, o Regulamento Técnico dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência. O mecanismo da “vaga zero” se encontra previsto no Capítulo II, “Regulação Médica Das Urgências E Emergências”.

O mecanismo consiste em um recurso que permite a internação dos pacientes em estado crítico em hospitais de referência em atendimentos de alta complexidade ainda que este esteja totalmente lotado, sem qualquer capacidade de atendimento de mais pacientes. Portanto, percebe-se que a “vaga zero” consiste em uma vaga hospitalar fictícia, na medida em que o mecanismo só é utilizado quando o hospital de referência se encontra sem leitos.

A mencionada portaria do Ministério da Saúde atribuiu ao médico regulador do Sistema de Urgência e Emergência o grau de autoridade regulatória e determina que este não deve acatar a mera inexistência de vagas nos hospitais de referência, procedendo a utilização da “vaga zero” conforme a necessidade. Nesse contexto, percebe-se que se trata de medida drástica, mas que até hoje é válida, bem como amplamente utilizada pelos médicos reguladores, uma vez que estes têm a prerrogativa de utilização do mecanismo, quando houver necessidade de encaminhamento dos pacientes.

Nessa perspectiva, o tema da presente dissertação consiste em analisar a política pública de saúde de urgência e emergência, bem como estudar o mecanismo da vaga zero e sua utilização, como forma de concreção do direito à saúde. Assim, o objetivo geral é analisar o

direito fundamental social à saúde no contexto da teoria geral dos direitos fundamentais, investigando e estabelecendo suas balizas de efetivação.

Dentre os objetivos específicos, pretende-se: a) conceituar juridicamente o mecanismo vaga zero; b) analisar o contexto de utilização do mecanismo; c) problematizar sobre a utilização reiterada do mecanismo da “vaga zero”, posto que a efetivação da saúde por este mecanismo regulatório gera um debate que pode apresentar elementos polêmicos e que evidencia aspectos positivos da utilização do mecanismo, como também negativos, tendo em vista reflexos na sociedade; d) detectar se a vaga zero respeita as balizas de efetivação do direito à saúde.

Nesse sentido, no que toca à abordagem, utiliza-se o método qualitativo, de cunho exploratório, a partir de uma seleção de dados que tragam bases sólidas para a pesquisa, pelo que se busca através das leituras a compreensão dos fatos e fenômenos jurídicos que permeiam toda a discussão em torno da efetivação do direito à saúde. No mais, adotando o método hipotético-dedutivo, analisando as informações coletadas, será feito um estudo da evolução do Estado Social de Direito, do direito à saúde, até alcançar a análise das políticas públicas, bem como do mecanismo da “vaga zero”, para que, ao final, seja possível responder se a vaga zero se apresenta como um meio efetivo e válido de concreção do direito fundamental social à saúde, analisando se há a correta observação das balizas deste importante direito, sob o fundamento de possível violação da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde é um importante direito fundamental social, garantido pela CRFB/88, devendo ser efetivado pelo Estado por meio de políticas públicas, em estrita observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como ao mínimo existencial e à reserva do possível. Nessa perspectiva, verifica-se que a criação das redes de atenção à saúde, como a RUE, bem como a própria criação do mecanismo vaga zero consistem em políticas públicas, que decorrem do SUS, visando a efetivação da saúde.

O tema proposto se mostra relevante, bem como se justifica na medida em que se discute sobre a viabilidade deste mecanismo a ser utilizado pelos médicos reguladores, sob a ótica de efetivação do direito à saúde, analisando se as balizas de concreção deste direito são observadas, em especial a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e a reserva do possível. Ou seja, questiona-se a efetividade dada à saúde pela utilização do mecanismo “vaga zero”.

Nesse sentido, o estudo acerca da concreção do direito fundamental social à saúde se justifica diante da relevância do assunto no meio jurídico e social, bem como diante da capacidade do mecanismo da “vaga zero” causar controvérsias quando de sua utilização,

despertando opiniões contra e a favor dos médicos que trabalham nas urgências e emergências, o que torna evidente a necessidade de um estudo teórico aprofundado do tema.

Por conseguinte, trata-se de tema atual, que permite a ampla discussão, capaz de causar controvérsias, mas que enriquece o debate jurídico, pelo que merece certo destaque, haja vista que a efetivação do direito fundamental social à saúde é um tema recorrente, principalmente no que toca à concreção da cidadania.

Busca-se no presente estudo, compreender a extensão e balizas do direito à saúde, bem como sua efetivação por meio das políticas públicas dentro do âmbito do Sistema Único de Saúde, analisando o funcionamento das Redes de Atenção às Urgências e Emergências no que tange ao encaminhamento de pacientes, com o fito de entender se o mencionado mecanismo de regulação de pacientes respeita as balizas deste importante direito fundamental, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange aos aspectos positivos relacionados à “vaga zero”, compreende-se este mecanismo de regulação de pacientes como uma forma de concreção do direito à saúde, uma vez que proporciona o atendimento imediato em hospital de referência ao paciente que se encontra em estado grave. Pode-se ainda defender a ideia de que a utilização do mecanismo pelo médico regulador se pauta em critérios médicos, em que se analisa a real viabilidade de sua utilização. Por outro lado, pode-se levantar alguns aspectos negativos como o argumento de que a utilização do mecanismo foi banalizada, bem como que não há um atendimento adequado à gravidade apresentada pelo enfermo, na medida em que o hospital recebe o paciente com todos os leitos lotados, o que deixa o paciente em “modo de espera”.

Nesse sentido, pode-se exaltar o fato de o Estado ter criado o mecanismo “vaga zero” como uma forma de proteger o cidadão da recusa indevida de atendimento por parte do hospital de referência, garantindo assim o acesso imediato aos serviços médicos, porém, ao mesmo tempo, pode-se criticar a utilização deste mecanismo na medida em que o atendimento ao paciente em estado grave demanda uma série de cuidados especiais, o que é inviável quando um hospital está lotado.

A problematização do tema consiste em analisar se a vaga zero consiste em uma política pública de concreção do direito à saúde e, portanto, a concreção da cidadania, na medida em que viabiliza o atendimento do paciente, ou se sua utilização consiste em violação aos direitos dos pacientes usuários do sistema único de saúde, bem como violação à cidadania, uma vez que esse atendimento pode não se mostrar adequado. Deste modo, visa-se esclarecer se a “vaga zero” se presta à efetivação da saúde ou se fere as balizas de efetivação deste direito, pelo que se optou pela realização de pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório, desenvolvida por

método hipotético-dedutivo e análise crítica de textos legislativos e obras sobre o tema para atingir o mencionado objetivo.

No segundo capítulo se aborda o Estado Democrático de Direito, analisando-se como se deu a transição do Estado de Direito para o Democrático de Direito sob a influência do neoconstitucionalismo, além de ser traçado um panorama sobre os direitos fundamentais e suas dimensões, sua positivação no plano internacional, bem como qual o enquadramento dado ao direito à saúde, conjecturando no âmbito jurídico internacional a sua importância e suas características.

No terceiro capítulo se analisa o direito à saúde no âmbito jurídico nacional, com ênfase na análise das suas balizas de efetivação, o que perpassa por um breve estudo da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível. Investiga-se também alguns dos entraves para a efetivação da saúde no Brasil e quais os reflexos da judicialização e do ativismo judicial sobre o direito à saúde, além de questionar a observância das balizas do direito à saúde pelo Poder Judiciário.

No quarto capítulo será estudada a política pública, em especial a política pública de saúde com ênfase no SUS, enquanto a principal política sanitária existente no Brasil. Nesse sentido, estuda-se toda a estrutura constitucional do SUS e das redes de atenção à saúde, como estas se desenvolvem até o plano infraconstitucional, além de investigar o processo de descentralização, regionalização e municipalização da saúde. Problematisa-se ainda a efetivação das redes de atenção à saúde, em especial a rede de urgência e emergência (RUE), que será analisada de forma mais específica.

No quinto capítulo se investiga e problematiza o mecanismo “vaga zero”, enquanto um instrumento de regulação de pacientes. Inicialmente se estuda sua conceituação e positivação para, ao final, analisar se este instrumento viabiliza a efetivação da saúde do cidadão brasileiro, confrontando-o com as balizas de efetivação da saúde, quais sejam: dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e reserva do possível.

Ao final da presente pesquisa, observou-se que a saúde no cenário brasileiro apresentou grandes avanços desde a criação do SUS. A partir da hierarquização e descentralização, evidenciou-se que a ideia é consolidar o SUS em sua máxima efetividade para toda a população, visando a universalidade do atendimento. Inclusive, a criação de redes de atenção à saúde é um exemplo claro de que a saúde deve ser garantida em todos os níveis de atenção, prezando-se pela máxima efetividade deste direito. Ocorre que, como restou evidenciado, as redes não são tão efetivas, de modo que não raras vezes os casos acabam desaguando na RUE, a qual praticamente opera em quadros de superlotação.

Nesse cenário, a utilização da vaga zero, enquanto um mecanismo de regulação de pacientes no âmbito da PNAU (política nacional de atenção às urgências) acaba por evidenciar a gravidade da situação do SUS, o qual ainda não está totalmente consolidado, conforme o propósito para o qual foi criado. Destaque-se ainda que a utilização da vaga zero, como se verá, não se presta a efetivação da saúde, posto que não atende às balizas deste direito, quais sejam, reserva do possível, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.

2 DO ESTADO SOCIAL AO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é o modelo de Estado adotado no Brasil após o decurso de um período ditatorial e antidemocrático que perdurou entre os anos de 1964 e 1985. A Constituição da República Federativa do Brasil adota o Estado Democrático de Direito já no caput do artigo 1º (BRASIL, 1988). Para fins de estudo deste último, faz-se necessário o diferenciar dos já consolidados Estado Liberal, Estado Social e Estado de Direito.

O Estado Liberal apresenta como fundamentos ideológicos o individualismo, o liberalismo e a democracia, sendo que, para o individualismo, o Estado consiste no resultado da associação de vários indivíduos e das relações que estabelecem entre si (RANIERI, 2013, p. 45-46). Nessa perspectiva, pode-se considerar que o Estado Liberal abarca a isonomia e as liberdades negativas, além de estar comprometido em limitar o poder político, seja internamente, com a separação dos Poderes, seja externamente, com a redução de suas funções junto à sociedade.

Por sua vez, o Estado Social possui algumas características do Estado Liberal, na medida em que está presente o império da lei, a divisão de Poderes e a previsão constitucional de direitos individuais, distinguindo-se na medida em que há, segundo Ranieri:

- a) substituição da posição absenteísta do Estado liberal por uma posição ativa, necessária à efetivação dos novos direitos de crédito reconhecidos aos indivíduos e traduzidos como poder de exigibilidade em face do Estado (saúde, proteção social, vida familiar normal, instrução e cultura, solidariedade nacional etc.);
- b) adição, à função liberal de aplicação vinculada da lei como norma geral e abstrata, por meio de autorizações, proibições, habilitações etc., da função de gestão direta de serviços públicos (RANIERI, 2013, p. 49).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Estado Social surge como um novo modelo político, comprometido a promover e alcançar maior igualdade material para os cidadãos, bem como que visa garantir condições básicas para uma vida minimamente digna. Vale dizer ainda que este Estado surge como uma espécie de reação à visão liberal, o que culminou, graças à omissão estatal, no aumento das desigualdades sociais, que foram combatidas pelos movimentos revolucionários de base proletária. Segundo Carlos Jorge Martins Simões:

O Estado Social assim se delimita ao âmbito dos direitos sociais clássicos, definindo-se, por isso, como um Estado trabalhista, mesmo quando institui programas sociais, sempre restritos, no entanto, direta ou indiretamente, aos conflitos entre o capital e o trabalho, porque, com relação aos universais referidos à população excluída do mercado de trabalho, sua iniciativa é meramente assistencialista-caritativa (SIMÕES, 2012, p. 229).

Nessa perspectiva, o Estado Social inaugurou um modelo estatal que delimitava e visava garantir a efetivação de direitos sociais mínimos, como saúde e educação. Simões destaca que a Constituição de Weimar 1919 e a Constituição mexicana de 1917 são exemplos clássicos de Constituições influenciadas pelo movimento constitucionalista que consolidou o Estado Social (SIMÕES, 2012, p. 78). Nesse sentido, leciona Nina Ranieri:

A Constituição de Weimar de 1919 – com sua concepção democrática, de orientação social, expressa na organização do Estado e no rol de direitos sociais (educação, saúde, trabalho, previdência social etc.) – é exemplo marcante das novas Constituições sociais, assim como a Constituição mexicana de 1917 também o é em relação a direitos trabalhistas e previdenciários. A Constituição de Weimar introduziu a substituição da posição absenteísta do Estado em relação à sociedade e aos direitos individuais por uma posição ativa, necessária para a efetivação dos novos direitos (RANIERI, 2013, p. 50).

Nessa perspectiva, verifica-se que a CRFB/88 apresenta facetas do Estado Social, na medida em que houve a positivação de diversos direitos sociais no corpo da Carta Magna. Por sua vez, o Estado de Direito, na forma definida por Carl Schmitt, define-se como "todo Estado que respeita sem condições o direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existam." (SCHMITT, 1983, p. 57), o que afasta qualquer irregularidade de origem ou finalidade, ou mesmo de participação da sociedade, o que é essencial para o Estado Democrático de Direito. Miguel Reale (2005, p. 2) ao distinguir o Estado de Direito do Democrático de Direito coloca a legitimidade do Estado desde que constituído conforme o que preceitua o Direito, atua conforme o direito e tem sua origem e finalidade no Direito, excluindo uma ideia autoritária de imposição estatal.

Para fins de conceituação do Estado de Direito, faz-se necessário considerar que a lei visa regular relações sociais. Nessa perspectiva, Ronald Dworkin defende que existem duas ideias de Estado de Direito, uma centrada no texto legal e outra nos direitos. O Estado de Direito centrado no texto legal consiste na ideia de que "O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto de normas." (DWORKIN, 2001, p. 6). Já com relação à ideia centrada nos direitos, Dworkin expõe:

"O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a

concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e o aplique” (DWORKIN, 2001, p. 6-7).

Dworkin apresenta ambas as concepções sobre o Estado de Direito, porém não há como se limitar apenas ao primeiro conceito apresentado pelo autor. Nesse sentido, o segundo conceito apresentado pelo mencionado autor se apresenta como a concepção clássica. Dworkin ainda ressalta que: “embora o modelo centrado nos direitos admita que o texto jurídico é, dessa maneira, uma fonte dos direitos morais no tribunal, ele nega que o texto jurídico seja a fonte exclusiva de tais direitos” (DWORKIN, 2001, p. 15).

O Estado de Direito, segundo Nina Ranieri, numa concepção ampla se define como um tipo de Estado “que adota uma forma de organização estatal, de natureza política e jurídica, na qual o poder do Estado se encontra limitado pelo direito, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais” (RANIERI, 2013, p. 196). Nessa perspectiva, o Estado de Direito é representado na legitimidade do poder do Estado, de modo que este poder estaria diretamente vinculado ao direito, reconhecendo e protegendo os direitos fundamentais.

O Estado de Direito tem ligação com os direitos fundamentais, apresentando uma interdependência, de modo que a história desta modalidade de Estado se interliga com o surgimento do Estado Constitucional, cuja essência consiste no reconhecimento e tutela dos direitos e garantias fundamentais, bem como da dignidade da pessoa humana (LUÑO, 1984). Enquanto uma fase anterior ao Estado Democrático, verifica-se que o Estado de Direito não mais subsiste no cenário jurídico atual, na medida em que a ideia de que a lei rege todas as relações sociais, conforme mencionado por Dworkin.

Nesse aspecto, o próprio surgimento de ideias sobre Constituição e direitos fundamentais se apresentam como manifestações dispersas e unidirecionadas, sendo que ambos se compreendem como limites ao Poder Público (STERN, 1988, p. 181). Daí, pressupõe-se que para que uma sociedade seja dotada de direitos fundamentais, faz-se necessário a existência de uma Constituição, sendo que a própria noção de Estado Democrático de Direito perpassa pela concepção de uma carta constitucional que positivasse direitos fundamentais, os quais, segundo Serrano:

É possível afirmar que direitos fundamentais são aqueles previstos em uma determinada ordem constitucional, com o objetivo de proteger a dignidade da vida humana em todas as suas dimensões. No Brasil, os direitos fundamentais encontram-se discriminados pela Constituição Federal de 1988, observando-se que tal enumeração não é exaustiva, uma vez que outros podem logicamente decorrer do sistema jurídico constitucional, bem como de tratados internacionais em que a

República Federativa do Brasil seja parte, conforme prescreve o artigo 5.º, § 2.º, da C.F. (SERRANO, 2009, p.09).

Inclusive, nessa mesma linha, Miguel Reale destaca alguns dos elementos positivados no texto constitucional e adotados pelo Estado Democrático de Direito que o diferem do Estado de Direito, quais sejam: proclamação da soberania nacional, dignidade da pessoa humana, cidadania, pluralismo político, dentre outros esparsos pela CRFB/88 (REALE, 2005, p. 3-4). Vale destacar ainda que o parágrafo único do artigo 1º da CRFB/88 dispõe que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Nina Ranieri leciona:

O Estado democrático, como tipo específico de Estado moderno, caracteriza-se por associar a supremacia da vontade popular, à garantia da liberdade e à igualdade de direitos. A regulação jurídica do poder e do governo é feita pela Constituição, com o objetivo de promover, realizar e proteger esses valores. Constitucionalismo e democracia são princípios complementares, um garantindo o outro: não há democracia sem Constituição, não há Constituição sem democracia. (RANIERI, 2013, p. 304).

Por conseguinte, diante da criação e consolidação do Estado Democrático de Direito, o qual, conforme se denota do exposto, está fundado na positivação dos direitos fundamentais sociais. Nesse aspecto, pode-se afirmar que a luta pela positivação e reconhecimento dos direitos fundamentais está diretamente ligada com a consolidação dos Estados democráticos, pelo que se faz necessário analisar sua relação com o constitucionalismo e com os direitos e garantias fundamentais.

2.1 CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Emerson Affonso da Costa Moura, Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy destacam que, na esfera do direito positivo, num momento inicial, os direitos fundamentais estavam previstos e protegidos em favor da burguesia, garantindo a liberdade, a igualdade e a propriedade, sendo que a Magna Carta de 1215 é apontada como um dos primeiros documentos a normatizar a questão. Já no século XVIII, com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776 e a Declaração Francesa, de 1789, verifica-se uma consagração dos direitos fundamentais constitucionais, ultrapassando a ideia de proteção exclusiva da burguesia (MOURA; ORDACGY, 2014).

A afirmação histórica dos direitos humanos no interior dos diferentes Estados foi concomitante à instauração dos regimes representativos, em substituição ao totalitarismo

(BOBBIO, 2004, p. 40), sendo também responsável pela alteração no rol desses direitos, já que direitos antes tidos como absolutos passaram a sofrer flexibilizações com as contemporâneas declarações de direitos. “Direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação” (BOBBIO, 2004, p. 40)

Aduzem Moura e Ordacgy que os direitos fundamentais não eram de todos os cidadãos, excluídos os escravos. Nesse sentido, a mencionada Declarações de Direitos se dirigia aos burgueses, o que muda de panorama a partir do século XIX, momento em que surgiram algumas reivindicações que culminaram com os direitos econômicos e sociais, de modo que o século no XX surgem documentos como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar que vão tutelar os direitos sociais (MOURA; ORDACGY, 2014).

Ocorre que após os trágicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, verifica-se uma resposta no plano internacional para proteger os direitos humanos, mediante a internacionalização destes. Este processo de reconstrução dos direitos foi inaugurado formalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual foi adotada pela III Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 217 A, em 10 de dezembro de 1948, o que representou um importante avanço jurídico (TORRONTÉGUY, 2010).

Nesse sentido, historicamente, verifica-se uma preocupação pós-guerra de proteção aos direitos humanos e fundamentais, na medida não mais poderia ser concebido um lugar parara o direito natural, baseado apenas em valores teológicos universais e inquestionáveis. Nessa linha, Konrad Hesse (1983, p. 6) destaca que “(...) a ideia de ordem objetiva de valores suscita mais interrogações do que aquelas que as responde”. Disto decorre a valorização e efetiva positivação dos direitos humanos nos documentos jurídicos internacionais, tomando por base que “um dos principais objetivos dos direitos humanos é promover a vida com dignidade para qualquer indivíduo, sem qualquer tipo de discriminação”² (NYIRENDA, 2014, p. 1). No entanto, vale dizer que existe uma diferença entre direito humano e direito fundamental, sendo que estes possuem atuação e positivação diversas. Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se

² One of the key objectives of human rights law is to provide a life of dignity for every individual, without any kind of discrimination.

aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2007, p. 36).

Por conseguinte, os direitos fundamentais correspondem aos direitos humanos positivados na ordem constitucional interna de um Estado. Silvio Beltramelli Neto leciona que o intuito dos direitos humanos é resguardar juridicamente “o valor maior da dignidade da pessoa humana e dos demais valores que condicionam a sua preservação (liberdade, igualdade, etc.)” (BELTRAMELLI NETO, 2014, p. 42). Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2015, p. 151) conceituam direitos fundamentais como: “uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões [...] prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade [...], nas suas necessidades [...] e na sua preservação”

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com forte influência na corrente neoconstitucionalista, adotou de forma expressa no artigo 1º o Estado Democrático de Direito, positivando diversos direitos, verificando-se, neste cenário, uma transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, em que se preocupa com o atendimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (GRINOVER, 2010).

Percebe-se que no Brasil, após os eventos da ditadura militar (1964-1985), houve uma mudança de paradigmas. O constituinte originário apresentou enorme preocupação em garantir direitos minimamente fundamentais, tendo em vista a vasta positivação no corpo da Constituição. Com efeito, percebe-se que no modelo adotado pelo Estado brasileiro se apresenta como interventivo, ou ativo, concedendo aos seus cidadãos a titularidade de diversos direitos públicos subjetivos coletivos por meio da implementação e execução de políticas públicas. O Estado Democrático de Direito pressupõe justamente a positivação destes direitos humanos, prezando pela sua concretização, proteção e reafirmação.

Ana Paula de Barcelos analisa que o a influência neoconstitucionalista apresenta elementos metodológico-formais e elementos materiais, sendo que os primeiros se caracterizam pela força normativa da Constituição, dando alto grau imperatividade às normas, bem como reconhece a superioridade da Carta Magna, a qual também resta centralizada no ordenamento jurídico, de forma que todos os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir das disposições constitucionais (BARCELOS, 2005). Esse cenário decorre, segundo Ana Paula de Barcellos, por força da influência deste constitucionalismo

contemporâneo, no qual: “a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado” (BARCELLOS, 2005, p. 89).

A transição do Estado de Direito para o Democrático de Direito ocorre quando a corrente neoconstitucionalista reconhece a força normativa da Constituição, bem como sua supremacia valorativa, o que impôs um novo meio de compreender os institutos jurídicos (THIBAU; GAZZOLA, 2014, p. 653). Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito no Brasil nasce diante da grande força normativa dada à CRFB/88, o que deu ao Poder Público a incumbência de agir, um dever-fazer, para concretizar os direitos previstos na carta constitucional.

Para Elias Diaz (1972, p. 13), as características essenciais a todo Estado Democrático de Direito são o império da lei como manifestação da vontade geral, a divisão em três Poderes - executivo, legislativo e judiciário - a legalidade da Administração que atua de acordo com os ditames da lei, além do controle judicial suficiente, bem como os direitos e liberdades fundamentais asseguradas juridicamente e efetiva realização material. Luís Roberto Barroso define a ideia de Estado Democrático de Direito como a síntese do constitucionalismo com a democracia, sendo que o primeiro seria a limitação do poder e supremacia da lei, ao passo que o segundo se traduz na ideia de soberania popular e governo da maioria (BARROSO, 2009).

Nessa perspectiva, verifica-se que, principalmente no cenário brasileiro, o Estado Democrático de Direito surge num ambiente democrático que preza pela concreção da cidadania e dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88. Pode-se afirmar ainda que este dever-fazer imposto ao Poder Público visa justamente alcançar e cumprir com os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da CRFB/88³. Isto porque, conforme se depreende do artigo retromencionado, identifica-se que os direitos fundamentais estão intimamente ligados com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Surge no Estado Democrático de Direito o que ficou conhecido como “doutrina da efetividade” (MELO, 2018). O cerne desta doutrina pressupõe que “(...) os mandamentos constitucionais fossem dotados de eficácia plena, direta e imediata com exequibilidade

³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

garantida a partir de sua própria natureza de norma constitucional” (MELO, 2018, p. 67). Disto, conclui-se que o Estado Democrático de Direito brasileiro se caracteriza pela supremacia das disposições constitucionais, bem como pela preocupação com o atendimento às demandas sociais.

O Estado Democrático de Direito no Brasil foi fruto de um pacto social, instituído após longos anos de regime ditatorial, em que alguns direitos existiam apenas de modo formal. Ao abordar o tema, Barroso esclarece que: “a Constituição, nesse contexto tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce” (BARROSO, 2018, p. 91). Superado o período antidemocrático, a CRFB/88 priorizou por ter entre os seus valores supremos a liberdade, a igualdade e a justiça.

Destaque-se que a Constituição Federal de 1988 adota a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da democracia a ser instalada, na forma do disposto no artigo 1^o da CRFB/88, bem como adotou como objetivo fundamental, em seu artigo 3^o, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988). Sebastião Sérgio da Silveira, a esse respeito, leciona:

Tais compromissos constitucionais estão a exigir a criação de condições que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa, portanto, a viabilidade da vida, que implica, dentre outras coisas, a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva. Por isso, a saúde ganhou tratamento especial na Constituição, com seção própria e ênfase no acesso universal e igualitário às ações e serviços, nem que isso tenha ser feito através da custosa via judicial (SILVEIRA, 2011, p. 207).

Nesse sentido, percebe-se que o constitucionalismo contemporâneo exerceu enorme influência sobre o Estado Democrático de Direito no cenário brasileiro, sendo que os direitos fundamentais necessitam da ação ou omissão estatal para sua concretização, na medida em que emergem as políticas públicas de concreção destes postulados. Desta forma, a construção desta sociedade livre, justa e solidária perpassa pelos conceitos de igualdade material, pois, como bem adverte Norberto Bobbio:

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

a igualdade, como ideal supremo, ou até mesmo último, de uma comunidade ordenada, justa e feliz, e portanto, de um lado, como aspiração perene dos homens conviventes, e, de outro, como tema constante das teorias e ideologias políticas, está habitualmente acoplada ao ideal de liberdade, considerado, também ele, supremo ou último (BOBBIO, 1995, p. 111).

A atuação do Estado perpassa pela efetiva transformação da realidade vivenciada pelo cidadão, em face dos instrumentos normativos postos para a concretização deste fim. Tendo em vista que o pluralismo é uma das bases do Estado Democrático de Direito, o caráter democrático consiste na participação da comunidade na eterna construção e reconstrução dos direitos da cidadania, tornando a sociedade uma das protagonistas das mutações a que está submetida. Nesse cenário, não é de se estranhar que os Direitos Fundamentais estejam em destaque na CRFB/88.

A CRFB/88 possui uma enormidade de normas em seu corpo, o que a caracteriza como uma Constituição analítica, o que é um claro reflexo da resposta que visava se dar aos anseios sociais após o período ditatorial, reconhecendo as diversas conquistas, bem como dificultando a supressão dessas conquistas com alterações posteriores, na medida em que o procedimento de aprovação das emendas constitucionais é mais severo que o das leis ordinárias e complementares. Vale dizer que o artigo 5º§1º da CRFB/88 determina que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata (BRASIL, 1988) o que significa dizer que independem da intervenção legislativa para sua efetivação, devendo o Poder Público efetivar tais direitos.

2.1.1. BREVE PANORAMA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CRFB/88 tratou especificamente em seu Título II, dos direitos e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais surgiram de forma gradativa em conformidade com as exigências do período, razão pela qual a doutrina os classifica em gerações ou dimensões, de acordo com sua interposição nas constituições. Adotar-se-á a terminologia dimensão, ao invés de geração, para evitar o sentido de superação de um direito fundamental pelo outro.

O jurista tcheco-francês Karel Vasak pode ser considerado como pioneiro quando o assunto é a abordagem sobre dimensões dos direitos fundamentais, tendo em vista que classificou três dimensões de direitos fundamentais: a primeira dimensão é a dos direitos civis e políticos (liberdades negativas); a segunda dimensão é a dos direitos sociais; já a terceira dimensão é a dos direitos de solidariedade (VASAK, 1983).

Na mesma linha, Ingo Wolfgang Sarlet destaca a existência de pelo menos três dimensões de direitos fundamentais, de modo que pertencem à primeira dimensão, os direitos civis e políticos (pressupondo uma abstenção estatal); à segunda dimensão os direitos econômicos, sociais e culturais (pressupondo uma atuação estatal); e por fim pertencem à terceira dimensão os direitos de fraternidade e solidariedade. O autor ainda destaca a possibilidade de existência de uma quarta e quinta dimensão (SARLET, 2018).

Historicamente os direitos fundamentais civis e políticos, de primeira dimensão, nascem como uma resposta aos regimes totalitários e seus abusos, exigindo do Estado uma abstenção, pelo que se pode elencar como exemplos o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, dentre outros direitos que para serem usufruídos pelos titulares demandavam uma não interferência do Poder Público. Daniel Sarmento assegura que:

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. (SARMENTO, 2006, p. 19).

Nessa perspectiva, os direitos da primeira dimensão se associam à ideia de abstenção estatal para que se consiga a concretização, pelo que se verifica uma considerável influência da corrente jusnaturalista (SARLET, 2018, p. 47) quando do surgimento destes direitos no cenário jurídico internacional.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão surgem num contexto reivindicatório que emergiu após o “impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam” (SARLET, 2018, p. 47). Nessa perspectiva, os direitos de segunda dimensão correspondem aqueles que demandam uma intervenção estatal para que se alcance sua concretização, pelo que se caracterizam como direitos sociais e econômicos.

Ao contrário dos direitos de primeira dimensão, os de segunda dimensão apresentam uma necessidade do dever estatal, exigindo do Poder Público um posicionamento positivo para que se alcance a eficácia dos direitos. Porém, como aduz Sarlet (2018, p.48), não são apenas os

direitos prestacionais que estão inseridos na segunda dimensão, pelo que também foram abarcados os direitos relativos às “liberdades sociais”, por exemplo a da liberdade de sindicalização e o direito de greve. Nesse cenário, verifica-se o anseio da sociedade por um “dever-fazer” do Poder Público para que os direitos fundamentais dessa segunda dimensão sejam efetivados. Segundo Sarmento:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. (SARMENTO, 2006, p. 19).

Sendo direitos que reivindicam uma prestação estatal, denotando um caráter prestacional pelo Poder Público, pode-se listar como exemplos de direitos de segunda dimensão a saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

Os direitos de terceira dimensão correspondem aos direitos de solidariedade e fraternidade, destinando-se à proteção de grupos humanos, pelo que se denota que a titularidade destes direitos é difusa ou coletiva. Leciona Sarlet (2018, p. 48) que os direitos de terceira dimensão direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros defende que, enquanto direitos de fraternidade ou solidariedade, possuem natureza de implicação universal e transindividual, pelo que necessita de esforço e responsabilidade mundial para a efetivação. (MEDEIROS, 2004, p. 74-75). Por conseguinte, percebe-se que a titularidade dos direitos de terceira dimensão é difusa ou coletiva, tendo em vista que não há um único indivíduo figurando no polo de quem vai gozar o direito.

No que tange aos direitos de quarta e quinta dimensão, verifica-se um debate na doutrina, encabeçada por Paulo Bonavides, o qual defende que a quarta dimensão é fruto da globalização política dos direitos fundamentais, da democracia, da informação e do pluralismo. Segundo o autor:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia (BONAVIDES, 2006, p. 571-572)

Em que pese o supramencionado autor defender a existência dessa quarta dimensão, verifica-se que ainda há uma necessidade de reconhecimento no direito positivado no ordenamento jurídico pátrio e internacional, pelo que não se pode atestar a real existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 51).

Entende-se que as três dimensões iniciais de direitos fundamentais são suficientes para abordar o tema, tendo em vista que abarcam quase todos os direitos existentes, ainda que não se esteja a trabalhar com um rol taxativo. Ainda sobre a classificação dos direitos fundamentais, a qual foi adotada por Robert Alexy, verifica-se que estes poderão ser agrupados, quanto ao objeto, em direitos de defesa e direitos a prestações (ALEXY, 2012).

Os direitos de defesa possuem certa inspiração no Estado Liberal burguês, em que os direitos fundamentais se prestavam a estabelecer um limite dentro do qual o Estado não poderia atuar. Nesse sentido, foram estabelecidos direitos do indivíduo contra as interferências estatais em sua vida privada e sobre os seus bens, o que impende advertir que essa função defensiva dos direitos fundamentais. Segundo Sarlet:

“não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão” (SARLET, 2018, p.175).

Já em relação aos direitos que exigem prestações positivas, Robert Alexy entende que as ações estatais podem ter por objeto uma ação fática “quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial” (ALEXY, 2012, p. 202), ou uma ação normativa, quando há criação de normas jurídicas por parte do Estado. Na lição do autor,

Quando se fala em ‘direitos a prestações’ faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam também ser realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a prestações em sentido estrito. Mas, além dos direitos a prestações fáticas, pode-se também falar em prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a prestações em sentido amplo (ALEXY, 2012, p. 202).

Por conseguinte, verifica-se que o direito de defesa exige uma abstenção estatal, ao passo que os direitos prestacionais exigem do Estado um “dever-fazer” para fins de sua concretização. Analisando tais características, verifica-se que os direitos de primeira dimensão estão relacionados aos direitos de defesa, enquanto os direitos de segunda dimensão se relacionam com os direitos prestacionais.

2.1.2 A DIMENSÃO DO DIREITO À SAÚDE

Como visto, a partir da classificação de Alexy, o direito à saúde pode ser considerado como um direito social de segunda dimensão, emergindo num cenário de exigência de uma atuação estatal para sua concretização, pelo que se caracteriza como um direito prestacional. É válido frisar que, enquanto um direito social, a saúde emerge no contexto do Estado Social, na medida em que irá exigir do Estado uma atuação positiva, no sentido de efetivar prestações materiais que visem à efetivação deste direito. Porém, isto não significa dizer que o direito à saúde não poderia ser enquadrado como um direito de defesa.

Leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 205) que o fato de um direito se enquadrar em uma dessas categorias (direito de defesa ou prestacional) não exclui a existência de uma vertente ligada a outra espécie, pelo que se pode concluir que os direitos fundamentais possuem dúplici função, sendo uma positiva (fática ou normativa) e a outra negativa (relacionada ao dever de abstenção). Portanto, um direito de defesa (negativo) pode possuir uma dimensão positiva correlata, assim como aos direitos prestacionais (positivos) podem possuir uma dimensão negativa.

Nessa linha, o direito à saúde pode ser elencado como um direito de dupla função: direito de defesa e direito prestacional, possuindo uma dimensão positiva e outra negativa. O direito à saúde, assim como os direitos fundamentais de modo geral assume uma dimensão positiva e outra negativa no caso concreto, com reflexos relevantes em termos de eficácia e efetividade. Enquanto um direito de defesa, a saúde assume condição de proteção, na medida em que resguarda o cidadão contra quaisquer violações pelo Poder Público. Enquanto um

direito prestacional, pressupõe-se a realização de políticas públicas para sua implementação. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007). Portanto, no que tange ao aspecto prestacional:

Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém). (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 199-200).

Cumprido salientar ainda que, conforme exposto no tópico sobre dimensões dos direitos fundamentais, a saúde é tida como um direito de segunda dimensão, o que fica evidenciado pela sua positivação no artigo 6º da CRFB/88, dispositivo este que está dentro do Título II da carta constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (BRASIL, 1988). Nesse cenário, pode-se argumentar que a saúde se apresenta como um direito fundamental e social, conforme sua positivação na CRFB/88, o que será desenvolvido nos próximos subtópicos.

Apesar de defenderem essa natureza dúplice do direito à saúde, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 208) entendem que a CRFB/88 não define exatamente até que ponto a saúde há de ser tutelada negativa e positivamente, o que dificulta a atuação do legislador para concretização do direito à saúde. Afinal, pode-se questionar até onde vai a proteção do Estado, o que, não raras vezes perpassa por decisões do Judiciário para auxiliar na resposta, ante a mora e ineficiência do executivo e legislativo.

É válido destacar que a saúde consiste em um dos direitos fundamentais positivados pela CRFB/88, representando um grande avanço na história constitucional deste importante direito. Destaque-se ainda que a saúde, resta ambientada na concepção de direitos humanos. Nesse sentido, enquanto um conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna, sob os aspectos jurídicos, políticos, psíquicos, físico e afetivos dos seres e de seu *habitat*, os direitos fundamentais surgem sempre como condição fundante da vida, impondo ao Estado a árdua tarefa de agirem no sentido de garantir e permitir que todos os indivíduos possam usufruir do direito à saúde em benefício próprio e comum. Tendo por base que os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, um comprometimento comum com a dignidade de todos, devendo o Estado agir de forma a propiciar a efetivação do direito à saúde na esfera positiva e negativa.

Nesse aspecto, defende-se que a natureza do direito à saúde é de direito fundamental social, de dupla dimensão, que exige do Estado uma abstenção e uma prestação, a depender do que demanda o caso concreto, para que se efetive o direito. Ou seja, é um direito de natureza

dúplice que assume uma forma negativa ou positiva a depender da situação. No mais, pode ser considerado um direito de segunda dimensão, na medida em que representa um dos clássicos direitos garantidos na seara do Estado Social.

Portanto, o direito à saúde apresenta complexidade no seu estudo, devendo-se sempre atentar para as peculiaridades do caso concreto, sendo um dos mais importantes direitos fundamentais previstos na CRFB/88.

2.2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE

O surgimento da saúde enquanto um direito remonta à Antiguidade, bem como aos estudos da própria história do homem ou da sociedade. Ana Paula Oriola de Raeffray, em um estudo detalhado sobre a história da saúde humana, analisa os períodos clássicos, a Idade Média, o Renascimento, o Iluminismo, a Revolução Industrial, o Industrialismo, a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, dentre outros eventos que proporcionaram uma modificação na estrutura social, política e econômica da sociedade, em especial no que tange ao direito à saúde. (RAEFFRAY, 2005).

De acordo com a autora, por um longo período, a saúde humana se aproximava da religião, na medida em que a doença era sinal de que os deuses não estariam de acordo com a conduta do indivíduo que doente. Já na era clássica, o homem livre passa a receber valorização de seu bem-estar por ser ele integrante da polis, sendo que por meio de sua saúde conseguia obter a saúde da sociedade.

Na Grécia se desenvolveu um modelo embrionário de saúde pública e de medicina individual curativa, ainda que o homem grego estivesse centrado em sua própria individualidade. Por sua vez, em Roma, as medidas adotadas visando a proteção da saúde humana foram de ordem organizacional, em que se verificavam as estruturas sociais, econômicas e políticas vigentes, pelo que sua contribuição na organização dos serviços médicos veio a ser mantido pelo Estado (RAEFFRAY, 2005, p. 28-32).

Na Idade Média, período tipicamente feudal, a saúde volta a ser vinculada à fé, diante do valor supremo atribuído à religião, bem como o poder do Direito Canônico, cujas cidades serviram de experiência para o desenvolvimento da saúde pública, o que não ocorreu no período renascentista (o que assinalou a transição da Idade Média para a Idade Moderna) e no Iluminismo, período no qual os valores de liberdade relegaram a saúde a um segundo plano. (CARDOSO, 2009, p. 52).

Vale frisar que o direito à saúde, confunde-se com o conceito de saúde pública, ou saúde coletiva, não se limitando a um conceito individual. Inclusive, nessa linha, Sueli Gandolfi Dallari destaca:

A evolução histórica mostra que o atual conceito de saúde pública começa a se delinear no Renascimento, correspondendo praticamente ao desenvolvimento do Estado Moderno. É muito curioso – porque absolutamente desprezado – verificar a aproximação histórica da idéia de saúde daquela de exercício físico (ginástica) e dieta, isso porque a saúde não é originalmente um conceito científico, mas uma idéia comum, ao alcance de todos. Para a antigüidade grega o termo *hygieia* significa “o estado daquele que está bem na vida” e tem um sentido eminentemente positivo. Mesmo com a incorporação do sentido de cura e, portanto, com a formação da medicina, ainda a higiene alimentar e o exercício físico são caracterizados como importantes elementos de cura. Platão alarga um pouco mais a idéia de saúde acrescentando-lhe o campo da alma e a necessidade de que ele mantenha relação adequada com o corpo. Assim, o estado de equilíbrio interno do homem e dele com a organização social e a natureza é sinônimo de saúde para a antigüidade grega. Durante a Idade Média, o saber culto continua a privilegiar o equilíbrio na definição de saúde, tratados de ginástica e dietética são publicados como receitas de saúde para os não-médicos, mas a reação coletiva à epidemia é a imagem mais marcante desse período. Assim aparecem os primeiros contornos da idéia de prevenção, implicando o respeito seja aos signos do zodíaco, seja ao desenrolar das estações, seja ao relacionamento adequado entre o clima e o corpo humano, mas, sobretudo, o afastamento dos contactos impuros – a melhor forma de prevenção (BRASIL, 2003, p. 39).

Quanto ao período da Revolução Industrial, onde a força de trabalho ganha especial proteção para movimentar a indústria de forma eficaz, o que se verifica é o cuidado apenas com a saúde do trabalhador e não de toda a sociedade, o que não poderia ser diferente, já que nesse período começou a substituição da mão-de-obra humana pelas máquinas e o objetivo de aumentar a produção (CARDOSO, 2009, p. 52).

Magno Cardoso (2009, p. 52) ainda leciona que com o industrialismo o seguro social passou a ser fomentado, na medida em que o Estado passou a promover a proteção social de forma mais efetiva, surgindo até mecanismos de proteção ao trabalhador por doenças profissionais e não-profissionais, porém com as grandes guerras mundiais emergiram vários riscos sociais, sendo visível a miséria humana.

Após os trágicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, verifica-se uma resposta no plano internacional para proteger os direitos humanos, mediante a internacionalização destes. Este processo de reconstrução dos direitos foi inaugurado formalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual foi adotada pela III Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 217 A, em 10 de dezembro de 1948, o que representou um importante avanço jurídico (TORRONTÉGUY, 2010).

Inclusive, a criação e instituição da Organização das Nações Unidas é tida como uma tentativa de apagar as consequências geradas pelas guerras mundiais, posto que surgiu para incentivar a criação de órgãos especiais, cujo objetivo central era a promoção e a garantia dos direitos fundamentais do homem (RAEFFRAY, 2005, p. 94).

Ainda no que tange ao plano internacional, destaca-se a importância dada à saúde no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, bem como a Declaração de Viena de 1993, em que se deu grande destaque à proteção da saúde enquanto um direito humano fundamental, bem como foram traçadas formas de cooperação entre os Estados para assegurar este direito aos indivíduos (TORRONTÉGUY, 2010).

Em 22 de julho de 1946 foi constituída a Organização Mundial de Saúde, que tem como princípio base a promoção e a proteção à saúde e dois anos após a criação da OMS foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhecendo que a essência da saúde está no equilíbrio interno do homem, bem como entre esse e o meio ambiente, considerado como o bem-estar físico, mental e social (CARDOSO, 2009, p. 52). Após tais eventos, verifica-se que o direito à saúde se encontra dentre os direitos humanos, apresentando uma conceituação e proteção diferenciada, deixando de ser entendida como uma mera aversão ao conceito de doença (OMS, 1946).

Nesse sentido, percebe-se que, historicamente, a saúde adquiriu reconhecimento internacional ao ser positivada e concebida como um direito humano fundamental, evidenciando sua importância, sendo que deveria ser promovida e efetivada por meio da cooperação internacional entre os Estados.

Conforme destacado no presente tópico, verifica-se que a saúde nem sempre teve a abrangência que possui hoje, de modo que num momento anterior da história a saúde sequer seria garantida pelo poder público. Sendo assim, uma breve análise histórica se faz necessária para comparar e compreender a forma concebida à saúde anteriormente e atualmente. No contexto atual, pode-se afirmar que a saúde é um direito complexo de positivação internacional e nacional, elevado à categoria de direito humano, fundamental e social que possui enorme abrangência, estando incluída na agenda da Organização das Nações Unidas, doravante denominada ONU.

2.2.1. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

O direito à saúde está previsto em diversos dispositivos da CRFB/88, bem como em legislação extravagante. Com a promulgação da carta constitucional a saúde adquiriu maior importância, posto que se tornou direito de todos os cidadãos. Anteriormente à CRFB/88 não havia a posituação constitucional como hoje se conhece, sendo que a saúde não possuía o caráter universal e integral. No direito comparado, a garantia do direito à saúde ao cidadão foi ganhando destaque, principalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Tanto a Constituição de 1824 como a de 1891, a saúde não era tida como um direito fundamental e social do cidadão (BRASIL, 1824; BRASIL, 1891), o que é plenamente compreensível devido ao momento histórico vivido no país, marcado por escassos hospitais e serviços de vigilância sanitária. A Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) foi a pioneira a falar em saúde, sendo uma carta inspirada em reconhecimento de diversos de direitos (CARVALHO FILHO; LEÃO, 2019, p. 25). Na prática, houve pouco tempo hábil para a concretização dos direitos ali previstos, tendo em vista que a carta outorgada de 1937 (BRASIL, 1934) consistiu em grande retrocesso, não somente em relação à saúde, como também em termo de reconhecimento dos direitos sociais.

Por sua vez, a Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) retoma a preocupação com os direitos individuais, porém não apresentou grandes avanços em relação ao direito à saúde. Repise-se que com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, a saúde passou a ser compreendida como direito de todos e que deveria ser assegurada pelo Estado, sendo que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 deu à saúde a força vinculante.

Da década de 1960 até a CRFB/88 houve o período ditatorial e movimentos populares pela democratização da saúde enquanto direito fundamental de todos. Em 1977, foi criado o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), para atendimento exclusivo às pessoas que possuíam carteira de trabalho. Já no ano de 1979 foi implantado o PIASS (Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento), que visa ampliar ações de saúde e saneamento em regiões mais afastadas das metrópoles (CARVALHO FILHO; LEÃO, 2019, p. 25).

No Brasil, a década de 70 e 80 trouxeram novos atores sociais, como trabalhadores, profissionais da saúde, bem como parte da sociedade em geral, os quais buscavam o resgate de valores ligados à cidadania, principalmente na área da saúde, tendo em vista a crescente insatisfação popular com as políticas de saúde à época da ditadura. Os movimentos acabaram por levantar a bandeira da luta pelos direitos civis e sociais, entendimentos como direitos inerentes à democracia. De igual modo, exerceu-se intensa pressão social sobre o governo

Geisel (1974 e 1979), o que culminou com a criação, dentre outros programas, do PIS-PASEP, da política habitacional, da ampliação da cobertura previdenciária. Na área sanitária, pode-se destacar algumas medidas que foram tomadas com o fito de normatizar as ações em saúde, pelo que se pode destacar duas: a ampliação dos serviços de assistência médica através do Programa de Pronta Ação e o Sistema Nacional de Saúde (RIBEIRO, 2014, p. 44). Sobre o Sistema Nacional de Saúde, Ribeiro destaca que:

O SNS, criado com a Lei 6.229/75, se propunha a organizar as ações médicas mantendo, porém, dois subsistemas distintos – o do Ministério da Saúde (ações preventivas) e o do Ministério da Previdência e Assistência Social (ações curativas). É importante salientar que a elaboração da política nacional de saúde enfrentou permanente tensão entre a ampliação dos serviços, a disponibilidade de recursos financeiros, os interesses advindos das conexões burocráticas (entre os setores estatal e empresarial médico) e a emergência do movimento sanitário (RIBEIRO, 2014 p. 45).

Em que pese os louváveis avanços, Ribeiro (2014, p. 45) destaca que ainda permaneciam na saúde alguns problemas como a centralização das decisões financeiras e operacionais no INAMPS, o financiamento que era constituinte primordialmente por contribuições sociais, falta de integração das redes, atendimentos com pouca qualidade e dificuldade no acesso à saúde. Neste contexto, os serviços de saúde se tornaram o foco da crise do modelo de política social vigente entre 1975 e 1982, sendo que as ações desenvolvidas pelo INAMPS permaneciam curativas o que dava instabilidade do esquema de custeio das ações e serviços de saúde. Salienta a autora que nesse cenário de entraves é

que promoveram a continuidade das transformações institucionais, dentro de um processo de abertura política gradual: expansão da cobertura; VII Conferência Nacional de Saúde (1980) e a criação, em 1982, do Conselho Nacional de Segurança Pública. Em 1986, a VIII Conferência Nacional de Saúde ratificou a saúde como direito de cidadania, motivando a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), em 1987, no contexto da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, consolidando então, o Movimento da Reforma Sanitária (RIBEIRO, 2014, p. 45).

De fato, o período imediatamente anterior à promulgação da CRFB/88 foi marcado por diversos movimentos sociais que lutavam por uma consagração do direito à saúde no plano nacional, de modo que pudesse ser vislumbrado um direito a ser efetivado pelo Estado a todos os cidadãos brasileiros. Com a criação do SUS, houve essa mudança paradigmática do tratamento da saúde no Brasil. Inclusive, no ano de 1993, em virtude da Lei n. 8.689, quase três anos após a promulgação da Lei n. 8.080/90, que regulamentou o Sistema Único de Saúde - SUS, o INAMPS foi extinto, sendo suas funções, competências, atividades e atribuições

absorvidas pelas instâncias federal, estadual e municipal do SUS (CARVALHO FILHO; LEÃO, 2019, p. 25).

As Constituições Brasileiras anteriores a 1988 não garantiam o direito à saúde, enquanto um direito social ou fundamental, na medida em que cabia ao Estado cuidar da assistência pública e da prestação de assistência médica e hospitalar ao trabalhador filiado ao regime previdenciário (CARVALHO FILHO; LEÃO, 2019, p. 25). Nesse sentido, percebe-se um enorme avanço no campo da saúde pública, o que claramente ampliou o acesso para todos os cidadãos brasileiros, posto que anteriormente à promulgação da CRFB/88 a saúde não estava positivada e garantida de forma pública, universal e igualitária como na forma atual.

Nesse cenário, diante dessas circunstâncias, emergiu o que ficou conhecido por Movimento da Reforma Sanitária, o qual se fortaleceu ao criticar de forma aberta as opções políticas do Estado, com o fito de reverter a lógica até então existente sobre a assistência à saúde, o que influenciou fortemente a VIII Conferência Nacional da Saúde, o qual se mostrou como o tratamento jurídico constitucional da saúde, enquanto um direito (OSHIRO, 2017).

Como já mencionado, a definição de saúde está determinada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como sendo o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doença ou enfermidade, sendo considerado ainda como princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos.

Ocorre que o referido conceito foi questionado ao longo dos anos por parte da doutrina, por considerarem uma visão ultrapassada e até mesmo inatingível, quase que como uma utopia, posto que estaria definindo um conceito de felicidade e não de saúde propriamente. Segundo Sueli Gandolfi Dallari:

A aceitação da influência decisiva do meio sobre a saúde, porém, não impediu o exercício da crítica da conceituação proposta pela OMS. Especialmente os trabalhadores sanitários a questionaram afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, ela não é operacional (DALLARI, 1988, p. 58).

Nessa perspectiva, o conceito de saúde formulado pela OMS foi criticado por parte da doutrina, ante a falta de observância da conceituação com a realidade de efetivação do direito, sendo inclusive confundido com o conceito de felicidade. No mais, verifica-se um afastamento do rigor técnico que a saúde exige para sua conceituação.

Para Fernando Aith (2007, p. 46), as concepções sobre saúde são elaboradas através da relação direta entre o indivíduo e o social, já tendo sido concebida como ausência de doença ou reserva corporal ou, ainda, como “um fundo de saúde” que permite resistir contra as

agressões feitas pelo corpo social. O autor ainda enfatiza que se pode encontrar concepções da saúde como “equilíbrio”, na medida em que se permite ao indivíduo a possibilidade de responder às exigências da vida social de forma mais eficaz.

Fernando Aith (2007, p. 47) defende que a definição do que seja saúde perpassa por discussões conceituais controversas e que têm como natureza essencial a multidisciplinariedade, pelo se faria necessária a reunião de diversas áreas do conhecimento para se alcançar uma concepção sobre a saúde, a exemplo da antropologia, sociologia, administração pública, medicina, filosofia, direito, dentre outros. Nesse sentido, entende-se que a saúde não pode ser limitada ao conceito formulado pela OMS, primeiro pela impossibilidade de alcançar a efetivação, segundo pela inobservância das complexidades da natureza deste direito.

Celso Barberato e Zaiden Geraide Neto, reconhecendo as dificuldades que permeiam a implementação do direito à saúde na era do neoconstitucionalismo, alegam que os problemas envolvendo a saúde no cenário brasileiro decorrem da polissemia do termo “direito”, tendo em vista os vários significados que possui (BARBERATO; GERAIDE NETO, 2014). Diante disso, a tese do policentrismo apresentada que incide sobre o direito à saúde pode ser confirmada.

Segundo Moacir Scliar (2007), o conceito da OMS impunha um reconhecimento, bem como um projeto que deveria ser levado a efeito pelos países para a consecução da promoção e proteção da saúde como política pública a ser implementada, tendo o contexto do pós-Segunda Guerra Mundial contribuído para este intuito, bem como diante da ascensão do Estado de Bem-Estar Social, a constitucionalização de direitos fundamentais sociais e as lutas anticoloniais em defesa de uma maior autonomia democrática. Nesse sentido, o conceito de saúde estava embutido nessa conjuntura que ora se iniciava, assim, “saúde deveria expressar o direito a uma vida plena, sem privações” (SCLIAR, 2007, p. 37).

Nessa perspectiva, conceituar a saúde como um bem-estar completo leva ao entendimento de que a saúde não passa de uma utopia, pelo que se entende compreensível a crítica da doutrina sobre o conceito elaborado pela OMS. Porém, entende-se que este conceito inicial consiste em um bom ponto de partida, posto que este mesmo conceito veio a ser aprimorado ao longo dos anos por diversos documentos internacionais.

Diante do inédito conceito de saúde universalmente aceito formulado pela OMS em 1946, pode-se citar outras instituições internacionais que, num momento posterior, desenvolveram variações daquele mesmo conceito, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, a Convenção

Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador, de 1988.

Analisando inicialmente a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, constatamos que a saúde está inscrita em seu art. 25.1, nos seguintes termos:

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

Posteriormente, no art. 12.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, há referência à saúde em seu nível mais elevado: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” (PIDESC, 1966).

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, conceituou a saúde como direito à vida e à integridade pessoal, conforme estipulado em seus arts. 4.1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” e 5.1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Por fim, o Protocolo de San Salvador de 1988, parte do pressuposto de que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos” (Protocolo de San Salvador, 1988). Especificamente relacionado ao direito à saúde, o Protocolo de San Salvador elencou os principais pontos a respeito do tema:

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
 - f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (Protocolo de San Salvador, 1988).

Nesse sentido, conforme analisado pelos conceitos trazidos nos documentos internacionais, percebe-se que a saúde foi sendo conceituada de forma menos “utópica”, tendo em vista que os órgãos visavam sempre alcançar um conceito tangível para fins de efetivação do direito à saúde, sem necessariamente abordar a saúde como algo parecido com o conceito de felicidade.

Em solo brasileiro, verifica-se uma positivação constitucional que reconhece a força normativa dos artigos, dando à saúde um espaço de destaque no corpo constitucional, evidenciando um direito humano, fundamental e social, além de observar as alterações conceituais promovidas pelos documentos internacionais acima brevemente destacados. A CRFB/88, em seu Título VIII, tratou da ordem social, com o objetivo de alcançar o bem-estar e justiça sociais, determinando que a seguridade social compreenderia um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, cujo foco principal seria a efetivação e garantia dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência sociais.

A previdência social compreende a possibilidade de o cidadão se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, desde que cumpridos alguns requisitos, sendo-lhe assegurada determinadas proteções em face de infortúnios ou acontecimentos, exigindo-se uma contribuição ao sistema (BRASIL, 1988). Daí decorrem os benefícios previdenciários.

Já a assistência social é prestada independentemente de prévia contribuição financeira por parte de seu beneficiário ao sistema, basta que o indivíduo comprove que efetivamente dependa de ajuda financeira, ante sua hipossuficiência (BRASIL, 1988).

O direito à saúde foi positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 6º, dando a característica de direito social, bem como no artigo 196, no qual se verifica ser um direito de todos os cidadãos e dever do Estado (BRASIL, 1988), além de outros dispositivos. Atualmente, o entendimento doutrinário dominante reafirma do direito à saúde como um direito fundamental social.

Cumprido salientar que, enquanto um dever do Estado, a saúde será implementada por meio de políticas públicas, as quais são, na conceituação de Maria Paula Dallari Bucci: “(...) programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 241). Nesse sentido, as políticas públicas são implementadas pelo Poder Público e visam a concreção dos direitos fundamentais sociais, ou seja, são prestações estatais positivas ou de abstenção.

No que tange ao direito à saúde, verifica-se que os princípios e diretrizes informadores das respectivas políticas públicas se encontram insculpidos nos artigos 194, 196 e 198, da

Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), bem como são desenvolvidos pelo art. 7º da Lei nº 8080/90 (BRASIL, 1990a), regulando prestações de serviços de saúde e a organização do Sistema Único de Saúde (SUS) em todo o território nacional, sob a responsabilidade das três esferas autônomas de Governo: federal, estadual e municipal.

Na forma do disposto na Constituição, bem como nas leis 8.080/1990 e nº 8.142/90, o Poder Público deve assegurar a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde, os quais devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, partindo daí, a concepção de um Sistema Único de Saúde (SUS) organizado de acordo com a diretriz do atendimento integral. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990a; BRASIL, 1990b).

Vale dizer que as políticas públicas de saúde se deparam com os aspectos complexos do direito que visam efetivar, tendo em vista que são várias as peculiaridades a serem observados pelo gestor público quando da implementação da política.

Pode-se afirmar ainda que a Constituição Federal conferiu à saúde o status de direito social de segunda geração (BOBBIO, 2004), ao positivá-la no artigo 6º, na medida em que se faz necessária a atuação positiva do Poder Público. Apresenta-se ainda como um direito metaindividual ou transindividual, posto que a saúde pode ser enquadrada como de terceira geração, principalmente no que diz respeito ao seu aspecto promocional, o que fica evidenciado por ser efetivado por meio de políticas públicas.

Vale frisar ainda que a saúde, conforme previsão na Carta Magna, é garantido por meio do acesso universal e igualitário, na medida em que quis o constituinte priorizar a observância do princípio da igualdade, o qual consiste em dar o mesmo tratamento às pessoas que se encontram em situações análogas, nele compreendido os exames diagnósticos, acomodações, dentre outros. Ao prever o acesso universal, permite-se a conclusão de que o constituinte quis alcançar todos os cidadãos brasileiros num único sistema, não garantindo a absorção por esse sistema somente àqueles que fossem economicamente hipossuficientes, fazendo valer os princípios e objetivos constitucionais previstos nos artigos 1º e 3º da Constituição (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, ao prever o acesso universal ao sistema público de saúde, o constituinte originário visa assegurar um direito público subjetivo aos cidadãos em geral, no qual há incontestável responsabilização do Estado em prestar serviços de saúde, dispendendo os recursos públicos necessários para a concreção, uma vez que:

sempre que em uma Constituição estiver assinalada a expressão ‘Todos tem direito de’ é porque o direito ali protegido é direito público subjetivo. No caso brasileiro, há apenas uma inversão na construção da sentença, já que o artigo 196 da CF/88 fala que

a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Assim sendo, a saúde, também por este motivo, é direito público subjetivo (SCHWARTZ, 2001, p. 7).

Em se tratando de um direito público subjetivo, cabe ao Poder Público concretizar a saúde por meio de implementação das políticas públicas. Porém, ante a omissão do Estado ou ineficiência das políticas públicas, emerge a possibilidade de pleitear a saúde na via administrativa e na via judicial. Isto porque, segundo lecionado por Taís Nader Marta e Ana Carolina Peduti Abujamra o direito à saúde consiste “(...) em um bem jurídico tutelado mediante um conjunto de regras e princípios destinados a dar eficácia imediata e autoaplicabilidade ao art. 196 da Constituição dirigente, conforme o estatuído no art. 5º, § 1º, da CF/88” (MARTA; ABUJAMRA, 2010, p. 101). De igual modo, pode-se argumentar que a saúde apresenta um caráter coletivo, de forma que sua titularidade é coletiva.

Nessa linha, evidencia-se que há uma clara intenção do legislador ao considerar o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, no sentido de propiciar um direito igualitário, que permitirá o acesso universal e integral à saúde, mas que também exige a atuação efetiva do Estado para sua concretização, por meio de políticas e ações públicas que atendam às necessidades do cidadão, sendo que se vislumbra a fundamentalidade do direito à saúde, devendo ser garantido a todos os indivíduos. Inclusive, Luísa Alves Rodrigues da Cunha destaca a interligação do direito à saúde com o direito à vida:

O inter-relacionamento do direito à saúde com o direito à vida é indissociável e, na primeira geração, os direitos fundamentais mantiveram-se coerentes com o pensamento preconizado no Estado Liberal, extremamente voltado para o individualismo, de modo que a saúde poderia ser entendida como a liberdade de se estabelecer contrato de serviços médicos baseados na autonomia da vontade conferida aos cidadãos (CUNHA, 2015, p. 20).

Nesse sentido, é evidente que o direito à saúde possui íntima relação com o direito à vida, sendo um corolário deste, mas também possui relação com outros direitos previstos na CRFB/88. Há ainda uma relação com os preceitos da liberdade, posto que o direito à saúde assume essa dúplici função de direito positivo e direito de defesa (aspecto positivo, ou prestacional, e negativo).

No mais, diante da autoaplicabilidade, a saúde pode ser objeto de processos judiciais em que os cidadãos exigem do Estado as mais diversas prestações (medicamentos, cirurgias, dentre outras). Esta exigibilidade do direito à saúde (art. 6º e 196, Constituição de 1988) fez com que, predominantemente, as discussões sobre os problemas advindos da política pública sanitária fossem concentradas no âmbito do Poder Judiciário.

A proteção constitucional do direito à saúde já se inicia no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, como um corolário do direito à vida com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Complementando a proteção, o inciso IV do art. 3º afirma como objetivo da República brasileira a promoção do bem de todos. O artigo 5º da CRFB/88 prevê a inviolabilidade do direito à vida e, finalmente, o art. 6º, a noção de que o direito à saúde é expressamente garantido dentre os direitos sociais.

Destaque-se ainda que a saúde é direito de relevância pública, na forma do que se depreende do artigo 197, sendo considerado um bem essencial para o indivíduo, assumindo a posição de direito humano e fundamental. Nessa perspectiva, pode-se analisar que a saúde é também um direito coletivo, o que exige do Poder Público a adoção de meios aptos a controle a disseminação de um vírus, como é o caso da vacinação obrigatória, por exemplo.

Weichert (2005) ratifica essa qualificação de relevância pública ao interpretar que a saúde possui prioridade, dentre os diversos direitos sociais, posto que não deve ser menosprezada quando comparada aos demais, em especial no que toca à destinação de recursos financeiros. Deve-se assegurar à saúde um financiamento que corresponda à sua relevância em comparação com outros direitos, tais como os civis, econômicos, políticos ou até mesmo sociais. Nessa linha, o autor defende que o direito à saúde deve ser priorizado no orçamento público pelo fato de ser classificado, na forma prevista na CRFB/88, como uma ação e serviço de relevância pública.

Pode-se afirmar que a saúde também se relaciona com a cidadania, ou com a concretização deste direito pelos indivíduos. De acordo com José Barroso Filho e Rafael Seixas Santos (2022, p. 11) “o relacionamento entre direito à saúde e cidadania ganha voz quando situado em uma comunidade política integrada por sujeitos que ostentem a capacidade de/para fruir direitos, como a sociedade brasileira”.

Vale dizer que a cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, prevista e positivada no artigo 1º, inciso III da CRFB/88, o que implica numa interligação desta com os direitos fundamentais sociais previstos no texto constitucional. No que toca ao direito à saúde, o Estado deve se firmar no campo prático, de modo a fornecer ações e serviços de saúde de qualidade, como o fito de efetivar o direito à saúde e consagrar o gozo da cidadania. Conforme lecionam Barroso Filho e Santos:

verifica-se a aptidão da saúde na conformação da cidadania e as possibilidades recíprocas, do acoplamento da cidadania como elementar do desenvolvimento da saúde. Porta-se, assim, exercício democrático como defesa da cidadania e, por conseguinte da saúde, para o que se defende a ampliação e o aprofundando do campo no debate político (BARROSO FILHO; SANTOS, 2022, p. 14).

Sendo assim, para fins de concretização da cidadania, o respeito à saúde enquanto um direito fundamental social é obrigatório, de modo que o Estado deve atuar no sentido de concretizar tanto o direito à saúde como a cidadania, ante a clara ligação que os dois possuem. Por conseguinte, diante de todo o exposto, verifica-se que a saúde, no cenário brasileiro, possui a característica de direito fundamental e social, além de ser um direito humano, ante a sua positivação em diversos documentos internacionais, o que evidentemente influenciou na trajetória da saúde na CRFB/88. Como destacado, o Movimento da Reforma Sanitária também obteve papel importante para que a saúde fosse positivada na CRFB/88, adquirindo essa força normativa.

3 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

No capítulo anterior se buscou conceituar o que é o direito à saúde, sendo este último um direito fundamental social que assume características da primeira e segunda dimensão dos direitos fundamentais, conforme já abordado na presente pesquisa, que apresenta complexidades em sua efetivação demandando uma atuação estatal.

A CRFB/88 positivou a saúde em seu texto, garantindo a todos os cidadãos o acesso a este direito, obrigando o Estado a efetivá-lo, na forma do disposto pelo artigo 196 da carta constitucional. Nesse sentido, a implementação de políticas públicas para a efetivação da saúde é incumbência do Poder Público.

Vale dizer ainda que existe um debate doutrinário acerca da aplicabilidade de normas relativas a direitos sociais (caso do direito à saúde). Neste contexto, vale lembrar a classificação sobre a aplicabilidade das normas constitucionais trazida por José Afonso da Silva (1998), o qual traz visão tripartite: a) Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) Normas constitucionais de eficácia contida, aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; c) Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos.

As normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, ou autoaplicáveis, são aquelas desde logo aplicáveis, pelo que não dependem de uma lei ordinária ou complementar para que possa produzir seus efeitos, ao passo que as normas de eficácia contida, em que pese também produzirem seus efeitos de forma imediata, preveem meios que possibilitam que sua eficácia não seja produzida imediatamente (SILVA, 1998).

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada, também conhecidas como programáticas, não produzem seus efeitos e necessitam de norma infraconstitucional para que possa produzir seus efeitos, o que seria o caso do direito à saúde previsto no artigo 196, na forma defendida pelo autor (SILVA, 1998, p. 82-83), o que demandou atuação do poder legislativo, o que culminou na elaboração da Lei nº 8.080/1990, a qual é considerada como a “Lei orgânica da saúde”, posto que implementou o Sistema Único de Saúde, doravante denominado SUS, em âmbito nacional.

Em que pese a discussão doutrinária supramencionada, entende-se que restou claro que o legislador constituinte ao positivizar os Direitos Sociais no Capítulo II, do Título II, concedeu aos mesmos a natureza de direitos fundamentais, possuindo aplicação imediata,

conforme dispõe o § 1º, do art. 5, da CRFB/88, o que inclusive vem sendo reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados.

O direito à saúde, expresso no art. 196 da CRFB/88, por ser fundamental e intimamente ligado à dignidade e à vida da pessoa humana, não deve ser interpretado como norma programática, a qual apenas traça princípios norteadores, bem como objetivos e programas que visam a realização dos fins sociais de um determinado Estado.

Se assim o fosse, estar-se-ia diante de uma limitação do caráter pluralista da CRFB/88, cujo objetivo é a concretização de uma justiça social apta a legitimar o Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o seu art. 3º. Nesse sentido, Saulo Lindorfer Pivetta destaca:

A necessidade de se conferir força jurídica aos direitos sociais decorre especialmente, no ordenamento brasileiro, da previsão consignada no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que assegura a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (inclusive dos direitos sociais). Em outros contextos, onde inexistente o reconhecimento expresso da fundamentalidade dos direitos sociais, a delimitação de um mínimo de eficácia jurídica a tais direitos encontra amparo em outros princípios ou dispositivos, como a dignidade da pessoa humana, ou, ainda, em razão da exigência de tutelar standard mínimo de bens materiais que garantam ao cidadão as possibilidades fáticas de exercício dos direitos de liberdade (PIVETTA, 2013, p. 72).

O direito à saúde, enquanto direito social, consiste em direito fundamental previsto em alguns dispositivos do corpo da CRFB/88, bem como se caracteriza como um direito público subjetivo. Nesse sentido, em que pese existir uma relevância da atividade conformadora da legislação ordinária para a efetivação da saúde, não se esvazia o conteúdo jusfundamental e a aplicabilidade imediata do direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 119). Trata-se de um direito de toda a coletividade brasileira, de modo que todos os indivíduos brasileiros gozam do direito à saúde, na forma concebida pela CRFB/88, o que gera para o Estado a obrigação de respeito a todas as normas atinentes a este direito quando da elaboração de uma política pública.

Ressalte-se que os direitos sociais apresentam a característica prestacional positiva, pelo que dependem de uma atuação positiva do Estado para sua efetivação, por meio da implementação das políticas públicas. Porém, nem todos os direitos sociais apresentam uma característica absenteísta negativa, como é caso do direito à saúde, que possui ambas as características. Ou seja, é um direito que necessita da proteção constitucional pelo Estado positiva e negativa.

Cumprе mencionar, conforme defendido por Schwartz (2001), a saúde, na sua dimensão subjetiva, faz com que o indivíduo seja titular de um direito à prestação imediata e efetiva, na medida em que esta subjetivação reside na prestação sanitária em espécie, cuja natureza não é pecuniária. Nessa linha, pode-se afirmar que o reconhecimento da saúde

enquanto direito público subjetivo decorre da estrutura constitucional brasileira contida no Capítulo II do Título II da CRFB/88, a qual confere à saúde o sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais, como exigência e obrigação de qualquer Estado Democrático de Direito que inclua dentre seus diversos fundamentos essenciais a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o direito público subjetivo à saúde consiste em prerrogativa jurídica indisponível que foi assegurada aos cidadãos brasileiros pela CRFB/88. De igual modo, sua fundamentalidade impõe ao Poder Público a obrigação de proteção, além de obrigar o legislador a estabelecer leis adequadas a essa proteção. Enquanto um direito fundamental social, entende-se pela aplicabilidade imediata e eficácia plena da norma constitucional sobre saúde, competindo ao Estado a obrigação de efetivação da saúde.

3.1 BALIZAS DO DIREITO À SAÚDE

Após a conceituação da saúde enquanto um direito fundamental social no cenário brasileiro, cumpre agora abordar aquilo se entende (e se defende) como sendo as balizas da efetivação do direito à saúde: reserva do possível, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. Nesse sentido, a efetivação da saúde perpassa por estas três balizas, as quais serão brevemente analisadas para fins de estabelecimento conceitual e, posteriormente, permitir a análise da efetivação do direito à saúde no Brasil.

O estudo e análise das mencionadas balizas se apresenta como indispensável neste momento da pesquisa, tendo em vista que há uma grande repercussão do tema nos Tribunais brasileiros, sendo incontroverso e notório que os questionamentos judiciais acerca da saúde perpassam por essas balizas.

3.1.1 RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos fundamentais sociais, como é o direito à saúde, demandam gastos do poder público, tendo em vista que estes direitos prestacionais exigem uma atuação do Estado, o que, por óbvio, demanda gasto público. A reserva do possível consiste em instituto do direito polêmico que apresenta complexa conceituação, sendo que a própria análise de sua natureza jurídica é tida como controvertida. Vale destacar que, assim como o mínimo existencial que se verá adiante, a reserva do possível tem sua origem no direito alemão, diante de um contexto de

necessidade de efetivação pelo Estado de direitos fundamentais sociais prestacionais diversos que se contrapunham à escassez de recursos (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

A conceituação da natureza da reserva do possível é tema de debate na doutrina e na jurisprudência. Inclusive, vale destacar que o paradigmático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45 (STF, 2004) menciona a natureza jurídica de cláusula aberta do instituto da reserva do possível, porém sem dar um aprofundamento teórico ao conceito, sendo no próprio STF a reserva do possível já foi interpretada de diferentes formas. Inclusive, Saulo Lindorfer Pivetta destaca:

O cerne do problema relativo à reserva do financiamento possível – ou simplesmente “reserva do possível”, como é geralmente utilizada no Brasil – é que sua compreensão por vezes é distorcida, através da recepção acrítica de um conceito forjado de maneira mais intensa na Alemanha, pela Corte Constitucional do país. A expressão foi cunhada para expressar que o conteúdo dos direitos sociais estava limitado “àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade” (PIVETTA, 2013, p. 67)

De fato, a interpretação do fenômeno da reserva do possível no Brasil pode se apresentar conturbada e confusa, de forma que atribuir uma natureza jurídica ao instituto da reserva do possível com o intuito de se estipular uma classificação epistemológica inicial consiste em árdua tarefa, posto que não uma tarefa legislativa que proponha uma definição. Jarbas Ricardo Almeida Cunha (2020, p. 115) faz uma abordagem interessante sobre a reserva do possível sob quatro enfoques no que tange à sua natureza: a) como cláusula aberta; b) como integradora dos direitos fundamentais prestacionais; e c) como princípio. Cunha defende que a reserva do possível, enquanto um instituto do direito, poderia enquadrada como uma cláusula aberta, na medida em que “não foi positivamente definido em seu sentido normativo-legal” (CUNHA, 2020, p. 115).

Já na segunda concepção, reserva do possível como integradora dos direitos fundamentais prestacionais, o instituto estaria embutido no âmbito do núcleo essencial dos direitos, os quais apenas seriam efetivados de acordo com a observância da limitação orçamentária, o que limitaria a própria efetividade dada aos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional, na medida em que “obrigaria ao gestor público ou ao juiz do caso, na análise sobre a efetivação de uma política pública, a considerar – de modo constante – sua específica rubrica orçamentária como liame de garantia para a concretização do direito fundamental social pleiteado” (CUNHA, 2020, p. 117). No mesmo sentido, Sarlet e Figueiredo analisam:

não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 189).

Nesse sentido, defender o instituto da reserva do possível como integradora dos direitos fundamentais prestacionais não parece adequado, na medida em que limita a efetivação dos direitos fundamentais sociais que exigem uma atuação estatal para sua efetivação, aqui incluso o direito à saúde. Isto se justifica pois os recursos são notadamente mal administrados, ante os notórios desvios e más alocações orçamentárias.

Por fim, Cunha aborda a reserva do possível como um princípio jurídico. Nesse ponto, cumpre destacar para Alexy (2012), quando da ocorrência de conflitos entre os princípios, a resolução se situa dentro da ordem jurídica, o que ficou conhecido como “teorema da colisão”. Nesse sentido, Cunha defende que:

o princípio da reserva do possível deve ser sopesado no caso concreto em que se decida sobre os princípios constituintes da política pública de saúde, de acordo com o normatizado pela Constituição Federal, como os princípios da universalidade, integralidade e equidade, problematizando, principalmente, a questão orçamentária da política pública em comento (CUNHA, 2020, p. 120).

Nessa perspectiva, adotar o instituto da reserva do possível enquanto um princípio jurídico soa como mais adequado, na medida em que não limita a efetividade de determinados direitos fundamentais sociais de caráter prestacional (como é o caso do direito à saúde), bem como não coloca o instituto como mera cláusula geral, o que levaria ao descaso para com a importância do instituto.

Sarlet e Figueiredo alertam que a reserva do possível pode ser desdobrada em três componentes: o componente fático, que corresponde à real existência de recursos necessários para a satisfação do direito prestacional em debate; o componente jurídico, o qual está ligado à autorização orçamentária-legal para a efetivação da despesa exigida para a concretização do direito; e a razoabilidade da prestação, tendo em vista os recursos existentes e todos os demais encargos que recaem sobre o Estado e que envolvem o gasto de parte do orçamento público (SARLET; FIGUEIREDO, 2007). Na perspectiva exposta pelos autores, estes componentes:

guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 189).

Daniel Sarmento (2016, p. 230) destaca que o “componente jurídico é realmente inoponível às prestações compreendidas pelo mínimo existencial”, posto que “a garantia do mínimo existencial, que é pressuposto da democracia, não pode ficar à mercê das decisões do legislador infraconstitucional”. Isto significa dizer que, ante a inexistência de previsão orçamentária, o juiz não poderia se valer do argumento da reserva do possível utilizado pelo órgão público para que julgasse uma demanda improcedente. Já no que tange ao componente da razoabilidade, o autor sustenta:

O componente da razoabilidade da reserva do possível tampouco me parece oponível ao mínimo existencial, sobretudo se este for definido de forma prudente, compatível com o imperativo de universalização do mínimo, anteriormente referido. Afinal, não se pode negar a razoabilidade da pretensão de uma pessoa de ter acesso às condições materiais básicas para uma vida digna. Se a pretensão não for razoável, é simplesmente porque ela não está inserida no mínimo existencial (SARMENTO, 2016, p. 231).

Por fim, no que tange ao componente fático, verifica-se que este denota problemas com a realidade econômica, ou seja, a efetiva disponibilidade orçamentária. Nesse ponto, vale destacar que em que pese a escassez de recursos ser algo inevitável e notório no cenário político atual, emerge uma “obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 191). Neste mesmo sentido, a 2ª Turma do STF entendeu, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337 (STF, 2011), que a reserva do possível não pode ser oponível ao mínimo existencial, pelo que não poderia o Poder Público invocar esta cláusula com o intuito de fraudar, ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na CRFB/88.

Nesse sentido, os três componentes da reserva do possível não seriam oponíveis ao mínimo existencial, ou seja, não há possibilidade de se aventar a invocação da reserva do possível pelo poder público para não cumprimento dos deveres fundamentais previstos na CRFB/88. Vale dizer, se o Estado tanto consegue arrecadar, cabe a ele alocar adequadamente

os recursos com o fito de concretizar os direitos fundamentais sociais que demandem de sua atuação.

Sarmiento alerta que se opõe, no que toca ao componente fático, ao entendimento do STF da reserva do possível não poder ser oponível ao mínimo existencial, defendendo que a “escassez é um fato e, se não existirem na sociedade os recursos necessários para a garantia de prestações ligadas ao mínimo existencial, simplesmente não haverá alquimia jurídica que possa contornar o limite, que não é imposto pelo Direito, mas pela própria realidade” (SARMENTO, 2016, p. 231), pelo que não poderiam os Juízes ou mesmo o Estado (poder público) fechar os olhos para uma realidade orçamentária insuficiente para a concretização dos direitos fundamentais. Por sua vez, Pivetta leciona o seguinte:

a reserva do possível jamais pode ser utilizada como argumento capaz de restringir ou afastar a jusfundamentalidade do direito à saúde ou de qualquer direito social, na medida em que os direitos de liberdade podem também reclamar o dispêndio de recursos financeiros do Estado (como demonstrado acima, nas hipóteses de proteção e promoção do direito à liberdade de expressão). É o dever que corresponde ao direito que pode ou não ser custoso. No caso do direito à saúde, por exemplo, há deveres estatais correlatos que não exigem recursos públicos, como, por exemplo, aquele que impõe ao Estado respeitar que o indivíduo tenha acesso, por seus próprios meios, ao tratamento de saúde que deseja (dentre aqueles permitidos por lei). Por outro lado, há igualmente deveres que custam, como nas situações em que o Poder Público realiza atividades de fiscalização sanitária em restaurantes (dever de proteção), e na hipótese do grupo de moradores que reclama a construção de um posto de saúde em seu bairro (dever de promoção) (PIVETTA, 2013, p. 70).

Vale destacar que a escassez é um fato que não pode ser negado. Ocorre que, essa realidade fática não é, nem pode ser, suficiente para se determinar que algum direito social tenha sua efetivação e implementação livremente manipulada pelos órgãos estatais, em especial os Poderes Legislativo e Executivo (GROSMAN, 2008).

Nessa perspectiva, entende-se que, dentre as balizas de efetivação do direito à saúde, a reserva do possível corresponde mais ao aspecto financeiro (e de disponibilidade material) para a implementação de uma determinada política pública. Em que pese ser costumeiramente alegada pelo Poder Público como uma limitação à efetivação da saúde, verifica-se que na prática a reserva do possível perpassa pela discussão envolvendo a escassez dos recursos com a efetiva existência de recursos materiais, bem como sobre a alocação deste determinado recurso.

É válido destacar ainda que, conforme visto, a reserva do possível deve ser utilizada desde que haja o cumprimento de determinadas exigências objetivas, sob pena de o poder

público apresentar mera defesa genérica, o que não poderia ser aceito pelo indivíduo que deve ser sempre amparado pela máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Nessa linha, ainda que Pivetta (2013, p. 70) acentue que a recorrentemente alegada escassez possui caráter moderado, jamais absoluto, na medida em que não se reflete sobre um Estado que não arrecada tributos, tendo em vista que o Brasil possui arrecadação tributária significativa, bem como que a alocação orçamentaria, ou seja as escolhas alocativas, ocorram em ambiente conflituoso, diante das variadas possibilidades sobre fins e meios a serem definidos, vislumbra-se que a inexistência material não consegue ser contornada. Por exemplo, num cenário de total inexistência de leitos hospitalares disponíveis, o acolhimento do paciente pode até não ser negado, mas jamais será o mais adequado, o que fere, ao menos indiretamente, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, dentre outros princípios que estão no entorno do SUS.

3.1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, enquanto um conceito jurídico, possui uma caracterização ampla, pelo que não pode ser tratada de forma simples ou resumida, o que dificulta sua delimitação e caracterização (SOUZA; FACHIN, 2019).

Após os eventos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a dignidade da pessoa humana ficou em evidência, tendo em vista os atos desumanos e cruéis praticados no período, sendo a dignidade elevada a princípio-regra e reconhecida em vários tratados internacionais em diversos países do mundo.

Robert Alexy leciona que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existente. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (ALEXY, 2012, p. 90). Neste ponto, cumpre diferenciar princípio de regra. Nos ensina Humberto Ávila que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2005, p. 129)

Os princípios e as regras são razões para juízos concretos do “dever-ser”, ainda que não possuam a mesma natureza, pelo que se pode concluir que ambos consistem em duas espécies de normas. Ingo Wolfgang Sarlet destaca ainda que os princípios constitucionais possuem íntima relação com os direitos fundamentais, uma vez que ambos integram “o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias” (SARLET, 2018, p. 62).

Após um período ditatorial, nasce a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a qual consagra, em seu artigo 1º, o perfil político-constitucional do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988). Percebe-se que há uma transição do Estado Social de Direito para o Democrático de Direito, em que se destaca a busca pela concretização dos objetivos fundamentais positivados nas normas constitucionais (GRINOVER, 2010). Neste sentido, lecionam Maria Fernanda Paci Hirata Shimada e Heloisa Helena Silva Pancotti que o Estado Democrático de Direito “visa garantir o respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e às garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.” (SHIMADA; PANCOTTI, 2019, p. 79).

Ao consagrar a dignidade no artigo 1º, inciso III, a Carta Magna determina que a pessoa possui um fim em si mesma, pelo que possui responsabilidade sobre sua vida, o que implica a não imposição de vontade de terceiros em tomadas de decisões. A dignidade da pessoa humana reconhece o indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas. Sustenta Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p. 60)

Verifica-se que a dignidade da pessoa humana se apresenta como algo indissociável do cidadão, devendo ser respeitada pelo Poder Público quando da elaboração de uma lei ou uma política pública. No mais, como anunciado por Alexy, o fim último dos direitos fundamentais é justamente garantir a dignidade da pessoa humana (ALEXY, 2012). Inclusive, salienta Sarmento que:

O Brasil, ademais, ratificou e incorporou ao ordenamento jurídico quase todos os tratados internacionais de direitos humanos que contêm referências à dignidade. Não

bastasse, sob a égide da Constituição de 88 e, sobretudo, nos últimos quinze anos, a invocação da dignidade tornou-se moeda corrente no discurso jurisdicional, a ponto de suscitar legítimas preocupações doutrinárias quanto à sua banalização (SARMENTO, 2016, p. 58).

Nessa linha, Sarlet (2006, p. 62) leciona que esse reconhecimento e positivação da dignidade da pessoa humana tomou maior proporção justamente após a Segunda Guerra Mundial, destacando que Constituições de alguns países da Europa foram pioneiras na consagração da dignidade, como por exemplo Portugal, Itália, Alemanha e Espanha. Segundo o autor, a positivação da dignidade da pessoa humana em cartas constitucionais consiste em fenômeno recente, emergindo principalmente após sua consagração na Declaração Universal da ONU de 1948.

Vale destacar ainda que, em que pese esse avanço significativo da positivação e reconhecimento da dignidade da pessoa humana não só em solo nacional como também, no plano internacional, Sarmento (2016, p. 58) realça que o maior problema para concretização dos preceitos da cidadania é justamente a desigualdade crônica existente no Brasil. Nesse sentido, no processo de universalização consegue ser vislumbrado o aspecto mais patológico da afirmação e efetiva consagração da dignidade da pessoa humana no solo brasileiro, sendo incontroverso que ainda subsistem nas nossas relações sociais traços hierárquicos, os quais se manifestam na evidente assimetria entre os cidadãos brasileiros no que diz respeito ao acesso aos direitos, bem como à submissão aos deveres impostos pela ordem jurídica brasileira.

A positivação constitucional determina que a dignidade humana, para além de um valor moral, deve também ser reconhecida como um valor tipicamente jurídico, revestido de normatividade, o que impõe aos poderes públicos o dever de respeito e proteção da dignidade dos indivíduos, promovendo os meios necessários para que se alcance uma vida digna. Nesse sentido, lecionam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

A dignidade da pessoa humana, como aliás, já tem sido largamente difundido, assume a condição de matriz axiológica do ordenamento jurídico, visto que é a partir desse valor e princípio que todos os demais princípios (assim como as regras) se protejam e recebem os impulsos para os seus respectivos conteúdos normativo-axiológicos, o que não implica aceitação da tese de que a dignidade é o único valor a cumprir tal função e nem a adesão ao pensamento de que todos os direitos fundamentais (especialmente se assim considerados os que foram como tais consagrados pela Constituição) encontram seu fundamento direto e exclusivo na dignidade da pessoa humana. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 71)

Diante do exposto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, enquanto um princípio constitucional, constitui a base para todo o arcabouço jurídico-normativo, sendo

incontroverso que o direito à saúde não pode ser dissociado dessa ideia. Pelo contrário, deve ser compreendido em sua plenitude, intensidade e dignidade, inclusive nos momentos de terminalidade da vida. Inclusive, leciona Sarmento:

No Direito Internacional, tem-se igualmente reconhecido que a dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos. É o que proclamam os preâmbulos dos dois mais importantes tratados sobre direitos humanos da ONU, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais, que afirmam, em textos idênticos, que tais direitos “decorrem da dignidade inerente à pessoa humana” (SARMENTO, 2016, p. 78).

A dignidade da pessoa humana constitui o mandamento base de todo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, sendo que deste princípio se irradia os demais, tendo em vista que por ele que se concretiza os direitos fundamentais do indivíduo. Nesse sentido, ao consagrar a dignidade, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, expressamente no título dos direitos fundamentais, reconheceu-se que o Estado nasce para a pessoa humana e não o contrário (SARLET, 2006, p. 65).

Trata-se de um postulado normativo, pois serve para indicar a forma como as demais normas devem ser realizadas e aplicadas no caso concreto. Enquanto princípio, pode-se concluir que nenhuma norma pode o ferir. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana não consiste apenas em uma declaração, ou um postulado filosófico, na medida em que se apresenta como um mandamento norteador do ordenamento jurídico, possuindo uma natureza dúplice, posto que é considerada como um postulado normativo e como um princípio. Nesse sentido, leciona Alexy:

A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes. (ALEXY, 2012, p. 111-112).

Nesse sentido, há um entendimento dominante de que existe uma obrigatoriedade de consagração e efetivação da dignidade da pessoa humana pelo Poder Público, tendo em vista a importância concedida a este princípio-norma. A partir de sua positivação, percebe-se que há uma natureza dúplice. Inclusive, leciona Peter Harbele:

A dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado,

no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade). Esse dever constitucional pode ser cumprido classicamente, portanto jurídico-defensivamente, mas também pode ser desempenhado jurídico-prestacionalmente; ele pode ser realizado por caminhos jurídico-materiais e por vias processuais (no sentido de um *status activus processualis*), bem como por meios ideais e materiais (HABERLE, 2009, p. 89).

Verifica-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana possui uma *dúplice* função, devendo ser efetivado e garantido a todos os cidadãos em sua plenitude. Inclusive, tal posicionamento se mostra dominante no cenário brasileiro, como aduz Daniel Sarmento, o qual enfatiza que parece existe consenso doutrinário dominante de que o Poder Público tem a obrigação de assegurar a todos o acesso às condições materiais básicas para uma vida digna, o que inclui a obrigação de prestar serviços na área da saúde, educação, previdência e assistência social” (SARMENTO, 2016, p. 193)

Pode-se ainda afirmar que a dignidade da pessoa humana é um valor jurídico objeto de construção hermenêutica do Estado Democrático de Direito, tendo em vista o fato de ter ganho maior destaque no contexto brasileiro após o período ditatorial, com clara influência no direito internacional comparado. O princípio da dignidade da pessoa humana, nessa perspectiva, pode ser entendido como o ponto de partida a partir do qual os direitos e deveres humanos extraem o seu próprio conteúdo, sendo que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana inclui também a área da saúde, tendo em vista a dimensão social da dignidade e o compromisso que esta tem em garantir o mínimo existencial, uma vida digna e saudável à população (FIGUEIREDO, 2007, p. 61).

Ainda no que tange à ligação da dignidade da pessoa humana com o direito à saúde, verifica-se que existem vários dispositivos constitucionais que fornecem subsídios suficientes para a identificação do conteúdo geral dos deveres que recaem sobre a Administração Pública. Nesse sentido, em matéria sanitária, não há como se limitar à análise do artigo 6 e 196 da CRFB/88. Ora, especificamente quanto ao art. 5º, inciso III da Constituição, denota-se que é obrigação do Estado disponibilizar as condições necessárias para que as ações e serviços de saúde dispensadas aos cidadãos deve ser compatível com a dignidade da pessoa humana, sob pena de se considerar a dispensação de tratamento desumano e degradante (BRASIL, 1988). Nessa linha, leciona Herberth Costa Figueiredo:

Sob o prisma constitucional, a saúde é uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da vida humana, pois esta enquanto princípio fundante de todo o sistema jurídico, espelha e se vincula ao ideário político, social e jurídico predominante no país, em face de sua característica de aderência, opera sobre os comportamentos

estatais ou particulares de forma cogente e necessária. Por tais razões, todas as normas do sistema jurídico devem ser interpretadas no sentido mais concordante com o princípio da dignidade da vida humana, de modo que as normas de direito ordinárias desconformes à constituição e seus princípios fundamentais, não são válidas (FIGUEIREDO, 2011, p. 212).

Entende-se e se defende que a dignidade da pessoa humana consiste em uma das balizas de efetivação do direito à saúde na medida em que os direitos sociais (negativos e positivos) “constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2006, p. 91). Se não há observância ou se não se respeita os postulados do que preceitua a dignidade da pessoa humana, verifica-se uma violação do direito à saúde do indivíduo, ou uma efetivação ineficiente do direito à saúde.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é uma das balizas de efetivação do direito à saúde no cenário brasileiro, pelo que toda política pública de saúde, bem como toda e qualquer ação estatal na área sanitária deve ser respaldada pela dignidade da pessoa humana, sendo esta indissociável do indivíduo.

3.1.3 MÍNIMO EXISTENCIAL

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o autor alemão Otto Bachof (2014) se prestou a construir uma argumentação sobre o mínimo existencial em que haveria uma interligação entre o direito civil e político ao direito social, sustentando que o mínimo existencial, ligado à dignidade humana, não se resumiria a uma mera questão de liberdade ou de garantia de um mínimo básico.

Com o fito de contrapor o mínimo, Len Doyal e Ian Gough apresentam o conceito de básico social, o qual pressupunha duas características imprescindíveis: o de ser objetivo e universal (DOYAL; GOUGH, 2010). A primeira característica implica dizer que a especificação teórica e empírica há de ser independente de quaisquer preferências pessoais, ao passo que a segunda característica se refere às eventuais consequências que o descumprimento ocasionaria às coletividades. Para os autores, apenas a saúde e a autonomia possuem os requisitos de objetividade e universalidade.

O estudo do mínimo existencial é relativamente recente na doutrina brasileira, em que se destaca a contribuição de Ricardo Lobo Torres, o qual produziu um artigo sobre o tema, definindo o que seria um conceito inicial do mínimo existencial. Segundo o autor, o mínimo existencial consiste em “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”

(TORRES, 1988, p. 29). Nesse sentido, faz-se necessário compreender a natureza jurídica do mínimo existencial.

Jarbas Ricardo Almeida Cunha analisa a natureza jurídica do mínimo existencial em três vertentes: direito, que se subdivide em três sub-vertentes, quais sejam, direitos adscrito, direito híbrido e direito sobre direito; regra; e princípio. Analisando a primeira vertente, leciona Cunha que, enquanto um direito adscrito, o mínimo existencial, ante a inexistência de posituação na CRFB/88, estaria fundamentado em três princípios implícitos: dignidade da pessoa humana, igualdade material e solidariedade social, pelo que não haveria um direito expresso. Enquanto um direito híbrido, o mínimo existencial uniria os direitos com viés liberal e os de viés social. Por fim, enquanto um direito sobre direitos, o mínimo existencial não possuiria conteúdo próprio, na medida que seria um direito apto à efetivação do mínimo que se espera dos demais direitos fundamentais (CUNHA, 2020, p. 164-166).

Ao analisar a natureza jurídica do mínimo existencial enquanto uma regra, Cunha destaca sua essência concretizadora que seria apta a constituir a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, conclui que, num cenário de “restrição e ajuste orçamentário derivados de crise econômica, o mínimo existencial consolidado como norma-regra seria o garantidor do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, consolidando-se como norma sobreposta ao princípio da reserva do financeiramente possível” (CUNHA, 2020, p. 167).

Ao final de sua conceituação, Cunha destaca a natureza do mínimo existencial enquanto um princípio constitucional, na medida em que seria este sopesado pelo Judiciário quando da efetivação dos direitos fundamentais “a depender das condições orçamentárias e financeiras inerentes à demanda pretendida” (CUNHA, 2020, p. 169).

Com o passar do tempo, o direito ao mínimo existencial foi diretamente vinculado aos direitos fundamentais sociais por parte da doutrina, ainda que o conceito do mínimo existencial não tivesse uma previsão normativa constitucional própria, sendo que é conceito em aberto ainda hoje. Vale dizer ainda que o mínimo existencial sempre esteve sujeito a críticas, o que é normal diante de um conceito relativamente novo que permeia o ordenamento jurídico brasileiro.

Sarlet e Figueiredo destacam que na Alemanha houve um desenvolvimento mais inicial acerca do direito ao mínimo existencial (onde se encontram suas bases dogmáticas), enquanto um direito à garantia do mínimo indispensável para uma existência digna, o que ficou em evidência após decisões do Tribunal Administrativo Alemão e do Tribunal Constitucional Alemão (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 178-179). Nesse sentido, segundo os autores, o mínimo existencial apresenta interligação direta com a dignidade da pessoa humana.

Também no direito alemão foram estabelecidas juridicamente as dimensões constitutivas básicas do mínimo existencial, a saber: mínimo fisiológico, que compreende as condições materiais básicas para uma vida digna e se funda no direito à vida e no princípio da dignidade humana; e mínimo sociocultural, que se refere às condições para a inserção do indivíduo na vida social e se fundamenta nos princípios do Estado Social e no conteúdo material do princípio da igualdade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Nesse ponto, destacam os autores que essas duas perspectivas argumentativas se complementam no debate jurídico alemão acerca do mínimo existencial, sendo que o mínimo sociocultural somado ao mínimo fisiológico resultaria no mínimo existencial. Ocorre, nessa linha, limitar o mínimo existencial apenas à concepção fisiológica ou à concepção sociocultural importaria na não garantia deste direito.

Sarmiento leciona que os fundamentos filosóficos do mínimo existencial perpassam pela noção de direito de liberdade e democracia, porém não abarcam suficiente toda sua extensão (SARMENTO, 2016). Na visão do autor, há relação da liberdade como mínimo existencial na medida em que “o acesso a condições materiais básicas é realmente indispensável para capacitar as pessoas ao exercício das suas liberdades” (SARMENTO, 2016, p. 202). Por sua vez, o mínimo também se relacionaria com democracia, na medida em que:

O regime democrático se assenta na compreensão de que os cidadãos devem ter a igual oportunidade de participar do processo de formação da vontade da comunidade política que integram. Ocorre que, para que essa participação do cidadão possa ser efetiva, ele precisa ter condições materiais mínimas para exercê-la (SARMENTO, 2016, p. 202)

Ainda segundo Daniel Sarmiento, garantir o mínimo existencial “é importante para a proteção e promoção da liberdade e da democracia, mas mesmo em hipóteses em que tais princípios não estejam em jogo, as condições materiais básicas de vida devem ser asseguradas. (SARMENTO, 2016, p. 208). Nesse sentido, importa salientar que o mínimo existencial não se limita à noção de garantia da liberdade e de observância de princípios democráticos, pelo que se entende que sua extensão acaba sendo mais abrangente. Ocorre que para Sarmiento (2016), a exemplo da definição apresentada por Cunha (2020), o mínimo existencial seria um princípio constitucional.

Da leitura simples do termo “mínimo existencial” se denotaria que ao Estado caberia garantir o mínimo vital, ou o mínimo possível para se garantir a existência, ou preservação da vida. Ocorre que, conforme lecionam Sarlet e Figueiredo, “tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física,

situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta” (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 180).

Nesse contexto, o conteúdo e alcance do mínimo existencial perpassa por questões demasiadamente controversas e que não apresentam ainda um conceito unívoco. Porém, como visto, perpassa pela atuação estatal que não corresponde diretamente à concretização de um direito fundamental, mas sim à observância pelo Estado de um conteúdo mínimo, o que inclusive é abarcado pela CRFB/88, da qual se extrai que o mínimo existencial é um direito fundamental, o que é proveniente da positivação dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional, bem como da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica brasileira, ainda que não haja uma previsão expressa. Nessa linha, ensina Torres:

A plena garantia do mínimo vital se efetiva ainda por intermédio do processo administrativo e da eficiência dos órgãos da administração. A ampliação dos direitos compreendidos como condição para o exercício da liberdade faz com que a ação dos órgãos administrativos tenha influência decisiva assim para assegurar-lhes o status negativus como o status positivus. Processo administrativo rápido e justo, boas escolas, bons hospitais, eficiente administração financeira e monetária, estatísticas corretas sobre os níveis de pobreza que permitam a reorientação dos investimentos estatais, políticas públicas destinadas à erradicação da miséria, tudo contribui para assegurar a igualdade de chance e o mínimo existencial (TORRES, 1989, p. 45).

Segundo Sarlet e Figueiredo, o mínimo existencial tem aparecido como elemento do “núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 184). Os autores ainda destacam que se aplica ao mínimo existencial a noção de uma dupla função prestacional (positiva) e defensiva (negativa) de modo geral inerente aos direitos fundamentais em geral e aos direitos sociais em particular (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 185), para justificar que não se trata de um conceito fechado, dependendo de cada caso concreto e as peculiaridades de cada um dos titulares do direito. Ainda sobre o tema:

Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual entre os desiguais) – compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que, no mínimo, o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, pelo menos para efeitos de uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e encargos, maximizando assim o acesso em termos do número de pessoas abrangidas pelo sistema e buscando uma maior qualidade dos serviços (SARLET, FIGUEIREDO, 2007, p. 203).

Nesse sentido, além da observação do que seria o mínimo fisiológico e o mínimo sociocultural, bem como da noção de democracia e liberdade acima exposta, verifica-se a necessidade de observância das peculiaridades de cada caso concreto para que se priorize uma isonomia material entre os titulares do direito à saúde, o que se aplica ao Estado na elaboração da política pública e ao Judiciário, quando da análise de qualquer demanda, individual ou coletiva, sobre o direito à saúde.

Canotilho acentua (2002, p. 479) que a Constituição pretende, ante seu alto sentido político, bem como diante da eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, com a norma esculpida no art. 5º, § 1º, da CF/88, conferir uma dimensão prestacional do mínimo existencial, como o fito de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, deve o Estado atuar de modo positivo na consecução de políticas públicas de saúde para efetivação deste direito, mas não deixando de observar a reserva do possível. Sendo assim, as ações e serviços de saúde devem garantir o mínimo existencial necessário para a sobrevivência humana. O Poder Público, enquanto o executor das políticas públicas de saúde que sabe da escassez dos recursos orçamentários, tem o dever de definir as prioridades dentro do contexto da reserva do financeiramente possível, mas sem esvaziar o conteúdo do mínimo existencial. Sobre o tema, leciona Herberth Costa Figueiredo:

A garantia do mínimo existencial que o Estado deve assegurar às pessoas corresponde à íntima vinculação dos direitos sociais com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, aos quais se deve reconhecer eficácia jurídica, posto que exercem funções democráticas na definição valorativa do que se convencionou chamar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais (FIGUEIREDO, 2011, p. 70).

É válido dizer ainda que, no que toca à efetivação da saúde, enquanto um direito fundamental social, verifica-se uma íntima relação deste direito com o mínimo existencial, posto que este “pressupõe a aplicabilidade de um rol mínimo de direitos garantidores da subsistência humana” (SOUZA; OLIVEIRA, 2018, p. 88). Nesse sentido, o mínimo existencial também dialoga com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que “esse “mínimo” é a matriz do princípio da dignidade da pessoa humana que, em razão de sua importância, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III)” (SOUZA; OLIVEIRA, 2018, p. 89). Sendo assim, não se afasta dos conceitos de mínimo fisiológico, apenas se atenta para o fato de que a garantia de apenas este não concretiza o mínimo existencial como um todo.

Nesse sentido, garantir o mínimo não corresponde a apenas garantir o mínimo fisiológico ou sociocultural, bem como não se limita a ideia de consagração da liberdade ou mesmo de observância dos princípios democráticos. Como defendido, o mínimo existencial apresenta aspectos demasiadamente complexos no que tocam ao seu conteúdo e extensão, ainda que hoje seja pacífico o entendimento doutrinário de que se trata de um direito fundamental a ser garantido pelo Estado.

Destaque-se ainda que, no que toca à consagração e efetivação do mínimo existencial, verifica-se que, quando da efetivação da saúde, principalmente no que toca ao atendimento prestado (efetivação da saúde pela concessão do acesso aos serviços), faz-se necessária a observância do mínimo existencial, com um atendimento minimamente digno. Nessa linha, Ana Paula de Barcellos destaca que “falar de eficácia positiva ou simétrica do mínimo existencial na área da saúde significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição” (BARCELLOS, 2011, p. 320), sendo que o Judiciário poderia ir além, garantindo além do mínimo.

Diante de todo o exposto, entende-se se faz necessário a observância e promoção do mínimo existencial em toda ação ou omissão do Estado que vise efetivar a saúde garantida ao cidadão, independentemente de qualquer circunstância, posto o mínimo existencial consiste no núcleo intangível, conforme definição de Barcellos (2011), deste direito, ao lado da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, defende-se que o mínimo existencial é uma das balizas de efetivação do direito à saúde, devendo ser observado pelo Estado quando da elaboração e implementação de uma política pública sanitária.

Por conseguinte, defende-se que o mínimo existencial, enquanto uma das balizas de efetivação do direito à saúde, consiste em uma norma-princípio, apresentando natureza dúplice, a exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, bem como diante de sua intrínseca relação com esta na concretização de direitos fundamentais sociais. Nesse aspecto, defende-se que o mínimo existencial corresponde ao que deve ser garantido pelo Estado para que se alcance uma vida digna, ou um acesso ao direito à saúde digno.

Sendo assim, o Estado não poderá se limitar a garantia de um mínimo vital, devendo, ao elaborar qualquer política pública sanitária, ir além do mínimo existencial, de modo a garantir as condições materiais básicas que visem a concreção de um acesso à saúde digno, o que implica dizer que o mínimo existencial se liga à dignidade da pessoa humana.

3.2 PROBLEMAS DA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O comando constitucional na área da saúde pública para o Estado é claro, conforme se depreende do artigo 196 da CRFB/88, de onde se depreende quais as atribuições do Poder Público, o qual deverá empreender diversas políticas públicas para sua realização, sendo que o SUS é a principal política pública sanitária.

Ocorre que a efetivação da saúde perpassa pela atuação estatal, que nem sempre se mostra adequada, o que afeta inclusive o SUS que ainda carece de efetiva consolidação. A saúde, enquanto um direito público subjetivo, exige do Poder Público a elaboração e implementação das políticas públicas. Ocorre que, diante da não realização ou ineficiência das políticas públicas, surge para cidadão o direito de pleitear na via administrativa ou judicial a demanda na área da saúde, tendo em vista que, conforme já mencionado anteriormente, a saúde possui a característica da aplicabilidade imediata, o que viabiliza o ajuizamento de demandas judiciais.

Nesse cenário, esta exigibilidade do direito à saúde (art. 6º e 196, Constituição de 1988) fez com que, predominantemente, as discussões sobre os problemas advindos da política pública sanitária fossem concentradas no âmbito do Poder Judiciário, o qual por vezes adota posturas que afetam diretamente o erário público, sendo evidente seu protagonismo na efetivação da saúde. Destaca Jarbas Ricardo Almeida Cunha:

A judicialização da saúde no Brasil tem ganhado notoriedade com o passar dos anos, principalmente em função de dois motivos que aqui destacamos e que tomamos como justificativa para a análise do fenômeno: a) recrudescimento do quantitativo de processos judiciais envolvendo tal área temática; e b) aumento do gasto financeiro estatal para cumprimento de determinações judiciais em prol da efetivação do direito à saúde. (CUNHA, 2020, p. 60)

No que tange ao primeiro motivo apresentado pelo autor supracitado, verifica-se, a título exemplificativo, dados complicados pelo Conselho Nacional de Justiça apontam que, entre 2008 e 2017, houve um crescimento de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância que versavam sobre o direito à saúde (BRASIL, 2019), o que evidencia certa ineficiência do Estado na efetivação da saúde. Nessa linha, Cunha destaca que, no campo prático, as ações da Judicialização da Saúde geralmente discutem direitos “de caráter meramente individuais, como solicitações de medicamentos de alto custo, vagas em leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), tratamentos fora de domicílio (TFD), consultas médicas, cirurgias, uso de órteses e próteses” (CUNHA, 2020, p. 67), dentre outras questões que são discutidas em pleitos individuais. No que tange ao segundo motivo destacado por Cunha (2020),

verifica-se um efetivo gasto público exacerbado, na medida em que não raras vezes esse tipo de ação é julgado procedente.

A grande problemática da efetivação da saúde reside no fato de ser este direito garantido de forma ampla pelo constituinte. Ocorre que tentar reduzir o alcance das obrigações impostas ao Poder Público consistiria em clara ofensa aos quatro princípios constitucionais sobre os quais se assenta o direito à saúde. Corroborando este entendimento, veja-se a posição adotada por Felipe Rangel de Souza Machado:

No Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS) constitui um dos principais avanços em relação ao desenvolvimento de políticas públicas do Estado de caráter universalista. Apesar da tentativa de desmonte e sucateamento dos serviços públicos, implementada no bojo do processo de remodelação neoliberal do Estado brasileiro a partir do governo Collor de Mello, o SUS, ao contrário de outros setores, manteve-se como uma política consistente (MACHADO, 2008, p. 75)

A criação do Sistema Único de Saúde, visou modificar a situação de exclusão de parcela da população no acesso a este direito, na medida em que tornou obrigatório o atendimento dos brasileiros e estrangeiros residentes em nosso país em todos os níveis de complexidade.

Destaque-se ainda que a força normativa concedida à Constituição visa a concreção da saúde enquanto um direito fundamental social em seu máximo alcance, observando-se a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, verifica-se o dever do Estado é amplo, o que dificulta o cumprimento e a concreção deste direito, pelo que emergem ações judiciais, onde os cidadãos visam alcançar a concreção da saúde.

Além da alta judicialização, verifica-se que o Sistema Único de Saúde, enquanto uma política pública, também apresenta problemas de financiamento para a estruturação e funcionamento eficaz dos serviços, diante da dependência dos fundos públicos. Segundo Herberth Costa Figueiredo, “A descentralização da organização do SUS ainda ocorre de modo limitado e limitante, uma vez que o financiamento continua pendente em termos quantitativos em relação ao montante dos recursos disponíveis, como também em termos qualitativos no que se reporta à estabilidade e tipo de fontes de recursos.” (FIGUEIREDO, 2006, p. 90), o que evidencia os problemas financeiros que o SUS sempre enfrentou.

No mais, Márcia Araújo Sabino de Freitas e Maria Rizioneide Negreiros de Araújo (2018, p. 21) alertam para uma forma de “segmentação que impacta diretamente na organização e efetividade do sistema, que é a promovida por diferenças político-partidárias.” Segundo as autoras:

não raro essas forças interferem na governabilidade do sistema, impedindo um pensamento comum voltado para as necessidades do SUS e da saúde da população por priorizar benefícios a políticos ligados a um partido e malefícios a opositores. Os municípios são particularmente muito sensíveis a essas forças, pois dependem fortemente das transferências de recursos federais em razão de sua arrecadação tributária não ser bastante diante de seus gastos (ARAÚJO; FREITAS, 2018, p. 21-22)

Nesse sentido, percebe-se que são diversos os motivos que dificultam a implementação e concreção do SUS, sendo que o presente trabalho não se presta a apresentar um rol taxativo de empecilhos à consecução do objetivo constitucional, limitando-se a apontar a alguns dos diversos problemas enfrentados por esta importante política pública de saúde.

Porém, vale frisar que não se nega a consolidação do SUS enquanto uma política pública de saúde efetiva, sendo que, mesmo diante dos diversos problemas enfrentados ainda apresenta resultados satisfatórios, sendo o maior sistema público de saúde de todo o mundo, que inclusive serve de inspiração para outros países.

Dentre os problemas constantes enfrentados pelo SUS, entende-se que, da judicialização excessiva decorre o protagonismo indesejado do Judiciário, o qual por vezes também atua de forma ativista. Nesse ponto, cumpre distinguir brevemente o que é ativismo judicial e o que seria judicialização da política.

3.2.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O cenário atual em território brasileiro evidencia uma inércia ou ineficiência do Poder Público (Legislativo e Executivo) na área da saúde, o que faz com que a sociedade recorra ao Judiciário para fazer valer seus direitos, ingressando com ações judiciais. Nesse sentido, a judicialização decorre de uma expressão da própria sociedade, não dependendo do ato volitivo do Poder Judiciário. Por outro lado, o ativismo judicial está associado a um ato de vontade do órgão judicante, conforme se analisa a seguir.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso traça as diferenças entre ambos os fenômenos, delimitando que a judicialização decorre do modelo constitucional adotado. Já o ativismo está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, ampliando sua interferência no espaço de atuação do Executivo e do Legislativo, sendo que, dentre outras condutas, destaca-se a imposição de ações ou omissões ao Poder Público em assuntos de políticas públicas (BARROSO, 2009).

Ocorre que, em que pese o entendimento defendido por Barroso, defende-se que este não promove a correta diferenciação entre judicialização e ativismo. Por sua vez, Clarissa Tassinari defende que as três principais condutas mencionadas por Barroso não podem ser interpretadas como ativismo judicial, na medida em que a caracterização reside na configuração do judiciário como poder supremo assumindo competências que não foram garantidas constitucionalmente. Portanto, trata-se de conduta volitiva dos representantes do Poder Judiciário que ultrapassam as competências atribuídas na Constituição (TASSINARI, 2013, p. 36-37).

No entanto, percebe-se que o ativismo judicial está relacionado com o ato de vontade, formulado por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, como critério decisório, uma vez que, ao interpretar e aplicar o Direito, o julgador se utiliza da vontade, da discricionariedade e da subjetividade. Nessa perspectiva, em virtude da abertura do Direito, o juiz decide partindo do seu ponto de vista, em conformidade com suas convicções (TASSINARI, 2013, p. 63-64).

Disto, depreende-se que o ativismo judicial está diretamente ligado ao ato de vontade do julgador, visando atingir um determinado fim. A título exemplificativo, pode-se citar um posicionamento ativista do STF no julgamento de março de 2020 no RE 56647121, de o Estado não ser obrigado judicialmente a fornecer medicamento que não esteja incorporado no SUS em suas listas oficiais. Trata-se de precedente grave, na medida em que permite que medicamentos não incorporados ao SUS sejam garantidos aos cidadãos que não possuam condições de compra, o que esbarra nas normas de incorporação no rol de serviços do SUS, que exigem uma previa análise técnica-científica, além de analisar o custo e efetividade em comparação com medicamentos já incorporados, o que já é realizado pela Conitec (SANTOS, 2021). Ora, veja-se que o STF vai além de decidir o direito, abrindo precedente que esbarra nas competências do Poder Público (Executivo e Legislativo).

Nesse sentido, o ativismo judicial precisa do ato de vontade do julgador, visando atingir um determinado fim, ultrapassando a competência constitucional prevista na CRFB/88. Tassinari acentua que a diferença entre ativismo e judicialização se dá pelo fato do primeiro se materializar no próprio âmbito judicial, tendo em vista que é uma conduta adotada pelos julgadores no exercício de suas atribuições, ao passo que a judicialização, ocorre por causa de questões sociais, como se fosse um problema extrajurídico (TASSINARI, 2013, p. 56).

Nesse sentido, a judicialização da política decorre dos problemas sociais e econômicos que envolvem a concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na CRFB/88, não sendo imprescindível a vontade do julgador em mudar uma dada realidade social, uma vez que envolve o cidadão buscando efetivar o direito pela via judicial. Por sua vez, o ativismo judicial

se materializa em decisões eivadas de um ato de vontade do julgador, agindo fora do limite constitucional a ele imposto.

Pode-se concluir que existe uma clara incompatibilidade entre ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes (previsto na CRFB/88), tendo em vista a não observação dos limites impostos pela Constituição, uma vez que “resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 765).

Enquanto um fenômeno jurídico, tanto o ativismo judicial como a judicialização são inegáveis e perceptíveis a “olho nu” no cenário jurídico brasileiro atual, diante do destaque do Judiciário, principalmente no que tange à efetivação de direitos, ante a expansão global e seu papel concedido pela CRFB/88. Porém, entende-se que o ativismo judicial pode, no caso concreto, violar o princípio da separação dos poderes, ao passo que a judicialização não.

Em que pese o protagonismo judicial na efetivação de direitos fundamentais sociais, aqui incluso o direito à saúde, realmente não ser o desejado, uma vez que as políticas públicas deveriam atender as demandas sociais, o que inviabilizaria a alegada judicialização excessiva, entende-se que, quando da materialização da judicialização da política, não há uma afronta direta e literal ao princípio da separação dos poderes quando se concede o direito no caso concreto, tendo em vista que se está diante de uma concretização do direito fundamental social em debate no processo, sendo que o Judiciário não pode se abster de decidir, tendo em vista o princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Sendo assim, pode-se concluir que a judicialização faz valer os preceitos constitucionais, ainda que o Judiciário tenha que decidir de modo proativo, o que ainda realça a força normativa que detém a CRFB/88. Porém, faz-se necessário que exista um fundamento constitucional razoável para a interferência nas políticas públicas. Uadi Lamego Bulos leciona nesse sentido:

O órgão do poder deve sempre conter o outro órgão do poder. A interferência de um órgão em outro e apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantara a constitucionalização do princípio em exame, porque ele existira apenas nominalmente, sem qualquer relevância jurídica. (BULOS, 2011, p. 507).

Nessa linha, justifica-se a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas na medida em fortalece a democracia ao efetivar os direitos fundamentais sociais dos cidadãos que

restaram desamparados ante a omissão do Poder Público que implementou política pública ineficiente ou sequer implementou.

Diante do sistema de “freios e contrapesos” que existe entre os três poderes, entende-se pela necessidade e obrigatoriedade de observância de certos limites (razoabilidade e proporcionalidade) nas interferências, prezando pela autocontenção judicial, o que significa que as interferências judiciais podem ocorrer diante da não realização das políticas públicas, o que caracteriza a omissão e abuso de poder pelo ente Público (Executivo e Legislativo).

3.3 PODER JUDICIÁRIO E EFETIVAÇÃO DA SAÚDE DENTRO DAS BALIZAS

Como pincelado, as decisões judiciais podem ser lesivas ao erário público, na medida em que a destinação das verbas segue rigoroso critério, o que se consubstancia na elaboração de três instrumentos de planejamento: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), instrumentos formalizados em lei e que autorizam a execução de programas e a viabilização dos recursos para tal interim (PEREIRA, 2015, p. 302). Os instrumentos mencionados não serão exaustivamente analisados na presente pesquisa, na medida em que apenas se quer deixar evidenciado que a ação governamental perpassa pelos três, de modo que se verifica uma atuação vinculada ao que está dentro da lei e do orçamento.

De fato, os direitos fundamentais possuem custos. Sobre o tema, destaca-se a obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein (1999), cuja tese central defendida pelos autores é a de que todo direito tem um custo para sua realização, pelo que não existiriam direitos de caráter absoluto. Nesse sentido, para os autores, a efetivação dos direitos fundamentais sociais (como é o caso do direito à saúde) depende de dois fatores: recursos financeiros suficientes originários das contribuições dos indivíduos e a administração do Estado. Defendem os autores que nenhum direito que depende de gasto pelo Estado para sua efetivação poderia ser tutelado pelo Judiciário, ante as consequências orçamentárias que afetariam o Legislativo e o Executivo, gerando responsabilidades e prejuízos de outras ordens (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 97).

O discurso defendido pelos dois autores acima mencionado revela a possibilidade de ponderação da efetivação dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista a escassez de recursos orçamentários. Ou seja, seria a aplicação prática da teoria da reserva do possível, ou do financeiramente possível.

Toda decisão condenatória do judiciário visa, ao menos na teoria, a efetivação de um direito. Por exemplo, ao se garantir medicamentos de alto custo não incorporados ao SUS, visa-

se a efetivação da saúde. Ocorre que, na grande maioria das ocasiões, os processos são ingressados na via individual, de modo que, certamente, os recursos serão retirados do orçamento da saúde impactando as prestações sanitárias coletivas ou igualitárias. Nesse sentido, “a judicialização da saúde tem sempre caráter individual, agravando o alcance da macrojustiça, do atendimento coletivo em benefício do individual. Isso agrava as dificuldades estruturais do SUS, como o seu subfinanciamento.” (SANTOS, 2021, p. 815).

O Poder Público, por sua vez, quase sempre invoca, em sede judicial, a cláusula da reserva do possível em sua defesa nesses tipos de processos, a qual se vale do argumento de impossibilidade orçamentária de cumprir com o dever constitucional de dar máxima efetividade e alcance às políticas públicas de saúde. A reserva do possível pode ser definida como “uma condição de restrição fática caracterizada pela escassez de recursos públicos ponderada em situações concretas que envolvam direitos sociais prestacionais” (MOREIRA, 2011, p. 99).

Ana Paula de Barcellos (2011) relata que o advento da reserva do possível perpassa o debate sobre a limitação dos recursos disponíveis, ante as numerosas necessidades da população, principalmente nas demandas que versem sobre atendimento em saúde – especificamente em relação aos medicamentos de alto custo que demandam um tratamento de alta complexidade. Nessa perspectiva, a autora ressalta a existência de um limite orçamentário, o que, por consequência, pode frustrar algumas aspirações emanadas da população, tendo em vista que o Estado não possui recursos suficientes para suas infinitas necessidades, bem como os diversos ajustes fiscais pelos quais passa o país.

Ocorre que, como já frisado, a mera alegação da escassez do recurso não consiste em argumento suficiente para a não efetivação do direito fundamental, tendo em vista que a escassez do recurso não é um conceito absoluto. Nesse sentido, faz-se necessário comprovar a efetiva escassez para fins de alegação da reserva do possível.

Inclusive, Jarbas Ricardo Almeida Cunha destaca a existência e inter-relação do que chamou de direito constitucionalizado à saúde e o direito judicializado à saúde, sendo que a crescente judicialização das políticas públicas de saúde promoveu uma verdadeira alteração do seu planejamento e implementação, concluindo que os integrantes do Poder Judiciário devem estar abertos ao diálogo institucional construtivo, visando alcançar o objetivo de efetivação do SUS (CUNHA, 2020), com o fito de minimizar as decisões autoritárias que estejam em discordância com as diretrizes a serem seguidas na implementação de determinada política pública.

É evidente que as alocações de recursos correspondem às escolhas trágicas a serem realizados pelos agentes públicos, tendo em vista que a questão da escassez dos recursos sempre

está em contraste com a infinita demanda que emerge da sociedade, principalmente na área da saúde (AMARAL, 2010, p. 81). Neste contexto, ante o quadro de escassez, a judicialização excessiva da saúde agrava a complexidade alocativa do recurso orçamentário, na medida em atinge diretamente os recursos, os quais, repise-se, são escassos, ainda que de forma não absoluta.

Por óbvio que não se está a deslegitimar o Poder Judiciário de decidir no caso concreto sobre questões ligadas à saúde, principalmente em questões individuais. No entanto, verifica-se que há uma necessidade de observação de parâmetros para análise jurisdicional. Gustavo Amaral inclusive defende que, nas demandas individuais:

cabe ao Judiciário o controle do discurso, o controle das condutas adotadas por aqueles que ocupam função executiva ou legislativa. Não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção. Cabe-lhe, isto sim, projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal (AMARAL, 2010, p. 115).

Por sua vez, Lucas Grosman, ao analisar atuação do Judiciário em ações versam sobre direitos sociais que tenham potencial para gerar decisões de cunho redistributivo, agrupa os casos no que o autor denomina de “paradigmas de controle judicial”, que correspondem ao paradigma do abuso, paradigma da inclusão e paradigma da escassez, sendo que em cada caso se exige um modo específico de atuação do magistrado. O paradigma do abuso compreende os casos concretos em que o Poder Judiciário deve reprimir a atuação estatal que culmine na violação de direitos individuais (GROSMAN, 2008, p. 37).

No que tange ao paradigma da inclusão, o autor identifica que este compreende as situações em que Estado já tem estruturado determinado órgão ou entidade (estruturas protetoras), que possuem os recursos financeiros a ser destinados à realização de algum direito garantido pela Constituição. Aqui, a atuação judicial tem o fito de evitar que o Poder Público exclua de forma ilegítima que algum indivíduo fique de fora do alcance da prestação (GROSMAN, 2008, p. 38).

Por fim, o paradigma da escassez está situado nas hipóteses de efetiva escassez de bens, o que denota a incapacidade de satisfação de todas as demandas. Nesse sentido, a não concessão de determinada prestação pelo Estado não caracterizaria uma flagrante inconstitucionalidade, na medida em que a lesão ao texto constitucional será constatada com base na incompatibilidade da decisão distributiva, e não pela simples ineficiência de uma

determinada política pública. Nesse aspecto, o paradigma da escassez não será autossuficiente, de modo que se faz necessário recorrer à Constituição (GROSMAN, 2008, p. 40).

Nessa linha, percebe-se que o direito à saúde e sua efetivação pelo Judiciário sempre levanta controvérsias, seja pela incapacidade técnica do Judiciário de decidir sobre matéria de política pública sanitária, seja pelas decisões que, por vezes, mostram-se inadequadas à efetiva persecução da justiça. Nesse sentido, leciona Herberth Costa Figueiredo:

a conceituação e implementação dos direitos fundamentais deve, inexoravelmente, tomar em consideração o custo dos direitos e a escassez de recursos. Logo, a decisão que determina ou não o fornecimento do direito fundamental, não pode se desgarrar do custo do próprio direito, e, principalmente, da escassez de recursos existente. A decisão judicial deve avaliar a escassez do fluxo orçamentário, uma vez que a determinação da consecução do direito à saúde deflagra uma desestruturação nas contas públicas, prejudicando os demais direitos, ou mesmo, o próprio direito à saúde aos outros indivíduos. Se a escassez é notória, não há recursos públicos para atender a todos, a decisão judicial nada mais faz do que escolher quem será ou não atendido e quem será ou não excluído, criando um privilégio não encontrado na Constituição Federal de 1988 (FIGUEIREDO, 2011, p. 215-216).

Como já defendido anteriormente, faz-se necessário, portanto, a observância da proporcionalidade e razoabilidade pelo julgador, analisando o caso concreto de forma mais contundente, prezando pela autocontenção judicial, para que não sejam proferidas decisões absurdas que prejudiquem o erário público, tendo em vista que a decisão alocativa de determinado recurso orçamentário compete ao Poder Público e não ao Poder Judiciário. Ainda assim, é inegável que o Judiciário assume papel importante na efetivação da saúde.

Inclusive, no ano de 2009, o STF convocou uma audiência pública ao perceber que as demandas que versavam sobre o direito à saúde ganhavam complexas proporções com o aumento exponencial de processos, bem como diante da limitada capacidade do Judiciário de decidir adequadamente a respeito de assuntos técnicos-sanitários. O objetivo desta audiência pública era justamente promover um diálogo interdisciplinar sobre a problemática que está no entorno dos processos que versam sobre a saúde e sua efetivação (OSHIRO, 2017, p. 72). Isto representou o reconhecimento da corte constitucional de que as decisões judiciais sobre o direito à saúde não podem estar apenas balizadas pelo conhecimento jurídico.

Na mesma linha, a Resolução nº 238 de 06/09/2016 dispõe sobre a criação e manutenção dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), os quais objetivam ajudar os juízes por meio de pareceres técnico-científicos e notas técnicas elaboradas com base em evidências científicas na área da saúde, visando decisões judiciais menos conflitantes e mais adequadas com as diretrizes e normas do SUS, evitando ainda decisões judiciais abusivas e desproporcionais.

A judicialização excessiva da saúde não raras vezes pode conduzir o Poder Judiciário a uma não observância concreta das balizas de efetivação do direito à saúde, principalmente no que toca à reserva do possível. Nessa perspectiva, ante o quadro de judicialização excessiva, verifica-se que o Poder Judiciário por vezes pode comprometer o funcionamento do SUS enquanto uma política pública. Ainda que esteja a garantir a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, ou além do mínimo, pode ser que exista uma efetiva violação da reserva do possível, posto que as condenações serão pagas com parcelas do orçamento que poderiam ser aproveitadas na elaboração e implementação de políticas públicas sanitárias.

Nesse sentido, ainda se faz necessária uma mudança comportamental do Judiciário para que sejam proferidas decisões que se aproximem mais da razoabilidade e proporcionalidade, prezando pela observância da efetiva disponibilidade de recursos orçamentários e não orçamentários também, tendo em vista que o acesso à saúde não diz respeito unicamente ao acesso à medicamentos.

Vale destacar ainda que adoção dos métodos adequados de solução dos conflitos tem sido fomentados no que tange à efetivação da saúde, a exemplo da Recomendação nº 100 do CNJ, a qual incentiva a adequação do Judiciário para promoção da solução consensual dos conflitos (BRASIL, 2021a). No que diz respeito à mediação sanitária, Delduque e Castro destacam a alta complexidade dos conflitos da área sanitária, frisando que as relações de saúde transcendem a ótica da relação bilateral médico-paciente, na medida em que envolve diversos outros atores, o que faz surgir conflitos internos (como os assistenciais, organizativos e conflitos entre profissionais), como os externos envolvendo o conflito social e o legal (DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 512). Porém, as mencionadas autoras defendem a plena possibilidade de utilização da mediação na área da saúde, tendo em vista que podem ser instituídos núcleos de Mediação Sanitária dentro das Secretarias de Saúde, com o objetivo de operar a Mediação interna ao sistema e externa perante seus usuários (DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 512).

Por conseguinte, entende-se que os métodos adequados de solução dos conflitos podem ser efetivos na concretização da saúde, porém, ainda se fazem necessários mais estudos e propostas mais concretos que evidenciem a aplicação destes métodos na concretização do direito à saúde, bem como de outros direitos fundamentais sociais. É válido destacar ainda que no Brasil impera uma cultura de judicialização individual em detrimento da judicialização coletiva.

Nesse aspecto, verificam-se diversos empecilhos e aspectos controversos acerca da efetivação da saúde pelo Judiciário, sendo que o protagonismo do Poder Público deve ser retomado, por meio do aprimoramento das políticas públicas de saúde. Sendo assim, faz-se

necessário agora o estudo das políticas públicas, visando a maior compreensão sobre o principal a política sanitária, o SUS.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS

No capítulo anterior foi analisado o direito à saúde no cenário brasileiro, no que toca à sua efetivação, dando enfoque às balizas que devem ser observadas pelo Estado, bem como se pincelou o problema da judicialização excessiva e como este pode ser contornado. No presente capítulo, buscar-se-á estudar as políticas públicas como forma de efetivação da saúde, em especial, analisar-se-á o SUS, sua estrutura e características. As políticas públicas são, segundo Thomas Dye, “tudo o que o governo decide fazer ou deixar de fazer” (DYE, 1972, p. 2). Na visão de Ludwig Guendel Gonzáles (2002, p. 111), a política pública

É um instrumento por excelência para a aplicação dos enunciados jurídicos e político-institucionais pactuados pela sociedade. O reconhecimento legal ou especificação de direitos tornou-se fator de especificação dessas políticas públicas, tornando visíveis interesses antes ocultos por categorias sociais homogêneas, tornando-se espaços vitais para o reconhecimento e desenvolvimento dos cidadãos. Isso não apenas fortaleceu a presença do Estado na atenção a problemas muito específicos, mas também gerou uma diáspora social e institucional, que constrói uma mistura de abordagens e estruturas institucionais⁵

Pode-se afirmar que a política pública ganhou grande destaque com o advento do Estado Social, tendo em vista o aumento das responsabilidades estatais, bem como o elevado grau de complexidade das escolhas feitas pelos gestores públicos. A política pública é um importante mecanismo para a efetivação dos direitos sociais, principalmente o direito à saúde, sendo que sua principal política pública é o SUS. No Estado Democrático de Direito Brasileiro as políticas públicas decorrem da própria CRFB/88, sendo que:

a Constituição deve guiar as ações e omissões (quando se tratar de respeitar os direitos fundamentais de liberdade) do Poder Público no desenvolvimento e implementação de seus desígnios. Dessa forma, em qualquer exame que se faça, é importante que haja o balanceamento de orientações descritivas e prescritivas das políticas públicas, cuja orientação, na maioria das vezes, já decorre do texto constitucional (CUNHA, 2014, 54).

Nessa linha, no contexto do Estado Democrático de Direito, verifica-se que a política pública, pressupõe um sujeito ativo (Poder Público), que seja capaz de dar o impulso necessário para a formulação e implementação, o que fica a cargo das entidades da Administração Direta

⁵Es un instrumento por excelência de aplicación de los enunciados jurídico y políticoinstitucionales pactados por la sociedad. El reconocimiento jurídico o especificación de los derechos ha devenido en un factor de especificación de estas políticas públicas, visibilizando intereses que anteriormente se ocultaban tras de categorías homogéneas de lo social, y constituyéndose en espacios vitales para el reconocimiento y desarrollo de las ciudadanías. Esto no sólo ha fortalecido la presencia del Estado em la atención de problemáticas muy específicas, sino que, además, ha provocado una diáspora social e institucional, que construye una mixtura de enfoques y estructuras institucionales

(União, Estados Membros, Distrito Federal ou Municípios) ou por meio de entes da Administração Indireta (fundações, autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista), ou ainda pelos poderes constituídos (Legislativo e Judiciário) (CUNHA, 2014, p. 57).

Vale ressaltar que as políticas públicas não são perfeitas ou sempre eficientes, pelo que são passíveis de questionamento perante o Poder Judiciário, o que não concede a este o direito de criar políticas públicas, tendo em vista que a CRFB/88 é clara ao estabelecer essa função para o Executivo e para o Legislativo. Nessa perspectiva, diante da já mencionada escassez de recursos, faz-se necessário que o Poder Público realize escolhas alocativas dos recursos orçamentários.

A escolha de quem está protegido ou de quem está desprotegido não pode ser feita de forma individual, mas sim, de forma coletiva, neste último caso, privilegiando as massas menos favorecidas. O modelo de eficiência de um direito fundamental não pode ser visto sob a ótica da maior distribuição possível, mas sim sob a perspectiva da igualdade de que um direito fundamental é eficiente quando, no momento em que é implementado, não prejudica o bem-estar dos demais (FIGUEIREDO, 2011, p. 216).

Na área da saúde, a principal política pública é o SUS, como já mencionado anteriormente neste trabalho. Portanto, o presente capítulo se presta a estudar o SUS enquanto uma política pública, adentrando na análise da base legal e estrutura do sistema, para que, posteriormente possa-se estudar vaga-zero e como esta funciona dentro do SUS.

4.1 ESTRUTURA E BASE LEGAL DO SUS

A CRFB/88, abraçando e aderindo toda a carga de cidadania que o momento histórico de redemocratização do país inspirava, estabeleceu o direito à saúde, de forma universal e integral, que seria garantido pelo Poder Público, o qual teria a obrigação de implementar o direito por meio de políticas públicas. (BRASIL, 1988). Neste contexto, o SUS surgia como um sistema que passaria ditar as regras da área da saúde pública no Brasil.

A inclusão da saúde dentro do âmbito da seguridade social ocorre uma superação, no plano político-jurídico, do conceito de seguro, que historicamente vigorou para o componente 'assistência médica' das políticas públicas no país. Repise-se que a saúde, ou assistência médica, era disponibilizada apenas aqueles cidadãos que fossem filiados ao regime de geral de previdência social, o que foi superado pela CRFB/88.

O artigo 194 define a Seguridade Social, "composta de 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", destacando os seus objetivos: "universalidade, uniformidade e equivalência de benefícios e serviços, seletividade e distributividade, equidade, diversidade da base de financiamento e caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa" (BRASIL, 1988). Repise-se que, para que a saúde alcançasse esse *status* dado pela CRFB/88, o Movimento da Reforma Sanitária foi demasiadamente importante, sendo que este culminou na realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu no ano de 1986 e que inspirou diversos artigos do texto constitucional (OSHIRO, 2017).

Nesse sentido, percebe-se que a participação da sociedade civil foi intensa e importante para que a saúde fosse devidamente positivada no corpo da CRFB/88 e garantida a todos os cidadãos sem exclusão. Destaque-se ainda que a carta constitucional inova posto que traz para o âmbito do SUS o controle social, o que dá um novo sentido à gestão pública desta importante política pública. Portanto, o SUS, além de ser uma das mais importantes conquistas na área da saúde pública, também representa um ganho político, democrático e de participação social. Para fins de conceituação, Márcia Araújo Sabino de Freitas, Maria Rizioneide Negreiros de Araújo lecionam que o SUS consiste em:

um sistema complexo, responsável pela articulação e coordenação das ações promocionais de saúde e de prevenção de agravos com as de cura e reabilitação. Ou seja, o SUS desenvolve não apenas a assistência à saúde, mas também vigilância sanitária, vacinação, controle de alimentos, entre outras ações. De tal maneira que toda a população brasileira é contemplada pelo SUS e se utiliza de seus serviços, mesmo as pessoas que, na assistência, preferem recorrer a instituições e profissionais particulares (FREITAS; ARAÚJO, 2018, p. 18).

Ao prever o acesso universal e igualitário, o SUS acaba por abarcar diversas funções da área da saúde. A ideia é promover o acesso a todo e qualquer serviço de saúde, desde o mais simples até o mais complexo. Nesse sentido, o SUS não se limita apenas à assistência hospitalar, indo muito além, por exemplo, atuando na vigilância sanitária, vacinação (o que ficou evidenciado no período pandêmico vivenciado no Brasil e no mundo). Inclusive, lecionam Sarlet e Figueiredo (2014, p. 112) que a dimensão objetiva do direito à saúde apresenta maior densificação com o SUS, o qual foi instituído pela CRFB/88, a qual estipulou os princípios que estruturam este sistema de saúde, bem como define os objetivos que devem ser atendidos. Inclusive, segundo os autores, a positivação constitucional do SUS “significa, ainda, que a efetivação do direito à saúde deve conformar-se aos princípios e diretrizes pelos quais foi estruturado, estabelecidos primordialmente nos artigos 198 a 200 da CF” (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 121).

O artigo 198 da CRFB/88 ao assegurar que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, estabeleceu o SUS, formado de acordo com os princípios da integralidade, igualdade e participação comunitária e que acaba por vincular os serviços executados diretamente pelo Poder Público e os serviços realizados por aqueles particulares que prestam os serviços da área da saúde pública por meio de contratações e convênios. Nesse sentido, entende-se que o SUS é um modelo de ação social integrada e descentralizada, que possui um matiz constitucional, que trata de defender a saúde como um corolário do direito à vida e as condições mínimas necessárias para uma existência digna.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8080/90, por meio de seu artigo 7º, ratifica a imposição constitucional de um sistema de saúde único moldado em conformidade com as diretrizes e com os princípios a serem perseguidos no desenvolvimento das ações e serviços de saúde públicas, o que também abarca os serviços executados por terceiros contratados os conveniados (SCHWARTZ, 2001, p. 102).

Nessa perspectiva, verifica-se que o SUS está estruturado pela CRFB/88, bem como pela Lei nº 8.080/90. Com base nas disposições constitucionais, bem como pelo conceito ampliado de saúde dado pela carta constitucional, o SUS é norteado com base em princípios tidos como de duas espécies: doutrinários e organizativos (FREITAS; ARAÚJO, 2018, p. 19). Os princípios doutrinários se referem às questões que permeiam a criação e implementação do sistema. Nesse sentido, são os princípios que espelham o contexto de efetivação da cidadania abraçado pela CRFB/88. Por sua vez, os princípios organizativos dizem respeito à orientação para o seu funcionamento, ou seja, a organização do SUS. Freitas e Araújo destacam dentre os princípios doutrinários:

São princípios doutrinários a universalidade (acesso a toda a população), a equidade (igualdade no acesso) e a integralidade da atenção (disponibilidade de todos os níveis de complexidade de atenção, com articulação conjunta e contínua de ações e serviços de recuperação, prevenção e promoção; também diz respeito à visão holística do ser humano, extrapolando a atenção voltada apenas para aspectos puramente biológicos). (FREITAS; ARAÚJO, 2018, p. 19).

Percebe-se que a universalidade decorre da previsão contida no artigo 194 da CRFB/88, determinando que o fornecimento dos serviços de saúde abarque toda a população brasileira. Por sua vez, a equidade encontra respaldo no princípio constitucional da igualdade, sem a possibilidade de realização de qualquer distinção para a promoção da saúde, ou seja, consiste em dar o mesmo tratamento às pessoas que se encontrarem em situações clínicas análogas, nele compreendido os exames diagnósticos, acomodações, dentre outros. Inclusive,

independentemente da condição financeira. Nesse sentido, ao contemplar o direito a todo o povo brasileiro, mediante a garantia ao acesso universal aos serviços de saúde, verifica-se que o constituinte originário adota este posicionamento em observância ao princípio da igualdade.

No mesmo sentido:

O comando normativo, entretanto, costuma gerar algumas polêmicas, sobretudo quando confrontado à possibilidade de pessoas de maior poder aquisitivo terem acesso ao sistema. Aponta-se, nesses casos, uma eventual violação de equidade, já que a saúde, como direito social, estaria voltada primeiramente aos que não teriam condições de arcar com o respectivo pagamento. Trata-se, contudo, de um falso dilema, já que a noção de universalidade foi conjugada à de igualdade, vale dizer, o art. 196 preconiza literalmente que o acesso à saúde seja universal e igualitário. Logo, uma pessoa que possua condições econômicas pode, sim, fazer uso de qualquer serviço público de saúde, desde que em condições de igualdade com os demais cidadãos, o que acaba por determinar naturalmente uma situação de equidade (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 73).

Vale destacar que, diante do postulado do princípio da igualdade, não há como se deixar de incluir todos os cidadãos brasileiros, independentemente da condição socioeconômica, tendo em vista as desigualdades sociais existentes no cenário brasileiro. Charles Taylor (2000, p. 250) aponta que as concepções de igualdade no contexto social ignoram as diferenças evidentes, o que não pode ser tido como algo justo: “com a política da diferença, pedem-nos para reconhecer a identidade peculiar desse indivíduo ou grupo, aquilo que o distingue de todas as outras pessoas”. Sendo assim, diante do grave problema social existente no Brasil, vislumbra-se que o comando constitucional não ignora o evidente quadro de desigualdade social, pelo que busca a inserção social dos mais pobres ao garantir um sistema de saúde gratuito, promovendo o acesso à saúde a todos de forma indistinta.

De igual modo, o fato do SUS também estar disponível para as pessoas que tenham uma condição econômica mais abastada não significa que há uma violação ao princípio constitucional da igualdade. Pelo contrário, verifica-se que a exclusão de parcela da sociedade poderia ser tida como inconstitucional, bem como foge do que preceitua os princípios democráticos e da cidadania. Um exemplo que demonstra a correta adoção do princípio da equidade é a atuação do SUS no período pandêmico, principalmente na distribuição de vacinas. Ora, não faria sentido o incentivo e promoção da vacinação de apenas uma parte da população brasileira.

Por fim, no que toca à integralidade, visa justamente garantir que todo e qualquer serviço de saúde seja fornecido pelo SUS, pelo que requer o emprego de todos os meios necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde do indivíduo que se utiliza do SUS,

mediante a disponibilização de acesso aos diferentes graus de complexidade. Sobre os princípios doutrinários, destacam Freitas e Araújo:

Já os princípios organizativos abrangem a descentralização (distribuição das responsabilidades — e verbas — sobre as ações e serviços de saúde entre os três entes federativos, de forma articulada e hierarquizada, com ênfase na municipalização e regionalização), a regionalização (adequada distribuição de serviços para a promoção da equidade de acesso, otimização dos recursos e racionalidade de gastos) e hierarquização do sistema (organização do sistema por níveis de atenção em complexidade crescente), e a participação e controle social (garantia de que a população, por meio de entidades representativas, participe do processo de formulação de políticas públicas de saúde e do seu controle e execução) (FREITAS; ARAÚJO, 2018, p. 19).

Verifica-se que a descentralização decorre justamente do texto constitucional, surgindo como uma forma de contraposição ao modelo de gestão pública centralizada, o que é um reflexo do desejo da população da época pela implantação de um sistema único de saúde que prezasse pela observância de princípios democráticos em âmbito brasileiro, bem como que se prezasse pela possibilidade participação popular na tomada de decisão do Poder Público. No que diz respeito à participação popular, salienta Leonardo Trevisan:

A implantação do SUS demonstrou que o conceito de “gestão participativa” foi capaz de dar conta, no contexto operacional, da inclusão de novos atores no “ambiente” da saúde pública. É um fato que a instituição dos conselhos municipais e locais de saúde representou uma estratégia essencial para promover participação na gestão. A fiscalização do serviço prestado pelos agentes locais democratizou até decisões sobre aplicação de recursos e efetivou a descentralização possível alcançada pelo SUS (TREVISAN, 2007, p. 250).

Ocorre que, em que pese o evidente avanço da participação popular, verifica-se que não houve um significativo aumento da influência na tomada de decisão, pelo que se denota o pouco poder da comunidade na elaboração das políticas públicas sanitárias. De igual modo, a regionalização, que também decorre do texto constitucional pátrio, conforme previsão no artigo 198 da CRFB/88, pressupõe o arranjo dos serviços de saúde tendo por base as diferentes regiões, com o fito de propiciar aos usuários acesso aos serviços de saúde mais variados possíveis, sendo que estes são classificados segundo o grau de complexidade que apresentem. Segundo Sarlet e Figueiredo:

A regionalização atende à necessidade de adaptação da assistência à saúde ao perfil epidemiológico local, segundo as diretrizes da Organização Mundial de Saúde (OMS) e as reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, conformando-se, ademais, à reconhecida tradição municipalista brasileira, a evidenciar a estreita relação da estrutura do SUS com o princípio federativo, bem como com formas compartilhadas de planejamento e gestão dos serviços (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 122).

Neste contexto, a regionalização adotada pela CRFB/88 consiste em princípio importante, na medida em que visa conceder o melhor serviços possível para aquela determinada região. Portanto, a ideia do constituinte originário, que inclusive é seguida pela Lei nº 8.080/90, no que tange à regionalização das ações e serviços de saúde, é justamente a implementar satisfatoriamente as políticas públicas de saúde para que se atenda às peculiaridades e necessidades de cada região, sem apenas fornecer o serviço com base num padrão pré-estabelecido. Acerca da organização do SUS, Germano Schwartz faz referência à sua atividade regulamentadora e sobre sua estrutura de maneira de implementar as políticas regionais:

Essa organização sanitária está ligada a uma idéia sistêmica de saúde (até semanticamente), uma vez que entende que a organização deve ser feita de forma regionalizada, a fim de que se reduza a complexidade do tema, tratando-o a partir das peculiaridades de cada região. Também está comprometida com a busca de uma justiça social efetiva, preocupando-se com os pormenores regionais, no que atende aos princípios do Estado Democrático de Direito (SCHWARTZ, 2001, p. 103).

No que diz respeito à hierarquização, pode-se afirmar que o nível mais baixo corresponderia à atenção básica, compreendendo consultas médicas e odontológicas em diversas especialidades, vacinação, assistência pré-natal, atendimento feito pelas equipes de saúde da família, dentre outros. Por sua vez, o nível médio de complexidade compreenderia os procedimentos ambulatoriais e hospitalares de custo intermediários, como a hemodinâmica, exames de imagem, algumas cirurgias especializadas, dentre outros. Já o maior de complexidade compreende os procedimentos ambulatoriais ou hospitalares altamente tecnológicos e de alto custo, cujos exemplos são o tratamento de doenças raras, procedimento transexualizador, neurocirurgias, assistência de alta complexidade ao indivíduo com obesidade (cirurgia bariátrica), dentre outras questões que também são fornecidas pelo SUS aos cidadãos brasileiros (CUNHA, 2014).

Vale destacar ainda o princípio da unidade (ou unicidade) apontado por Sarlet e Figueiredo. Segundo os autores, a partir deste princípio o SUS é entendido como o único sistema público de saúde, pelo que visa superar a “multiplicidade de sistemas dos regimes anteriores, caracterizados por graves problemas de igualdade de acesso e de cobertura, não solucionados sequer pela criação do Sistema Nacional de Saúde ou do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 122). Ainda segundo os autores:

o princípio da unidade implica que os serviços e ações públicos de saúde, aqui abrangida a saúde complementar (isto é, a assistência prestada por particulares mediante contrato ou convênio com o Poder Público), são pautados por políticas, diretrizes e comando únicos. Interpretado conjugadamente à relevância pública, constitucional e indistintamente outorgada a todos os serviços e ações de saúde (art. 197, CF), o princípio da unidade justifica a vinculação dos particulares, ou seja, dos setores da saúde complementar e suplementar, a pelo menos algumas das demais diretrizes do SUS (SARLET; FIGUEIREDO, p. 122).

Nesse sentido, a unidade do sistema é perceptível na medida em que abrange não só o ente público, mas também os particulares que estão participando da assistência à saúde por meio de convênios ou contratos como o Poder Público, como por exemplo as entidades filantrópicas que prestam serviços na área da saúde e recebem repasses de verbas.

No que tange à gestão e à formulação de diretrizes, verifica-se que as três esferas de governo têm responsabilidades bem delimitadas, sendo que a maior parte dos recursos vem da União, que estabelece as diretrizes nacionais, sendo que, em observância ao princípio da descentralização, verificou-se no plano nacional um aumento do destaque dado ao papel dos municípios na implementação e execução dos serviços e ações, aderindo ou não aos programas nacionais, bem como podem construir e manter as estruturas físicas. (FREITAS; ARAUJO, 2018).

Conforme o texto constitucional, trata-se de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde, assistência pública e promover programas de saneamento básico, na forma do artigo 23, incisos II e IX, da CRFB/88. A carta constitucional também estabelece de forma expressa que caberá concorrentemente à União, aos Estados e Distrito Federal legislar sobre a proteção e defesa da saúde, competindo à União elaborar apenas as normas de caráter geral, ficando reservados aos Estados, a competência suplementar, na forma do disposto no artigo 24, incisos XII e parágrafos 1º, 2º e 3º da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Vale frisar ainda que a municipalização pretendida pelo constituinte fica demasiadamente evidenciada pelo da CRFB/88 ter fixado expressamente as competências legislativas e administrativas dos Municípios em seu artigo 30, reservando aos Estados a denominada competência residual ou remanescente. Portanto, as matérias legislativas ou administrativas não atribuídas declaradamente à União ou aos Municípios poderão ser disciplinadas pelos Estados Membros. Germano Schwartz (2001, p. 105) enfatiza com pertinência que existe uma importante associação entre a municipalização perseguida pelo constituinte e a democracia, uma vez que “A municipalização da saúde é uma exigência da

organização nacional, pois descentralizar é, antes de tudo, uma questão de democracia, visto que coloca em primeiro plano as necessidades locais”, o que claramente visa também dar efetividade ao princípio da descentralização.

Porém, cumpre destacar que “a CF/88 não isentou qualquer ente federativo da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde” (DALLARI, 1995, p. 42). Neste cenário, os Estados apoiam a implementação das redes de atenção nos municípios, controlam e monitoram os repasses de recursos federais e são essenciais na integração dos municípios com a União Federal (FREITAS; ARAUJO, 2018). Portanto, os Estados também têm importante função na condução do SUS, seja pelas competências legislativas, seja pelas competências administrativas.

Da análise dos artigos 16 a 18 da Lei nº 8080/90, depreende-se a forma das definições de competências dos três entes federativos (União, Estados, Municípios) no que tange à efetiva direção do SUS, o que, por óbvio, também decorre do que está determinado no texto constitucional.

No âmbito federal, onde maior órgão da saúde pública se encontra – Ministério da Saúde – que inclusive será o responsável pela nacional do SUS, verifica-se são atribuídas as ações relativas ao planejamento, incentivo e cooperação técnica nas políticas públicas de saúde, assim como promover a descentralização dos serviços e ações de saúde para as unidades federadas e para os municípios (BRASIL, 1990).

No âmbito estadual do SUS, através de sua respectiva Secretaria de Saúde Estadual, percebe-se que são atribuídos o dever de promover a descentralização das ações e serviços de saúde para os municípios, bem como fornecer, para a concretização deste objetivo, todo o apoio técnico-financeiro necessário que se fizer necessário (BRASIL, 1990), o que evidencia um papel de “coadjuvante” ao gestor público estadual. Nesse sentido, aduz Felipe Asensi:

A LOS estabelece em seu artigo 15 as atribuições comuns dos três entes da Federação. A relação de atribuições é decisiva para que os diversos governos possam fazer esforços e estratégias comuns para a efetivação da saúde. O efeito prático é a necessidade de os três entes da Federação conjugarem esforços para que efetivem a saúde no Brasil (ASENSI, 2015, p. 150).

Por fim, cabe à direção municipal do SUS, por intermédio da Secretaria Municipal de Saúde, participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do sistema de saúde, em articulação com sua direção estadual, bem como formar consórcios administrativos intermunicipais (BRASIL, 1990). Destaque-se que, em

conformidade com o disposto na própria CRFB/88, os Municípios poderão editar leis próprias para atendimento às demandas locais.

4.2 O (DES)FINANCIAMENTO DO SUS

Os constituintes consagraram na CRFB/88 a garantia de novos direitos fundamentais sociais, aqui incluso o direito à saúde, bem como foram consagrados princípios de organização da política social, os quais, pelo menos quanto às suas definições, modificaram alguns pilares básicos do sistema anterior de proteção social, sendo que na área da saúde ainda foram promulgadas as leis 8.080/1990 e 8.142/1990, como já mencionado na presente dissertação. Neste cenário, em capítulo específico, denominado Seguridade Social, foram garantidos os direitos universais de cidadania para à saúde, assistência social e previdência (BRASIL, 1988), sendo que nesse contexto nasceu o SUS enquanto um sistema de saúde.

No que tange ao financiamento do SUS, conforme já mencionado anteriormente, boa parte do financiamento do SUS é oriundo do orçamento da Seguridade Social, além dos recursos provenientes da União, Estados, Municípios e outras fontes. Com a promulgação da CRFB/88, a saúde deveria ser financiada por recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das contribuições sociais, conforme se depreende do artigo 195 da carta constitucional (BRASIL, 1988).

As principais contribuições sociais no financiamento da política pública de saúde no Brasil são a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), a Contribuição sobre o Lucro Líquido de Empresas (CSLL) e, enquanto esteve em vigor, a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Essas três contribuições sociais, como já mencionamos, foram responsáveis na década compreendida entre 1997 e 2007 por 70% (setenta por cento) do orçamento do SUS (MARQUES, 2017).

Cumprir mencionar que o artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, doravante denominado ADCT, da CRFB/88, determinava que deveria ser implementado o percentual mínimo de trinta por cento do Orçamento da Seguridade Social (OSS) a ser investido na política pública de saúde, excluído o seguro-desemprego (BRASIL, 1988). De igual modo, o artigo 32 da Lei 8.080/1990 estipulava como outras fontes os recursos provenientes de: Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde; ajuda, contribuições, doações e donativos; alienações patrimoniais e rendimentos de capital; taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais (BRASIL, 1990).

Ocorre que não houve o correto cumprimento da disposição contida no artigo 55 do ADCT, sendo que também no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a CRFB/88 não definiu quais seriam os patamares mínimos de aplicação em saúde, bem como inexistia um sistema de informação que possibilitasse a consolidação do gasto dos entes federados com o SUS, o que constituía desafio complexo sobre o financiamento. (SERVO *et al*, 2020, p. 116). Neste cenário, verificou-se um movimento no Congresso para que houvesse uma proposta de vinculação das três esferas de governo, conforme destacam Servo *et al*, o que ficou mais evidente com a promulgação da EC/29:

A vinculação foi finalmente instituída com a EC 29, estabelecendo para os estados uma aplicação mínima de recursos em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) de 12% de seus recursos próprios (o que inclui impostos diretamente arrecadados e as transferências constitucionais e legais); para os municípios, 15% dos seus recursos próprios; e para o Distrito Federal, 12% e 15% de acordo com a natureza da receita, se de base estadual ou municipal, respectivamente. Essas regras permanecem vigentes para os entes subnacionais. No caso da União, a EC 29 definiu como aplicação mínima o valor empenhado no ano anterior, acrescido da variação nominal do PIB (SERVO *et al*, 2020, p. 117).

Na mesma linha, a edição da Lei Complementar 141/2012 foi demasiadamente relevante por apresentar melhor delimitação sobre as despesas que poderiam ser consideradas em ações e serviços públicos de saúde, bem como restou estabelecido algumas sanções aos entes que descumprissem com os patamares mínimos, ainda que esta Lei tivesse frustrado aqueles que aguardavam uma ampliação dos recursos para a saúde (SERVO *et al*, 2020, p. 117). Ainda assim, verifica-se que houve uma ligeira preocupação no estabelecimento de patamares mínimos de investimento na área sanitária, o que pode ser considerado um avanço na área.

Nesse aspecto, a EC 29/2000 combinada com a Lei Complementar 141/2012 promoveram uma verdadeira descentralização dos recursos investidos pela União, com o consequente aumento da participação dos Estados e dos Municípios no total do gasto público na área sanitária. Ocorre que, conforme aduzem Mendes e Funcia (2016), em que pese o notável avanço no que toca ao financiamento, o que se denota do aumento da participação das três esferas de governo no financiamento da saúde, o investimento poderia ser ainda maior se os Estados e a União aplicassem recursos legalmente adequados:

o volume de recursos poderia ter sido mais elevado se o governo federal e os Estados tivessem cumprido a EC/29 de maneira plena, sem utilizar de diferentes mecanismos que reduziram a alocação de recursos decorrente de interpretações no mínimo questionáveis sobre critérios estabelecidos pela Emenda. Diferentemente dos Municípios, cuja aplicação efetiva está muito acima do mínimo de 15% exigido, as esferas nacional e estadual de governo aplicaram muito próximo do parâmetro mínimo

constitucional, o que parecia indicar que consideravam esse parâmetro não como um “pisso”, mas sim um “teto” de aplicação (MENDES; FUNCIA, 2016, p. 155).

No entanto, em que pese os avanços de certa forma contidos, vislumbra-se um cenário não favorável para a continuidade do financiamento da saúde, o que inclusive tende a ser agravado pela Emenda Constitucional 95/2016 que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, além de dar outras providências (BRASIL, 2016). Isto porque essa PEC aprova um congelamento do investimento público, impondo uma limitação por meio de um teto de gastos das despesas primárias, que tende a vigorar por vinte exercícios financeiros, isto é, de 2016 a 2036 (BRASIL, 2016). Neste cenário, ocorre um impacto direto nas políticas públicas essenciais para o desenvolvimento nacional, principalmente na área da saúde e educação.

Como relatam Vieira e Benevides (2016), a Emenda Constitucional 95/2016 consiste numa proposta de reforma estatal, na medida em que desfinancia as estratégicas políticas públicas de saúde e educação:

Trata-se, portanto, de uma reforma implícita do Estado: a EC 95 dá corpo ao “Novo Regime Fiscal” (NRF), sem revelar a real intenção de reduzir a participação das despesas primárias em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), implicando a redução da participação do Estado em diversas políticas públicas, entre as quais as de saúde e de educação. Não é por outra razão que a proposta do NRF surge como emenda à constituição, dado que essas duas políticas têm percentuais garantidos de receitas definidos na CF 1988. Ou seja, se a intenção da EC 95 não fosse reduzir a participação das despesas com saúde e educação em proporção do PIB, tal reforma não necessitaria ser inscrita na Constituição (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 3-4)

Segundo estimativa apresentada por Vieira e Benevides (2016), a Emenda Constitucional 95/2016, proposta pelo poder Executivo e aprovada pelo Congresso Nacional, poderá retirar de investimento do SUS cerca de R\$ 400 bilhões de reais num prazo de 20 anos, considerando-se o crescimento anual do Produto Interno Bruto – PIB a 2,0% (dois por cento) e a taxa de variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) em 4,5% (quatro e meio por cento). Richard Albert (2018) classifica o fenômeno de aprovação de emendas constitucionais como contrário aos direitos sociais fundamentais. Segundo o autor:

Algumas emendas constitucionais não são emendas, em absoluto. Elas são esforços autoconscientes para repudiar as características essenciais da Constituição e destruir suas fundações. Elas desmantelam as estruturas básicas da Constituição enquanto, ao mesmo tempo, fundam uma nova baseada em princípios contrários aos da antiga. Essas mudanças constitucionais geram consequências para todo o direito e sociedade (ALBERT, 2018, p. 2-3).

Vale frisar que existem algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionam a constitucionalidade desta Emenda Constitucional, porém, diante da improcedência declarada no resultado do julgamento da ADI 5.595, que questionava a constitucionalidade da Emenda Constitucional 86/2015, pode-se esperar novas sentenças de improcedência o que permite esse desfinanciamento crônico. Inclusive, ao comparar a emenda 86/2015 com a EC 29/2000, Alethele Oliveira Santos, Maria Celia Delduque e Sandra Mara Campos Alves destacam uma “notória diferença, até porque não há previsão legal que impeça que os valores aplicados em saúde retroajam – dando prevalência ao princípio da reserva do possível” (SANTOS; DEDULQUE; ALVES, 2016, p. 2)

Nesse aspecto, verifica-se uma clara tentativa do Estado de se esquivar do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Verifica-se que essa desconstrução orçamentária constitucional que atinge constantemente o financiamento da política pública de saúde no Brasil faz com que não se consolide os objetivos, princípios e diretrizes do SUS, forçando a consolidação de aplicação reiterada do princípio da reserva do possível financeira, limitando-se a garantir o mínimo existencial, ou mesmo um mínimo vital, de saúde pública para o cidadão.

Por conseguinte, ante o quadro iminente de desfinanciamento da saúde, verifica-se que há uma necessidade de maior investimento em políticas públicas sanitárias, que promovam uma retomada do investimento *per capita*, com o fito de consolidar efetivamente o SUS, para que os serviços oferecidos neste sistema atinjam a integralidade e universalidade, estas previstas pela própria CRFB/88.

É válido destacar ainda que, na forma do artigo da Emenda Constitucional 29/00, restou determinada a obrigação para os entes da federação de aplicação de recursos mínimos em saúde, sendo que as diretrizes sobre a aplicação da referida emenda foram aprovadas no Conselho Nacional de Saúde (CNS) na forma da Resolução nº. 322, de 8 de maio de 2003, de modo que os cálculos apresentados representam os percentuais mínimos a serem aplicados pelos Estados e municípios durante a regra de transição, de 2000 a 2004, tendo em vista que anteriormente à Emenda Constitucional nº 29 não se respeitava um patamar mínimo de aplicação (CAMPELLI; CALVO, 2007).

Diante dos parâmetros da mencionada resolução, restou definido que os Estados deveriam obedecer ao limite mínimo de 12% do produto da arrecadação dos impostos de sua competência, bem como dos recursos provenientes de transferências da União de que tratam os artigos 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II da CRFB/88, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos municípios. Por sua vez, os Municípios devem observar o percentual mínimo

de 15% do produto da arrecadação dos impostos de sua competência, bem como dos recursos provenientes das transferências da União e dos Estados de que tratam os artigos 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º da CRFB/88 (CAMPELLI; CALVO, 2007).

Nessa perspectiva, evidencia-se um patamar mínimo a ser aplicado em saúde o que deve ser observado por todos os entes federativos. Observa-se ainda uma grande valorização do desejado aumento da autonomia dos Municípios no que diz respeito à condução das políticas públicas. No entanto, é incontroverso que a judicialização da saúde acaba por prejudicar a esmerada aplicação e observação destes patamares mínimos.

4.3 COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL NA ÁREA DA SAÚDE

A CRFB/88 estruturou um sistema que combina competências exclusivas e privativas com competências comuns e concorrentes, visando atingir a reconstrução de um Sistema Federativo com base em critérios que preservem a autonomia e o equilíbrio das entidades federativas, bem como o desenvolvimento de suas atividades normativas. Inclusive, segundo Luísa Rodrigues Alves da Cunha, a carta constitucional se preocupou em:

“definir as atribuições de cada entidade federada, notadamente porque foram inseridos alguns direitos fundamentais, que antes eram inexistentes, ou existiam, mas não chegaram a ser efetivamente implementados, e que reclamavam uma atuação positiva por parte do Estado em razão de sua natureza prestacional” (CUNHA, 2015, p. 32).

Ainda segundo Cunha (2015, p. 32), o princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades federativas é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão as matérias e questões de predominante interesse geral ou nacional; aos Estados ficarão reservadas as matérias e assuntos de predominante interesse regional; e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local. Nesse aspecto, verifica-se que há uma fundamentação na técnica de enumeração dos poderes da União, conforme se depreende dos artigos 21 e 22 da CRFB/88, com poderes remanescentes para os Estados, conforme previsão do artigo 25, § 1º da carta constitucional, e, por fim, poderes definidos indicativamente para os Municípios, na forma do artigo 30 (BRASIL, 1988)

No que tange às competências comuns, verifica-se a previsão de atuação paralela da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no artigo 23 da CRFB/88, vislumbrando-se ainda uma possibilidade de delegação, conforme previsão do artigo 22, § único, bem como com setores concorrentes entre União, Distrito Federal e Estados, tendo em vista o disposto no artigo

24, em que a competência para estabelecer políticas, diretrizes e normas gerais cabe à União, ao passo que aos Estados e Municípios são conferidos competência suplementares (SILVA, 2005, p. 479).

Ainda no que diz respeito à natureza e sua vinculação cumulativa a mais de uma entidade de governo, verifica-se que a CRFB/88 estabelece a competência exclusiva da União nos artigos 21, incisos I a XXV, a qual se refere aos poderes materiais da União, como a soberania a defesa do Estado e da estrutura federal de administração e fiscalização econômico-financeira. A CRFB/88 ainda estabelece a competência legislativa exclusiva da União nos artigos 22, incisos I a XXIX, e § único, a qual incorpora os preceitos declaratórios e autorizativos da competência geral na legislação federal, através da lei ou da norma jurídica, sob comando privativo da União Federal por intermédio dos órgãos de manifestação da vontade legislativa (BRASIL, 1988). Frise-se que, em que pese estas delimitações da competência privativa, há possibilidade de delegação e suplementação para outros entes federados, conforme se depreende dos artigos 22, § único e 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da carta constitucional (BRASIL, 1988).

No que tange à competência comum, verifica-se que a CRFB/88 condensa obrigações do Poder Público, na medida em que estabelece preceitos e recomendações dirigidas aos três entes federativos, o que pode ser traduzido em intenções programáticas do constituinte originário que estão reunidas em regras não exclusivas sem privatividade e que devem ser de observância obrigatória para todos os níveis de governo, na forma do estabelecido no artigo 23, incisos II e IX que constam na carta constitucional, que determinam que cabe à União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência pública, bem como promover programas de saneamento básico (BRASIL, 1988).

Destaque-se ainda que, no que diz respeito à competência concorrente legislativa, verifica-se que a CRFB/88 confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal, destinando ao primeiro ente a formulação de normas gerais e suplementares, o que pode se tornar pleno para os Estados face à inexistência de edição de normas gerais da União. Sobre o tema, leciona Gilberto Bercovici (2002, p. 15) que “A materialização da coordenação na repartição de poderes são as competências concorrentes. A União e os entes federados concorrem em uma mesma função, mas com âmbito e intensidade distintos.”

Nesse sentido, a competência dos Estados-membros será sempre plena no que não contrarie a disposição federal, sendo esta preexistente ou superveniente em relação àquela, a fim de suplementar suas necessidades ou peculiaridades regionais. Nessa perspectiva, cumpre mencionar a crítica de Alexandre de Moraes, que em interessante trabalho sobre o Federalismo,

defende que se faz necessária um fortalecimento das competências dos Estados-membros, o quais não estariam fazendo bom uso das determinações que a CRFB/88 lhes concedeu (MORAES, 2009, p. 25). Segundo o atual ministro do STF:

Um dos principais pilares de sustentação do Estado federal é o exercício autônomo, pelos entes federativos, das competências legislativas e administrativas constitucionalmente distribuídas. Para atingir tal finalidade, é imprescindível a recuperação do exercício de competências legislativas pelos estados-membros em matérias importantes e adequadas às peculiaridades locais (MORAES, 2009, p. 25).

Essa análise do atual ministro do STF é pertinente também para a área da saúde, tendo em vista as peculiaridades de cada Estado na condução dos serviços de saúde. Destaque-se ainda que cabe concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal a proteção e defesa da saúde, competindo à União a elaboração de normas gerais, ficando reservado aos Estados o poder suplementar, como já frisado, naquilo que não contrariar a legislação federal. Ocorre que não se exclui o Município desta equação da proteção e concretização do direito à saúde, tendo em vista o claro movimento de municipalização que a CRFB/88 adotou. Nesse aspecto, a carta constitucional, conforme previsão no artigo 30, incisos I, II e VII, obriga os Municípios a legislar e prestar serviços de saúde à população, tendo em vista que possui constitucionalmente competência para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementando no que couber a legislação federal e estadual (BRASIL, 1988), não se limitando ao cumprimento destas legislações.

Em observância ao princípio constitucional da descentralização dos serviços de saúde, a mencionada municipalização da saúde consiste em exigência a ser cumprida para que o Município possa dispor legal e materialmente sobre assuntos de interesse local. Nesse sentido, confere-se ao legislador municipal poder discricionário suficiente para editar normas que faça com que os Municípios alcancem satisfatoriamente seus objetivos, diante das lacunas das leis federais e estaduais. Esse movimento da municipalização pode ser inclusive observado nas disposições da Lei nº 8.080/1990, conforme previsão do artigo 15, incisos V, VI, XI, XVI, XX e XXI, que atribuem ao Município a competência para elaborar normas e padrões de qualidade de assistência à saúde, à proteção da saúde do trabalhador, de fomento à pesquisa, e planejamento de políticas sanitárias. Sueli Dallari leciona sobre a importância do papel da competência municipal em matéria de saúde:

Não se deve porém, esquecer que a municipalização dos setores de saúde é exigência da organização nacional. Com efeito, a declaração de descentralização, com direção

única em cada esfera de governo, contida na Constituição da República, reserva poder político para os municípios em matéria de saúde (DALLARI, 1995, p. 83).

Vale destacar ainda que, conforme análise dos artigos 16 a 18 da Lei nº 8.080/1990 realizada no tópico acima, pode-se identificar a forma de distribuição de competências na direção do SUS entre os entes federativos, sendo certo que é definido como competência da União a realização das ações de planejamento e incentivo à cooperação técnica na política sanitária, ao passo que é competência dos Estados-membros e Distrito Federal o dever de promover a descentralização das ações de saúde para os Municípios, devendo sempre fornecer o apoio técnico-financeiro necessário, além de executar, em caráter complementar, as ações de vigilância epidemiológica, sanitária, alimentação, nutrição e saúde do trabalhador. Por fim, compete aos Municípios a participação no planejamento das políticas sanitárias junto aos demais órgãos federativos, bem como compete a normatização complementar das ações e serviços públicos de saúde dentro do seu âmbito de atuação.

Nesse sentido, diante do exposto, verifica-se uma importante integração do SUS, o que decorre da CRFB/88, mas também das leis infraconstitucionais que surgem para materializar o sistema. Inclusive, no que diz respeito à competência concorrente em saúde no âmbito do SUS, bem como no que tange à forma federativa vigente no cenário brasileiro, verifica-se a presença do federalismo cooperativo, posto que a partir deste:

Inicia-se a execução comum das tarefas políticas por um critério que, além de supor o acordo, ou a vontade recíproca do trabalho conjunto, estabelece a prioridade para determinar a disciplina no exercício daquela atividade. É a chamada competência concorrente. Sua caracterização depende, portanto, da existência de uma única tarefa, que será desempenhada por mais de uma unidade federativa, segundo um critério de primazia anteriormente definido. Quando não existe primazia entre os responsáveis pela execução do encargo, mas, ao contrário, supõe-se a igualdade das diversas esferas federativas, que devem agir em conjunto, “sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra”, fala-se em competência comum (DALLARI, 1995, p. 38).

Portanto, o federalismo cooperativo pressupõe uma autonomia dos entes federados, na medida em que implica no compartilhamento das ações e serviços de maneira a organizar um sistema de saúde único e descentralizado, com comando único em cada esfera de governo, sendo certo que, inseridos no contexto de um Estado Democrático de Direito, as unidades federadas podem se organizar e funcionar normalmente, desde que respeitem dentro de seu território os direitos e garantias fundamentais, devendo o Estado planejar e executar suas ações e serviços de saúde com respeito aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da justiça social e do respeito à dignidade da pessoa humana, o que decorre da própria CRFB/88 (BRASIL, 1988). Weichert salienta que “A Constituição brasileira de 1988 optou por um

federalismo cooperativo, estruturado através de uma repartição horizontal e vertical limitada de competências” (WEICHERT, 2000, p. 12).

Nesse sentido, inobstante a forte tendência centralizadora do federalismo brasileiro, cujo poder se encontra boa parte nas mãos da União, não se pode deixar de inserir o SUS em modelo constitucional que dá ênfase à construção de um sistema nacional de serviço público de saúde, ainda que em eventual detrimento de parcela da autonomia dos demais entes integrantes da federação. Segundo Weichert:

A saúde é tutelada, enquanto direito individual e social, em vários dispositivos constitucionais. Prover o direito à saúde é competência executiva comum de todos os entes públicos. No campo da competência normativa, legislar sobre saúde é tarefa repartida verticalmente, cabendo à União editar normas gerais, aos Estados complementá-las, e aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual, no que for pertinente com as peculiaridades locais. A Constituição de 1988 determinou que o exercício da competência executiva comum na área da saúde se daria sob um sistema único, o SUS, formando uma rede regionalizada e hierarquizada (WEICHERT, 2000, p. 13).

Nesse sentido, verifica-se que os Estados e Municípios não tem a opção de aderir ou não ao SUS, ante a repartição vertical estabelecida, sendo incontroverso que, no plano nacional, a direção cabe à União, a qual também é a maior responsável pelo financiamento do sistema. Logo, em função da unidade de coordenação do sistema, bem como em virtude do expressivo financiamento federal das atividades (ações e serviços) de saúde, faz-se necessário o reconhecimento de que a União poderá controlar e fiscalizar a atuação dos demais entes federativos. Destaque-se que não se está defendendo que uma sobreposição da União sobre os demais entes federados, afinal, de acordo com o princípio da unicidade mencionado acima, o sistema é único, sendo que cada um dos entes federativos possui sua competência e responsabilidade, ainda que o SUS implique em sacrifício de parcela da autonomia dos Estados e dos Municípios. Ocorre que esse “sacrifício” da autonomia não desfigura o federalismo, uma vez que a forma de federalismo adotada pelo texto constitucional brasileiro apresenta suas peculiaridades, diante da repartição de competências vertical mencionada por Weichert acima, pelo que se identifica uma cooperação entre os três níveis de governo.

Na repartição de competência na área da saúde, a cooperação se materializa nas competências comuns expressas no texto constitucional, onde todos os entes da federação devem colaborar para a execução das tarefas determinadas na CRFB/88, pelo que não pode nenhum dos entes federados se eximir de implementar as políticas públicas de saúde. Para Gilberto Bercovici, o federalismo cooperativo pressupõe a estreita interdependência que existe em inúmeras matérias e programas de interesse comum, pelo que se viabiliza a existência de

um mecanismo unitário de decisão, em que os integrantes da Federação participam de modo ativo, pois “Na cooperação, em geral, a decisão é conjunta, mas a execução se realiza de maneira separada, embora possa haver, também, uma atuação conjunta, em especialmente no tocante ao financiamento das políticas públicas” (BERCOVICI, 2002, p. 17). É válido ainda destacar que no período pandêmico, o STF reforçou, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341:

as competências comuns e concorrentes dos entes federativos frente à saúde, com destaque para suas autonomias. Se é certo que a decisão do STF afirma a posição da União, também, por outro lado, dá amparo e respaldo para as ações estaduais e municipais de distanciamento social e funcionamento de estabelecimentos comerciais, como desdobramento das competências compartilhadas (IORIO FILHO; SILVA, 2020, p. 1061).

É válido destacar que, na forma da CRFB/88, o Brasil adota um complexo sistema de repartição de competências, tendo em vista que aborda tanto a repartição horizontal (de competências enumeradas e remanescentes) quanto a repartição vertical (de competências concorrentes e comuns), o que foi adotado com o fito de alcançar equilíbrio no federalismo, no qual se permeiam competências privativas ou exclusivas, remanescentes, comuns e concorrentes entre os entes federativos (FERNANDES, 2017, p. 885).

Nesse sentido, percebe-se que as competências constitucionais são dispositivos importantes para que se compreenda como se dá a coordenação do SUS, sendo que visa a consecução de um objetivo comum, qual seja, a efetivação do direito à saúde no âmbito nacional, sempre se observando as peculiaridades de cada Estado e Município, os quais recebem diversas verbas da União, cabendo ao ente central realizar o controle prévio e fiscalização posterior para a correta destinação da verba.

4.4 A IMPORTÂNCIA DAS NORMAS OPERACIONAIS E COMISSÕES INTERGESTORES

Como visto, a CRFB/88, ao tutelar a saúde como direito social fundamental, atribuiu responsabilidade pela prestação dos serviços a todos os entes federados, determinando as competências de cada um destes, bem como esclarecendo como que o SUS consistiria num sistema de saúde único que formaria uma rede regionalizada e hierarquizada. Frise-se ainda que o SUS é pautado pela descentralização executiva em cada esfera do Governo, na medida em

que a direção é única em cada ente federado, ainda que a coordenação seja centralizada nas mãos da União, conforme acima explanado.

A Lei nº 8.080/1990 é a norma infraconstitucional que regulamenta e da materialidade ao SUS, estabelecendo toda a estruturação necessárias, as diretrizes e os objetivos do sistema de saúde (BRASIL, 1990). Como um complemento à Lei nº 8.080/1990, foi editada a Lei nº 8.142/1990, cuja finalidade precípua era regular o princípio constitucional da participação social da comunidade brasileira na gestão do SUS, ou seja, disciplina a participação da comunidade na gestão do SUS, inclusive conferiu à sociedade o poder de decidir sobre a implementação de determinadas políticas públicas, visando efetuar o controle social do SUS (BRASIL, 1990a).

Em atenção ao princípio da participação e do controle social, a Lei n. 8.142/90 criou os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde, ambos nos âmbitos federal, estadual e municipal, sendo que os Conselhos têm caráter permanente e deliberativo, sendo que 50% dos devem representar os usuários, 25%, os trabalhadores da saúde e 25%, os gestores e prestadores de serviço (FREITAS; ARAUJO, 2018, p. 19).

As Conferências de Saúde consistem em importantes fóruns de participação de vários segmentos sociais que podem ser convocadas pelo Poder Executivo ou pelos próprios Conselhos, avaliando a situação de saúde e propondo diretrizes, ao passo que os Conselhos formulam as estratégias para o enfrentamento das questões de saúde e controlam a execução das políticas pelo gestor. As diretrizes formuladas pelos Conselhos são posteriormente homologadas pelo chefe do poder Executivo do respectivo âmbito federativo (FREITAS; ARAUJO, 2018, p. 19).

Ocorre que, diante da necessidade de serem criadas e instituídas condições que viabilizassem a plena efetivação do direito à saúde, foram criadas pelo Ministério da Saúde (órgão da União) as Normas Operacionais Básicas (NOBs), as Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOASs) e, atualmente o Pacto pela Saúde, como instrumentos institucionais de regulamentação do Sistema Único de Saúde. Segundo Leonardo Trevisan as NOBs:

A Norma Operacional Básica é a portaria do governo federal que define objetivos e diretrizes estratégicas para o processo de descentralização e de relações entre as esferas de governo. Esse dispositivo infralegal possui caráter transitório, podendo ser reeditado ou alterado a qualquer momento. Como o sistema é operado por NOBs “federais” o conceito de descentralização cai em uma espécie de “vácuo decisório” plenamente preenchido pela instância federal porque, enfim, o recurso financeiro, ou melhor a liberação dele, é sempre um ato “de Brasília” (TREVISAN, 2007, p. 243).

Por sua vez as NOASs tempo objetivo “ampliar as responsabilidades dos municípios na atenção básica, mas, efetivamente, aumentar as responsabilidades (e o poder) das secretarias estaduais de saúde na gestão do SUS em relação aos subsistemas de pré-pagamento” (TREVISAN, 2007, p. 248). Nesse sentido, verifica-se que a NOBs e a NOAs definem estratégias e movimentos táticos que orientam a operacionalização do Sistema, bem como estabelecem as regras para que proceda à concretização do direito constitucional à saúde, observando a plena aplicação das diretrizes estabelecidas na Lei nº 8.080/1990 e na Lei nº 8.142/1990.

Diante do que preceitua a descentralização, ainda foram estabelecidos, além dos entes federados, alguns espaços institucionais que influenciam a tomada de decisões e a criação e revisão das diretrizes do SUS. Nesse sentido, é dessa forma que, embora o gestor federal tenha a competência para a formulação das diretrizes gerais, elas são discutidas, pactuadas e aprovadas na Comissão Intergestores Tripartite, que foi regulamentada pela Portaria nº 1.180, de 22 de julho de 1991 e é composta por gestores das três esferas federativas (BRASIL, 1991), sendo prevista pela primeira vez na Norma Operacional Básica nº 01/91.

De igual modo, verifica-se no âmbito estadual as Comissões Intergestores Bipartites, que contam com representantes das secretarias estaduais e municipais de saúde. Destaque-se ainda que o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) consistem em entidades representativas dos entes estaduais e municipais que vão tratar de matérias referentes à saúde, inclusive para os fins de indicar os representantes nas mencionadas Comissões (FREITAS; ARAUJO, 2018, p. 19)

Num momento posterior, o decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2.011 disciplinou estas Comissões Intergestores, definindo os âmbitos de atuação de cada uma, de modo que essas Comissões deverão pactuar

aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do Sistema Único de Saúde, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos de saúde; diretrizes gerais sobre Regiões de Saúde, integração de limites geográficos, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federativos; diretrizes de âmbito nacional, estadual, regional e interestadual, a respeito da organização das redes de atenção à saúde, principalmente no tocante à gestão institucional e à integração das ações e serviços dos entes federativos; responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades individuais e as solidárias e referências das regiões intraestaduais e interestaduais de atenção à saúde para o atendimento da integralidade da assistência (BRASIL, 2011).

Para a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) restaram algumas competências exclusivas, sem possibilidade de delegação, de pactuação que se refira a diretrizes gerais para a composição da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), como os critérios de planejamento integrado das ações e serviços de saúde da Região de Saúde em razão do compartilhamento da gestão, e também as diretrizes nacionais do financiamento e das questões operacionais das Regiões de Saúde situadas em fronteiras com outros países, desde que observadas as regras de Direito Internacional (BRASIL, 2011).

Em síntese, os Conselhos Municipais e as Secretarias Municipais de Saúde organizam um plano de ações e serviços de saúde que serão implementados e desenvolvidos no município, sendo que, quando da aprovação do plano no âmbito respectivo, seu conteúdo deve ser deliberado e apreciado pela Comissão Intergestores Bipartite daquele Estado da federação, que, após a aprovação, encaminha para apreciação do Conselho Estadual de Saúde, o qual posteriormente encaminha para Comissão Intergestores Tripartite para que esta proceda à análise do plano (CUNHA, 2014, p. 65-66). Ainda segundo Cunha:

Atingido o acordo na Comissão Intergestores Tripartite, as ações e estratégias aprovadas são, então, encaminhadas ao Conselho Nacional de Saúde que, após manifestação favorável, deverá encaminhá-las ao Ministério de Saúde para ulterior definição daquilo que será desenvolvido em âmbito nacional. Diante das definições traçadas pelo Ministério da Saúde, haverá nova reunião na Comissão Intergestores Tripartite, a fim de que as responsabilidades e o modo de atuação sejam distribuídos aos entes federativos nos termos da legislação vigente (CUNHA, 2014, p. 66).

Verifica-se que as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, bem como os demais instrumentos de controle social, permitem a formulação de políticas de fomento à ações e serviços de saúde e também conseguem materializar tais políticas, possibilitando à sociedade o gozo e exercício do direito à saúde como direito de todos e obrigação do Estado, na forma prevista no artigo 196 da CRFB/88.

Nesse contexto, verifica-se como se dá a perseguida municipalização dos serviços de saúde, o que já havia sido ventilado na presente pesquisa como uma das grandes intenções do constituinte originário, o que seria possibilitado pela descentralização e regionalizações das ações e serviços de saúde.

4.5 REDES DE ATENÇÃO À SAÚDE – RAS

O SUS, dentre suas principais diretrizes, possui a universalidade, integralidade, equidade da assistência à saúde e a descentralização dos serviços, conforme já mencionado

anteriormente neste trabalho. Ocorre que o Brasil é um país continental que possui uma heterogeneidade regional das condições socioeconômicas, o que torna a organização do sistema, bem com sua gestão, demasiadamente complexas. Visando enfrentar a fragmentação da atenção à saúde, em 2010 o Ministério da Saúde adotou como recurso, no âmbito do SUS, a organização da Rede de Atenção à Saúde (RAS), visando ampliar o acesso a serviços de saúde de maior qualidade e resolutividade, além de otimizar recursos, racionalizar gastos e reduzir as desigualdades, sendo que essa rede foi formalizada em 2010 pela Portaria n. 4.279 e reeditada pela Portaria de Consolidação nº 3 (BRASIL, 2017), ambas do Ministério da Saúde, são elas: Rede de Atenção Materna e Infantil (Rami); Rede de Atenção às Urgências e Emergências (RUE); Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas; Rede de Atenção Psicossocial (RAPS); Rede de Cuidados à Pessoa com Deficiência. Segundo Eugênio Vilaça Mendes, as redes de atenção à saúde são:

organizações poliárquicas de conjuntos de serviços de saúde, vinculados entre si por uma missão única, por objetivos comuns e por uma ação cooperativa e interdependente, que permitem ofertar uma atenção contínua e integral a determinada população, coordenada pela atenção primária à saúde - prestada no tempo certo, no lugar certo, com o custo certo, com a qualidade certa e de forma humanizada -, e com responsabilidades sanitárias e econômicas por esta população (MENDES, 2010, p. 2300).

Vale salientar que a Portaria de consolidação nº 3 define as redes de atenção como “arranjos organizativos de ações e serviços de saúde, de diferentes densidades tecnológicas, que integradas por meio de sistemas de apoio técnico, logístico e de gestão, buscam garantir a integralidade do cuidado” (BRASIL, 2017). Por sua vez, a Política Nacional de Atenção Básica foi aprovada e estabelecida pela Portaria nº 2.436, de 21 de setembro de 2017 (BRASIL, 2017a), visando o estabelecimento da revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do SUS. O artigo 2º desta última portaria define o que é a Atenção Básica:

A Atenção Básica é o conjunto de ações de saúde individuais, familiares e coletivas que envolvem promoção, prevenção, proteção, diagnóstico, tratamento, reabilitação, redução de danos, cuidados paliativos e vigilância em saúde, desenvolvida por meio de práticas de cuidado integrado e gestão qualificada, realizada com equipe multiprofissional e dirigida à população em território definido, sobre as quais as equipes assumem responsabilidade sanitária (BRASIL, 2017a).

Outro aspecto importante trazido pela Portaria é considerar os termos Atenção Básica e Atenção Primária à Saúde, nas atuais concepções, como termos equivalentes, de forma a associar a ambas os princípios e as diretrizes que devem ser seguidos para a estruturação das

redes de atenção à saúde (BRASIL, 2017a). Segundo Eugênio Vilaça Mendes “Os sistemas de atenção à saúde são respostas sociais deliberadas às necessidades de saúde da população” (MENDES, 2010, p. 2298).

A Portaria de Consolidação nº 3 do Ministério da Saúde reconhece que o modelo de atenção à saúde vigente está fundamentado nas ações curativas, centrado no cuidado médico e estruturado com ações e serviços de saúde dimensionados a partir do oferecimento dos serviços de saúde, o que tem se mostrado insuficiente para a resolução das demandas e dos desafios sanitários atuais, bem como se apresenta como um modelo insustentável para enfrentamentos futuros (BRASIL, 2017).

Isso ocorre, em síntese, em virtude do cenário sanitário brasileiro ser caracterizado pela diversidade cultural de contextos regionais, bem como com marcantes e evidentes diferenças sócio econômicas, além de necessidades de saúde da população entre as regiões, o que é agravado pelo elevado peso da oferta privada e seus interesses e pressões sobre o mercado na área da saúde e pelo desafio de lidar com a complexa inter-relação entre acesso, escala, escopo, qualidade, custo e efetividade que demonstram a complexidade do processo de constituição de um sistema unificado e integrado no país (BRASIL, 2017). Nesse sentido, a Portaria elenca alguns dos problemas enfrentados pelo SUS:

(1) lacunas assistenciais importantes; (2) financiamento público insuficiente, fragmentado e baixa eficiência no emprego dos recursos, com redução da capacidade do sistema de prover integralidade da atenção à saúde; (3) configuração inadequada de modelos de atenção, marcada pela incoerência entre a oferta de serviços e a necessidade de atenção, não conseguindo acompanhar a tendência de declínio dos problemas agudos e de ascensão das condições crônicas; (4) fragilidade na gestão do trabalho com o grave problema de precarização e carência de profissionais em número e alinhamento com a política pública; (5) a pulverização dos serviços nos municípios; e (6) pouca inserção da Vigilância e Promoção em Saúde no cotidiano dos serviços de atenção, especialmente na Atenção Primária em Saúde (APS) (BRASIL 2017).

Eugênio Vilaça Mendes aduz que, para fins de discussão de uma proposta de organização de um sistema de saúde, o ponto de partida é analisar quais as necessidades mais evidentes da população brasileira, pelo que a situação dos brasileiros deve ser analisada de acordo com aspectos demográficos e epidemiológicos (MENDES, 2010, p. 2298).

Nessa linha, a Portaria de consolidação nº 3 também leva em consideração como está o atual perfil epidemiológico brasileiro, o qual é caracterizado pela persistência de doenças parasitárias, infecciosas e desnutrição características de países subdesenvolvidos, bem como um importante componente de problemas de saúde reprodutiva com mortes maternas e óbitos evitáveis de crianças, e, por fim, o complexo desafio ocasionado pelas doenças crônicas e seus

fatores de risco como sedentarismo, tabagismo, alimentação incorreta, obesidade, além de considerar o aumento das causas externas em decorrência da violência e dos acidentes de trânsito, o que faz com que seja necessária a ampliação do foco da atenção para a contenção das condições crônicas, sem deixar de atender a condições agudas (BRASIL, 2017).

De fato, são notórios os problemas enfrentados pelo SUS, o qual carece ainda atualmente de uma concretização efetiva, ainda que seja a política pública de saúde mais importante. Por conseguinte, verifica-se uma necessidade de integração e cumprimento das obrigações constitucionais impostas pelo constituinte originário, respeitando e observando as competências comuns, para que se alcance uma maior integração do sistema. Nesse sentido, a portaria de consolidação ressalta:

No campo das políticas públicas, comprometida com a garantia de oferecer acesso equânime ao conjunto de ações e serviços de saúde, a organização do Sistema em rede possibilita a construção de vínculos de solidariedade e cooperação. Nesse processo, o desenvolvimento da Rede de Atenção à Saúde é reafirmado como estratégia de reestruturação do sistema de saúde, tanto no que se refere a sua organização, quanto na qualidade e impacto da atenção prestada, e representa o acúmulo e o aperfeiçoamento da política de saúde com aprofundamento de ações efetivas para a consolidação do SUS como política pública voltada para a garantia de direitos constitucionais de cidadania (BRASIL, 2017).

Mendes (2010, p. 2298) destaca que a grande crise contemporânea que assola os sistemas de atenção à saúde surge em virtude de uma “incoerência entre uma situação de saúde de transição demográfica e de transição epidemiológica completa nos países desenvolvidos e de dupla ou tripla carga de doenças nos países em desenvolvimento”. Nesse sentido, a resposta das Redes de Atenção à Saúde tem sido insuficiente ou sem observar o correto direcionamento dos planos de atuação. Aduz o autor:

A situação de saúde de forte predomínio relativo das condições crônicas não pode ser respondida, com eficiência, efetividade e qualidade, por sistemas de saúde voltados, prioritariamente, para as condições agudas e para as agudizações de condições crônicas, e organizados de forma fragmentada. Essa crise decorre da incongruência entre uma situação de saúde do século XXI, convivendo com um sistema de atenção à saúde do século XX. Isso não deu certo nos países desenvolvidos e isso não está dando certo no Brasil, nem no setor público, nem no setor privado (MENDES, 2010, p. 2298-2299).

Nesse sentido, o objetivo principal da RAS no Brasil é promover a constitucionalmente exigida integração sistêmica, com ações e serviços de saúde, promovendo uma atenção contínua, integral (em observância ao princípio da integralidade), de qualidade responsável e humanizada, além de incrementar ao desempenho SUS, em termos de acesso, equidade, eficácia

clínica e sanitária, além de promover a melhor alocação possível dos recursos orçamentários (BRASIL, 2017), os quais, como já mencionado, são escassos.

Ainda segundo Eugênio Mendes, as redes de atenção à saúde apresentam três elementos essenciais: a população (razão de ser da rede), a estrutura operacional e o modelo de atenção à saúde. No que diz respeito ao primeiro elemento, pode-se afirmar que corresponde ao elemento humano e suas necessidades, devendo o sistema se adequar para o atendimento populacional, o que envolve uma complexa tarefa de identificação e mapeamento das ações adequadas para a população (MENDES, 2010, p. 2300-2301).

Já o segundo elemento da rede de atenção à saúde é constituído “pelos nós das redes e pelas ligações materiais e imateriais que comunicam esses diferentes nós” (MENDES, 2010, p. 2301). Segundo o autor, existem cinco componentes dentro da estrutura operacional de uma rede de atenção à saúde, quais sejam “o centro de comunicação, a atenção primária à saúde; os pontos de atenção secundários e terciários; os sistemas de apoio; os sistemas logísticos; e o sistema de governança da rede de atenção à saúde” (MENDES, 2010, p. 2301). Os três primeiros componentes correspondem aos nós das redes, o quarto componente às ligações que promovem as comunicações entre os nós. Por fim, o quinto componente é o que governa as relações entre os demais.

Conforme se depreende do próprio nome, o primeiro componente serve de intercâmbio para ordenar os fluxos e contrafluxos do sistema, constituído pela atenção primária à saúde. O segundo componente corresponde aos pontos de atenção à saúde secundários e terciários, onde são fornecidos determinados serviços especializados. O terceiro componente compreende os sistemas de apoio, como os sistemas de diagnóstico por imagem (MENDES, 2010, p. 2301). O quarto componente da estrutura operacional corresponde às

soluções tecnológicas, fortemente ancoradas nas tecnologias de informação, que garantem uma organização racional dos fluxos e contrafluxos de informações, produtos e pessoas nas redes de atenção à saúde, permitindo um sistema eficaz de referência e contrarreferência das pessoas e trocas eficientes de produtos e informações, ao longo dos pontos de atenção à saúde e dos sistemas de apoio, nas redes de atenção à saúde (MENDES, 2010, p. 2301).

Por fim, o quinto elemento corresponde aos sistemas de governança, a qual deve ser realizada meio de arranjos interfederativos, coerentes com o federalismo cooperativo que se pratica no Brasil (MENDES, 2010, p. 2302). Os principais arranjos já foram mencionados na presente pesquisa, como por exemplo as comissões intergestores que se materializam: no plano

nacional, na comissão intergestores tripartite; nos estados, nas comissões intergestores bipartite; e nas regiões de saúde, nas comissões intergestores bipartite regionais.

O terceiro elemento correspondem aos sistemas lógicos que organizam o funcionamento das redes de atenção à saúde, articulando as ações em saúde e intervenção sanitária de forma adequada às relações entre a população e suas subpopulações estratificadas por riscos, destacando-se os modelos de atenção agudas e crônicas (MENDES, 2010, p. 2302). Ou seja, correspondem ao modelo a ser utilizado em determinada região, de acordo com as peculiaridades.

Por fim, é válido destacar que a RAS incorporou a Política Nacional de Regulação, de forma a consolidar um importante eixo para a gestão do SUS, na medida em que viabilizou a operacionalização por parte dos gestores e garantindo aos usuários uma oferta regulada, dentro de um determinado fluxo que permite o caminho mais oportuno na resposta das necessidades do cidadão (BRASIL, 2011). Sobre regulação, conceitua Luana Bassetto Martin:

A regulação compreende a chegada da solicitação através do portal de regulação (online) de casos de urgência e emergência, que são analisados pelo enfermeiro regulador que aciona a especialidade requisitada que aceita o encaminhamento para avaliação ou nega as solicitações não pertinentes (MARTIN, 2019, p. 19).

No Brasil, as redes de atenção à saúde são demasiadamente importantes na efetivação da saúde e são logisticamente elaboradas para a consecução deste fim, conforme se reforçou no início deste tópico. Dentre as diversas redes já mencionadas anteriormente na presente pesquisa, passa-se a analisar agora a rede de urgência e emergência, doravante denominada de RUE.

4.5.1 RUE

Conforme destacado por Eugênio Mendes (2010, p. 2302), um dos modelos de atenção à saúde para a triagem de casos de pacientes em estado de urgência e emergência mais avançado é o modelo australiano, que foi pioneiro ao utilizar tempos de espera de acordo com a gravidade, sendo que um outro modelo que merece destaque é o americano, o qual opera com um único algoritmo e que se foca mais na necessidade de recursos para o atendimento. Outro que merece destaque segundo o autor é o sistema de triagem de Manchester, que opera com algoritmos e determinantes, associado a tempos de espera simbolizados por cinco cores e que tem sido usado em vários países.

No Brasil, a RUE, também conhecida como RAU, é uma das redes de atenção à saúde e segue a cartilha e diretrizes da Política Nacional de Urgências e Emergências, doravante denominada PNAU, que surgiu em 2003 pela Portaria nº 1.863, de 29 de setembro de 2003, abrangendo inclusive a Portaria nº 2.048 de 5 de novembro de 2002. No ano de 2011 a Portaria nº 1.600 reformulou a Política Nacional de Atenção às Urgências e instituiu a Rede de Atenção às Urgências no SUS. Segundo Mariana Teixeira Konder e Gisele O'Dwyer, a PNAU surgiu diante da “insatisfação com o atendimento nas emergências hospitalares, que culminou com a mobilização de diversos atores, como: o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), a Rede Brasileira de Cooperação em Emergência (RBCE), além do próprio Governo Federal” (KONDER; O'DWYER, 2015, p. 526).

A RUE tem como objetivo o acolhimento com classificação de risco e resolutividade, bem como a articulação e integração de todos os equipamentos de saúde para amplificar o acesso humanizado e integral aos usuários em situação de urgência/emergência, de forma ágil e oportuna (BRASIL, 2011). Nessa linha, verifica-se que o modelo de triagem dos pacientes brasileiro se inspirou de forma significativa nos apresentados por Mendes e acima mencionados. Vale diferenciar, conforme se denota da Resolução do CFM nº 1451/1995 que a urgência é definida como “a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata”, ao passo que a emergência é definida como “a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato” (BRASIL, 1995).

A ideia da PNAU é justamente articular e fornecer ações e serviços de saúde de qualidade para pacientes que estejam com quadros graves, tendo como objetivo “intermediar a atenção básica e os serviços de média e alta complexidade” (FARIA *et al*, 2017, p. 726). Nesse sentido, exige uma ação coordenada, pactuada e com a presença de comissões intergestores (FARIA *et al*, 2017, p. 727). Vale destacar que essa rede de atenção às urgências considera os componentes pré-hospitalares – atenção básica, SAMU e UPA, o componente hospitalar e a atenção domiciliar, tendo como interfaces promoção e prevenção, acolhimento, qualificação profissional, informação e regulação (BRASIL, 2011). Segundo Silvia Catarina Quick Doll *et al*:

A APS tem papel estratégico na ampliação do acesso, no acolhimento à demanda espontânea e no primeiro atendimento às urgências de menor gravidade, com encaminhamento a outros pontos de atenção quando necessário. Para tanto, necessita de condições adequadas para prestar esse tipo de assistência, e a forma como está estruturada tende a refletir nos demais pontos da rede. As UPAs, principais

componentes pré-hospitalares fixos da RUE, são estruturas de complexidade intermediária entre as unidades básicas de saúde (UBS), a quem dão retaguarda, e a rede hospitalar, contribuindo para a diminuição de sua sobrecarga. Sua criação representou um grande avanço para a atenção às urgências, entretanto, enfrenta grandes desafios, principalmente decorrentes de problemas nos demais pontos da rede, como a insuficiência de leitos hospitalares de retaguarda e a baixa resolutividade da APS para casos agudos de menor gravidade (DOLL *et al*, 2022, p. 2)

No entanto, conforme lecionam Konder e O'Dwyer (2015, p. 528) a PNAU “foi implementada de forma fragmentada, começando pelo SAMU e posteriormente regulando a UPAs, propondo modificar o padrão de atendimento nos antigos prontos-socorros”. Nesse sentido, verifica-se que a PNAU consiste em política pública complexa, com implementação confusa e desordenada, mas que se propõe a ter uma ampla atuação no fornecimento de ações e serviços de saúde, sendo que essa rede de atenção às urgências segue os princípios constitucionais e legais para seu funcionamento. Ou seja, prezasse pela universalidade, integralidade, equivalência e qualidade das ações e serviços da saúde. Nessa linha:

Uma das diretrizes da RAU colocadas na política de urgências é a regulação articulada entre todos os seus componentes, “com garantia da equidade e integralidade do cuidado”. Outra diretriz, a de regionalização do atendimento às urgências, propõe “articulação das diversas redes de atenção e acesso regulado aos serviços de saúde”. Introduce-se, aqui, uma nova lógica: a articulação na RAU e entre as redes e a regulação do acesso na linha de cuidado (BARBOSA; BARBOSA; NAJBERG, 2016, p. 50).

Nessa perspectiva, a RUE se apresenta como uma importante política pública dentro SUS e das Redes de Atenção à Saúde existentes, na medida em que amplia e qualifica ainda mais o serviço prestado. Sua criação e implementação representou um grande avanço para a atenção às urgências, sendo que foi proposta com o objetivo de articular e integrar os equipamentos de saúde, ampliando e qualificando o acesso dos usuários em situação de urgência e emergência de forma ágil e oportuna. (TOFANI *et al*, 2022, p. 1016).

Ainda assim, essa rede “enfrenta grandes desafios, principalmente decorrentes de problemas nos demais pontos da rede, como a insuficiência de leitos hospitalares de retaguarda e a baixa resolutividade da APS para casos agudos de menor gravidade” (DOLL *et al*, 2022, p. 2). De fato, a lotação hospitalar não é tema recente, o SUS sempre sofreu deste “mal”, ante a grande demanda na área da saúde, sendo que possui mais de 190 milhões de usuários espalhados pelo Brasil⁶.

⁶MINISTÉRIO DA SAÚDE. 2021. Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos. Disponível em:

No que tange à operacionalização da rede, depreende-se do artigo 13º da Portaria 1.600 um total de 5 fases, quais sejam: I - Fase de Adesão e Diagnóstico; II - Fase do Desenho Regional da Rede; III - Fase da Contratualização dos Pontos de Atenção; IV - Fase da Qualificação dos Componentes; e V - Fase da Certificação (BRASIL, 2011).

Como se depreende do nome, a primeira fase consiste numa fase de implementação prática da rede, realizando os diagnósticos de peculiaridades locais para o melhor e mais adequado funcionamento da rede (BRASIL, 2011). Já a segunda fase cuida dos seguintes aspectos:

- a) realização de análise da situação dos serviços de atendimento às urgências, com dados primários, incluindo dados demográficos e epidemiológicos, dimensionamento da demanda das urgências, dimensionamento da oferta dos serviços de urgência existentes e análise da situação da regulação, da avaliação, do controle, da vigilância epidemiológica, do apoio diagnóstico, do transporte para as urgências, da auditoria e do controle externo, pela Comissão Intergestores Regional (CIR) e pelo CGSES/DF, com o apoio da Secretaria de Saúde;
- b) elaboração da proposta de Plano de Ação Regional, com detalhamento técnico de cada componente da Rede, contemplando o desenho da Rede Atenção às Urgências, metas a serem cumpridas, cronograma de implantação, mecanismos de regulação, monitoramento e avaliação, o estabelecimento de responsabilidades e o aporte de recursos pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios envolvidos;
- c) aprovação do Plano de Ação Regional na CIR, no CGSES/DF e na CIB; e
- d) elaboração dos Planos de Ação Municipais dos Municípios integrantes da CIR, em consonância com o Plano de Ação Regional (BRASIL, 2011).

A terceira como pode se depreender do nome, corresponde à contratualização entre União, Estados e Municípios sobre os pontos de atenção, desde que observadas as atribuições estabelecidas na segunda fase. A quarta fase corresponde à qualificação dos Componentes da Rede de Atenção às Urgências, constando as responsabilidades que deverão ser cumpridas e as ações que serão desenvolvidas. Por fim, a quinta e última fase consiste na certificação pelo Ministério da Saúde aos gestores do SUS, após a etapa de qualificação dos Componentes (BRASIL, 2011).

Nesse ponto, vale destacar que, de acordo com o princípio da descentralização, têm-se uma atuação intencional das comissões intergestores bipartite e tripartite (já analisadas na presente pesquisa) para a implementação dessas redes de atenção às urgências. A ideia é construir uma rede integrada, ou aprimorar as já existentes, que forneçam os serviços de qualidade, sendo que, conforme lecionam Konder e O'Dwyer “a atual política de urgência privilegia uma rede integrada de urgência e propõe sua franca expansão” (KONDER, O'DWYER, 2015, p. 528).

Infelizmente, como sabido, hospitais estão sempre lotados, com dificuldades nas alocações dos pacientes, o que atrapalha de forma imediata o funcionamento da RUE, tendo em

vista que essa rede presta serviços para resolução de casos graves, os quais, por óbvio, demandam maior cuidado e atenção. Ocorre que, pode-se verificar que o uso excessivo da RUE por pacientes que não necessariamente requerem cuidados imediatos pode decorrer da complexidade no acesso e resolutividade em outras partes do SUS (DOLL, 2022, p. 2).

De igual modo, em momento de crise sanitária, como a vivenciada no mundo todo ocasionada pelo vírus Sars-Cov-2, evidencia-se ainda mais os esforços empreendidos pela RUE, na medida em que o vírus se mostrou demasiadamente letal, o que gerou uma enorme demanda de atendimentos e internações em leitos de enfermaria e unidades de terapia intensiva, o que fez com que os hospitais públicos que são referências em atendimentos de alta complexidade enfrentassem problemas logísticos para prestar o atendimento adequado aos pacientes infectados, diante da grave situação de lotação dos leitos (SILVEIRA; LIMA; MAIA, 2022, p. 116).⁷

É válido dizer que os pacientes são encaminhados para a RUE pelas centrais de regulação, que estão estruturadas nos níveis estadual, regional e/ou municipal. Estes órgãos são responsáveis pela relação entre os vários serviços de saúde, qualificando o fluxo dos enfermos no Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2002). Nesse sentido, dentre os componentes da RUE, vale destacar a função desempenhada pelo SAMU - Serviço de Atendimento Móvel de Urgência, que tem como objetivo chegar rapidamente à vítima após ter ocorrido um agravo à sua saúde, de qualquer natureza que seja, que causar sofrimento, sequelas ou mesmo ao óbito, mediante o “o envio de veículos tripulados por equipe capacitada, acessado pelo número “192” e acionado por uma Central de Regulação das Urgências” (BRASIL, 2012). A central de regulação, por sua vez, consiste em:

estrutura física constituída por profissionais (médicos, telefonistas auxiliares de regulação médica e rádio-operadores) capacitados em regulação dos chamados telefônicos que demandam orientação e/ou atendimento de urgência, por meio de uma classificação e priorização das necessidades de assistência em urgência, além de ordenar o fluxo efetivo das referências e contrarreferências dentro de uma Rede de Atenção (BRASIL, 2012).

Por sua vez, enquanto um dos mecanismo de regulação de pacientes no âmbito do Sistema Único de Saúde, a “vaga zero” surgiu com a portaria nº 2.048/02 do Ministério da Saúde, a qual atribuiu ao médico regulador do Sistema de Urgência e Emergência o grau de autoridade regulatória e determina que este não deve aceitar a inexistência de vagas nos

⁷ Observatório Covid-19 aponta maior colapso sanitário e hospitalar da história do Brasil. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/observatorio-covid-19-aponta-maior-colapso-sanitario-e-hospitalar-da-histori-do-brasil>. Acesso em 01 jan. 2023.

hospitais de referência, “mesmo na situação em que inexistam leitos vagos para a internação dos pacientes (a chamada “vaga zero” para internação)” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, visando atingir os fins deste trabalho, faz-se necessária a análise deste mecanismo de regulação de pacientes.

5 VAGA ZERO

A Lei nº 8.080/90 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual consiste na principal política pública de saúde do Brasil, tendo em vista seu alcance e importância para os cidadãos, sendo que dela decorrem inúmeras outras políticas para que se proceda ao fornecimento dos serviços em saúde, atendo aos princípios da integralidade, universalidade, descentralização e qualidade. Nesse aspecto, o Poder Público deve assegurar a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde, os quais devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, partindo daí, a concepção de um Sistema Único de Saúde (SUS) organizado de acordo com a diretriz do atendimento integral (BRASIL, 1990).

Diante da ideia de descentralização político-administrativa prevista no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.080/90, surgem as políticas públicas de saúde, previstas principalmente em portarias, como a portaria nº 1.600, que instituiu de forma definitiva a Rede de Atenção às Urgências e Emergências (RUE) no SUS (BRASIL, 2011), ainda que o início da organização da atenção às situações de urgência em saúde remonte à Resolução CFM nº 1451/95 (BRASIL, 1995).

Conforme analisado no presente trabalho, verifica-se que a RUE se presta a garantir que os serviços de saúde em urgência e emergência sejam integrados, compartilhem informações e proporcionem continuidade na assistência adequada ao usuário do SUS. No contexto pandêmico, por óbvio que a RUE tem atuação importantíssima no atendimento de diversos cidadãos brasileiros. Ainda assim, é notório o excesso de trabalho para a RUE, a qual sempre opera os serviços em sua capacidade máxima, sendo um serviço de referência. Inclusive, no que toca à referência e contrarreferência, destacam Costa *et al.*:

A referência representa a necessidade do usuário de um maior grau de complexidade, de onde é encaminhado a um atendimento de especialização mais complexo, como hospitais e clínicas especializadas. Já a contrarreferência diz respeito ao menor grau de complexidade, quando a necessidade do usuário, com relação aos serviços de saúde, é mais simples, ou seja, ele é conduzido para um atendimento em nível primário, devendo ser a unidade de saúde mais próxima de seu domicílio (COSTA *et al.*, 2014, p. 7400).

Nesse aspecto, grande parte da estrutura da RUE abarcam os hospitais de referência que deverão prestar atendimento de alta complexidade aos pacientes usuários do SUS. Ocorre que, como já noticiado, a lotação hospitalar é sempre um tema recorrente e notório no Brasil, pelo que por diversas vezes o paciente não teve o acesso à saúde de forma adequada, sendo que

ainda tem de enfrentar filas de espera enormes. Nesse cenário, emerge a utilização do mecanismo “vaga zero”, por meio da Portaria 2.048/2002 do Ministério da Saúde, para a regulação de pacientes, o que é feito pelas centrais de regulação, permitindo acesso imediato às dependências do hospital que já declarou a total inexistência de vagas.

Portanto, pode-se afirmar que a vaga zero é utilizada em casos drásticos, de extrema necessidade do atendimento que somente será disponibilizado pelo hospital de referência, pelo que deve (ou deveria) ser utilizado de forma excepcional. Sua utilização implica em um desafio logístico para os médicos que recebem este paciente, tendo em vista o cenário de superlotação hospitalar e indisponibilidade de leitos. Ainda assim, o mecanismo de regulação vaga zero ainda comporta utilização, posto que permitido pela Portaria 2048/2002, além de estar inserido no corpo da PNAU.

Porém, cumpre mencionar que o cenário de lotação hospitalar não é exclusivo do Brasil. Affleck *et al* (2015, p. 359-360) destacam que, em solo canadense, a figura do Emergency Department overcrowding (EDOC), sendo esta uma condição de lotação hospitalar que se apresenta como um problema para o funcionamento normal de um serviço de saúde, além de estar associado “com o aumento da mortalidade e piores desfechos para pacientes avaliados em um ambiente lotado setor de emergência se admitido ou dispensado”. Neste cenário, os pacientes têm o acesso a leitos de internação bloqueado, dentro de um intervalo de tempo razoável. Como visto, esse bloqueio, em solo brasileiro, pode ser superado pela utilização do mecanismo vaga zero, o qual se passa a analisar, conceituar e apresentar as principais características.

5.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A “vaga zero” surgiu com a Portaria nº 2.048/2002 do Ministério da Saúde, encontrando-se no bojo da Política Nacional de Atenção às Urgências - PNAU, atribuindo ao médico regulador do Sistema de Urgência e Emergência o grau de autoridade regulatória e determina que este profissional não deve aceitar a inexistência de vagas nos hospitais de referência, ainda que inexistam vagas disponíveis (BRASIL, 2002). O conceito trazido pela portaria acima mencionada reporta a uma das obrigações do médico gestor, sendo que este ao decidir o destino do paciente deve “garantir o atendimento nas urgências, mesmo nas situações em que inexistam leitos vagos para a internação de pacientes (a chamada “vaga zero” para internação)” (BRASIL, 2002).

Neste sentido, pode-se identificar que a utilização da “vaga zero” está intimamente interligada com a RUE, na medida em que serve para destinar pacientes em estado grave a um leito hospitalar, ainda que o hospital referência no atendimento de alta complexidade esteja sem qualquer vaga disponível. Lecionam Hermida *et al*

A “vaga zero” emergiu como outro facilitador da referência. Trata-se de um recurso que inclui acesso a recursos mínimos de sobrevivência e a recursos críticos para diagnóstico e tratamento em casos de grande potencial de morbimortalidade. Pressupõe ainda que qualquer serviço de saúde tem que garantir o atendimento nas urgências, disponibilizando vagas para receber os pacientes transportados pelo SAMU, mesmo nas situações em que inexistam leitos (HERMIDA *et al*, 2022, p. 4)

Vale destacar que a vaga zero também está prevista na Portaria 2.048 de 03 de setembro de 2009, a qual aprovou o regulamento do SUS e determinava que “os Planos de Atenção Integral às Urgências deverão explicitar o compromisso de cada uma das unidades e serviços que comporão a rede de atenção e o sistema de referência e contrarreferência, além da implantação da política denominada "vaga zero" nas portas de urgência, conforme o disposto na Portaria nº 2.048, de 5 de dezembro de 2002, do Ministério da Saúde” (BRASIL, 2009).

Posteriormente, o Conselho Federal de Medicina, doravante denominado CFM, também tratou da vaga zero na Resolução 2.077/2014, conceito o mecanismo como “um recurso essencial para garantir acesso imediato aos pacientes com risco de morte ou sofrimento intenso, devendo ser considerada como situação de exceção e não uma prática cotidiana na atenção às urgências” (BRASIL, 2014). Inclusive, esta resolução do CFM pouca inova ao tratar da vaga zero, limitando-se a disciplinar algumas das condutas a serem adotadas pelo médico regulador e pelos médicos que acolhem o paciente encaminhado por este mecanismo.

Depreende-se da leitura da Portaria 2.048/2002 e da Resolução 2077/2014 do Conselho Federal de Medicina que existem quatro personagens na relação que envolve a regulação por “vaga zero”: a) o médico regulador que trabalha na central de regulação; b) o hospital de referência; c) o médico que irá receber o paciente encaminhado; d) o paciente (BRASIL, 2002; CFM, 2014). Cumpre destacar que no hospital de referência existe o médico receptor, que é o que mantém contato com o médico regulador, para que este lhe passe o caso e qual o quadro do paciente. Porém, vale dizer que o fluxo da vaga zero pode ser diferente de um Município para outro ou de um Estado para outro.

A título conceitual, então, a “vaga zero” pode ser definida como uma vaga hospitalar fictícia, a qual será oponível contra os hospitais de referência em atendimento de alta

complexidade pelo médico da central de regulação, visando o acesso à saúde do paciente, ainda que seja o caso de lotação hospitalar.

Uma vez que a vaga zero está inserida no corpo da PNAU, ela pode ser tida como uma forma de política pública de saúde, sendo que seu objetivo final é a promoção do acesso à saúde, ou acesso aos serviços públicos de saúde, ainda que isto, repise-se, não se ocorra de forma imediata. Nesse sentido, pode-se argumentar que a vaga zero visa o acesso ao leito para internação do paciente, uma vez que o estado de saúde daquele que está sendo regulado é grave, sendo que a vaga zero deve ser entendida como o recurso regulatório de exceção, e não a regra, para os usuários do SUS.

Frise-se que a regulação médica das urgências possui uma atuação coordenada, na medida em que as centrais de regulação dos pacientes se organizam a nível estadual, regional e/ou municipal, procedendo à relação de vários serviços de saúde, qualificando o fluxo de pacientes dentro do Sistema (BRASIL, 2002). Inclusive, segundo Dayse Vieira Santos Barbosa, Nelson Bezerra Barbosa e Estela Najberg (2016, p. 50) “A regulação das urgências adveio da necessidade de se organizar e ordenar a oferta de ações e serviços na Rede de Atenção às Urgências (RAU), articulando os diferentes níveis de densidade tecnológica inerentes aos componentes da rede e dentro dela”. Nesse sentido, a partir das definições impostas pelas Portarias às centrais de regulação, definem-se os procedimentos para encaminhar os pacientes no contexto de urgência e emergência.

Mariana Konder destaca que a regulação de urgências teve um importante avanço no seu fortalecimento e organização na gestão em saúde municipal, uma vez que foi priorizado no contexto das urgências o processo regulatório, com o fito de moldar a participação das unidades hospitalares, além de promover a integração assistencial (KONDER, 2018, p. 195). Como visto, esse protagonismo decorre do modelo estrutural adotado pelo SUS, o que reflete na municipalização dos serviços de saúde para que se pudesse alcançar maiores níveis de descentralização e efetivação da saúde. Para a autora, outro ator importante no desenvolvimento da regulação em urgências no Brasil é a central de regulação, uma vez que esta:

desempenhou papel crítico na coordenação do cotidiano da RUE construindo novos significados e legitimidade junto às unidades, tanto a partir da atuação na própria central, como na atuação in loco com os núcleos avançados de regulação. Pode-se observar que todas as modalidades de estruturação estiveram presentes no processo de conformação da regulação do acesso à assistência na RUE (KONDER, 2018, p. 195).

No entanto, Konder aduz que o sistema regulatório apresenta dificuldades diversas, existentes nos três níveis de governo do SUS, o que decorre das diferentes experiências institucionais, bem como da “contaminação” das relações intergovernamentais por interesses político-partidários, o que releva algumas impossibilidades de qualificação e expansão do sistema de saúde como um todo (KONDER, 2018, p. 196). Vale destacar ainda que os problemas de consolidação ao SUS são diversos, sendo o financeiro um dos primordiais para a não concretização do sistema, o que prejudica a efetivação do direito à saúde.

Inclusive, diante do defendido por Konder (2018), verifica-se que a municipalização das gestões de regulações dos pacientes soa como algo mais adequado, uma vez que permite uma aproximação dos gestores com a realidade vivenciada pelos hospitais de referência que receberam os pacientes pela vaga zero, além de estar em consonância com o que preceitua a própria CRFB/88 no que toca ao direito à saúde e o reforço da municipalização que decorre do texto constitucional. Vale dizer, a saúde, enquanto um direito fundamental social, pressupõe uma maior interligação do paciente e o sistema de saúde, pelo que a aproximação do SUS com o cidadão se faz necessária.

Portanto, enquanto um mecanismo de regulação de pacientes, a “vaga zero”, inserida no corpo da PNAU, obedece aos critérios estabelecidos pelas centrais de regulação, sendo sua abrangência territorial varia de acordo com a abrangência da central, pelo que se percebe que a regulação por meio da “vaga zero” obedece a critérios definidos pelas centrais de regulação, de forma que o paciente que se encontra em uma determinada região não poderia ser aleatoriamente encaminhado para outra região em outro hospital de referência.

No mais, diante da definição dada pela mencionada Portaria, verifica-se que a “vaga zero” surge para impedir que os hospitais de referência pudessem se dar ao luxo de não aceitar pacientes novos, não permitindo o acesso aos serviços de saúde, ainda que não estivessem efetivamente lotados. Portanto, é um mecanismo que preza pela resposta rápida aos problemas apresentados por pacientes que se encontram em sofrimento intenso ou em risco de morte. Neste cenário, evidencia-se que a portaria autoriza o médico regulador a encaminhar pacientes graves para hospitais de referência, mesmo que superlotados, sem vagas e sem a menor condição de atendimento. Gisele O’Dwyer inclusive leciona:

A PNAU faz uma grande aposta no médico regulador e sua atuação para a organização do sistema. Esse profissional tem prerrogativas de autoridade para alocar pacientes dentro do sistema, comunicando sua decisão aos médicos assistentes das portas de urgência, a chamada “vaga zero” para internação. Esta é uma prerrogativa que prevê que a instituição, ao receber o paciente, não poderá recusá-lo alegando falta de vaga (O’DWYER, 2010, p. 2399).

Vale destacar ainda que a Portaria 2048/2002 também determina que o médico regulador tem como atribuição “Utilizar o conceito de “vaga zero”, definido no Capítulo II deste Regulamento também nos casos de regulações inter-hospitalares, quando a avaliação do estado clínico do paciente e da disponibilidade de recursos loco regionais o tornem imperativo”. Nessa mesma linha, a Resolução 2077/2014 do CFM realça que a utilização do mecanismo vaga zero é prerrogativa e responsabilidade exclusiva dos médicos reguladores que estão na central de regulação, os quais ainda devem detalhar o quadro clínico e justificar o motivo do encaminhamento (BRASIL, 2014). Veja-se que os médicos reguladores são dotados de grande poder decisório sobre a destinação dos pacientes, na medida em que os hospitais de referência não possuem alternativa a não ser o acolhimento do paciente, ainda que em alguns casos tentassem medidas judiciais para inviabilizar o encaminhamento de pacientes graves pela “vaga zero” ante a superlotação⁸. Denota-se da Portaria 2.048/2002 que o médico regulador deve:

decidir o destino do paciente baseado na planilha de hierarquias pactuada e disponível para a região e nas informações periodicamente atualizadas sobre as condições de atendimento nos serviços de urgência, exercendo as prerrogativas de sua autoridade para alocar os pacientes dentro do sistema regional, comunicando sua decisão aos médicos assistentes das portas de urgência (BRASIL, 2002)

Na prática cotidiana, o mecanismo “vaga zero” é visto como “uma forma de institucionalização do poder exercida na prática de trabalho cotidiana de todos os trabalhadores do SAMU. De forma geral, tem sua legitimidade reconhecida por todos os serviços de saúde de urgência que acatam a sua hegemonia” (VELLOSO, 2011, p. 105), o que é possível de ser compreendido, na medida em que é o SAMU quem encaminha (quem realiza o transporte) o paciente na maior parte das vezes, pelo que se denota que o contato dos colaboradores do hospital de referência é maior com o SAMU, do que com a própria central de regulação ou com o médico regulador.

Pode-se concluir da leitura da Portaria mencionada que o mecanismo da “vaga zero” está ligado ao direito à saúde, previsto no artigo 6 e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). Nesse sentido, o mecanismo se presta à efetivação da saúde, visando concretizar atendimento médico do paciente em estado grave que aguarda liberação na vaga de uma UTI, ainda que o paciente não venha a ter o acesso imediato. Nesse aspecto, a

⁸ Hospital do Rio Grande do Sul consegue liminar que impede o encaminhamento por “vaga zero”. Disponível em: <https://www.taquari.rs.gov.br/noticia/visualizar/idDep/1012/id/3196/?hospital-sao-jose-tem-pedido-acatado-para-nao-receber-mais-pacientes-pelo-vaga-zero.html>. Acesso em 01 set. 2022.

vaga zero acaba por barra negativas infundadas de acolhimento por parte dos hospitais de referência no atendimento de alta complexidade.

Ocorre que a “vaga zero” trouxe, quando de sua implementação pela Portaria 2048/2002, desafios logísticos para aqueles médicos que atuam no Serviço Hospitalar de Urgência e Emergência, tendo em vista o sistema entra em colapso quando os hospitais de referência estão superlotados, sem condições de atendimento dos pacientes graves encaminhados, os quais ficam em muitos casos, deitados em macas, sob ventilação mecânica e sem a assistência médica adequada e especializada.

Neste contexto, o médico regulador não tem para onde encaminhar os pacientes graves que estão nas UPAs, ou em hospitais de menor porte, de modo que a utilização da “vaga zero” se torna o recurso mais fácil de solução do problema a ele imposto, ainda que o paciente seja encaminhado para ser acomodado num dos corredores do hospital de referência (HERMIDA *et al.*, 2022, p. 4), aguardando a liberação do leito de UTI. Konder e O’Dwyer, destacam que, nas redes de atenção às urgências do Município do Rio de Janeiro, na categoria “vaga zero” estão incluídas:

todas as circunstâncias clínicas de completa desassistência, representando risco iminente para a manutenção da vida, como no caso de um paciente com insuficiência respiratória numa unidade básica de saúde, cujos recursos disponíveis são insuficientes para a preservação da vida. Outra situação é a de inadequação da assistência, quando a unidade não dispõe de recursos para o adequado tratamento de uma condição potencialmente fatal, mas sem risco imediato para a preservação da vida. (KONDER; O’DWAYER, 2019, p. 19).

Como já mencionado, o fluxo da vaga zero pode se apresentar ligeiramente diferente nas várias centrais de regulação de pacientes. Porém, o que se pode concluir de forma concreta é que a vaga zero consiste em mecanismo que permite o acesso ao serviço de saúde, ainda que seja um mecanismo drástico que não necessariamente permita o acesso imediato, o que faz surgir algumas questões controversas a respeito da utilização do mecanismo de regulação. De igual modo, da leitura da Portaria 2.048/2002 e da Resolução nº 2.077/2014 do CFM, permite-se concluir que o médico regulador, que trabalha na central de regulação, é o responsável pelo acionamento da vaga zero.

Ou seja, é o médico regulador que define o encaminhamento do paciente pela vaga zero, sendo que ao hospital de referência que receberá o paciente, cabe a obrigação de acolher, ainda que sem vagas disponíveis, pelo que se percebe o elevado grau de importância do médico regulador quando de sua atuação como agente público. Veja-se a atribuição dada ao médico receptor do hospital de referência no atendimento em alta complexidade:

- a - Garantir o acolhimento médico rápido e resolutivo às solicitações da central de regulação médica de urgências;
- b - Informar imediatamente à Central de Regulação se os recursos diagnósticos ou terapêuticos da unidade atingirem seu limite máximo de atuação;
- c - Acatar a determinação do médico regulador sobre o encaminhamento dos pacientes que necessitem de avaliação ou qualquer outro recurso especializado existente na unidade, independente da existência de leitos vagos ou não – conceito de “vaga zero”;
- d - Discutir questões técnicas especializadas sempre que o regulador ou médicos de unidades solicitantes de menor complexidade assim demandarem;
- e - Preparar a unidade e sua equipe para o acolhimento rápido e eficaz dos pacientes graves;
- f - Receber o paciente e sua documentação, dispensando a equipe de transporte, bem como a viatura e seus equipamentos o mais rápido possível;
- g - Comunicar a Central de Regulação sempre que houver divergência entre os dados clínicos que foram comunicados quando da regulação e os observados na recepção do paciente (BRASIL, 2002)

Verifica-se que o médico receptor que trabalha no hospital de referência que irá acolher o paciente está numa posição apenas aceitar as imposições da central de regulação e do médico regulador. Porém, cumpre frisar que a utilização da vaga zero deve ser uma exceção à regra, apenas em casos graves como urgências ou emergências, sob pena de banalização do mecanismo que, repise-se, consiste em medida drástica. Nessa perspectiva, faz-se necessário que o médico regulador almeje uma articulação dos serviços com o fito de dar maior resolutividade aos encaminhamentos. Conforme destacam Costa *et al*:

evidencia-se a importância de, não apenas conhecer a rede de saúde, mas, também, de buscar pautar suas ações de forma a garantir a articulação entre os serviços. Também se faz necessário procurar superar os obstáculos existentes no cotidiano dos serviços, que dificultam a resolubilidade. Nesse cenário, fica evidente a importância da resolutividade para a satisfação dos usuários e para a qualidade dos serviços, pois é possível inferir que ter resolutividade, na maioria das vezes, está associado à satisfação (COSTA *et al*, 2014, p. 741).

Cumpre destacar que, a título conceitual, a vaga zero ainda não apresenta maiores contornos doutrinários ou mesmo normativos, o que dificulta a compreensão geral sobre o modo de sua utilização pelo médico regulador das centrais de regulação de pacientes do SUS. Nesse sentido, entende-se que se faz necessária uma maior normatização da vaga zero, com o fito de enriquecer os debates sobre o tema, além de delimitar melhor quais as oportunidades de utilização do mecanismo.

5.2 CONTROVÉRSIAS DA UTILIZAÇÃO

Conforme conceituado no tópico anterior, a vaga zero é utilizado num contexto de superlotação hospitalar para que o paciente ingresse de modo imediato nas dependências do hospital. Neste cenário, podemos também identificar a figura da “fila de espera” que é rotineira e comum em qualquer hospital público. Segundo Konder (2018, p. 48), quanto maior a disponibilidade de profissionais da saúde e leitos de unidade de terapia intensiva, bem como o maior gasto em saúde per capita, pode-se associar menores filas e menores tempos de espera.

Ainda assim, filas de espera representam um acesso programado ao leito hospitalar, ou ao tratamento que se fizer necessário. Ocorre que a vaga zero representam um acesso não programado, ou não previsto, tendo em vista que se dá em caráter de urgência ou emergência, sendo que ainda podem ser considerados como um mecanismo que permite “furar” a fila de espera existente. Nessa perspectiva, a vaga zero representa uma violação do princípio da isonomia no aspecto da igualdade formal, o qual está interligado ao direito à saúde, posto que, ante a universalidade concedida a este direito fundamental social, o tratamento diferenciado não deveria ser permitido.

Frise-se que a utilização da vaga zero enquanto um mecanismo de regulação de pacientes é perfeitamente possível, que visa a efetivação da saúde, uma vez que possibilita ao cidadão o acesso aos serviços de saúde que necessita. Frise-se que a utilização do mecanismo vaga zero é uma prerrogativa do médico regulador, o qual deverá adotar critérios médicos que justifiquem a utilização deste modo de encaminhamento de pacientes. Ocorre que, como visto, a utilização da vaga zero ocorre num contexto em que o hospital referência no atendimento de alta complexidade não possui leitos disponíveis, pelo que se pode compreender que o paciente regulado pela vaga zero não terá o atendimento imediato. Nessa linha, destaca Rogério Bueno de Paiva:

Na prática, o que ocorre é que a qualidade do atendimento fica bastante comprometido e o problema do número de vagas não é resolvido. Em muitos casos o paciente acaba esperando pelo atendimento dentro do hospital, aguardando nos corredores ou de forma improvisada. O mesmo ocorre quando é necessária uma vaga de UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), porém, nesse caso, a dificuldade de inserção do paciente aumenta pela limitação do número de equipamentos (PAIVA, 2010, p. 49).

Neste contexto, é possível concluir que o paciente regulado pela vaga zero terá prioridade no atendimento sobre os pacientes que já se encontram na fila de espera para atendimento no hospital de referência em atendimentos de alta complexidade. Isto porque, mesmo que na ausência de leito para este paciente, o atendimento deste paciente é obrigatório, na forma do disposto na Portaria 2048/2002 do Ministério da Saúde e da Resolução 2077/2014

do CFM. No mais, cumpre salientar que, conforme se depreende da Resolução 2077/2014 do CFM, o acolhimento do paciente encaminhado por vaga zero não exime a responsabilidade do gestor público pela obtenção de vagas para a continuidade do tratamento e, se necessário, com a compra de leitos na forma da lei (BRASIL, 2014).

A vaga zero consiste em uma medida drástica que deve ser utilizada em casos excepcionais para pacientes em estado de urgência ou emergência, conforme se denota da Resolução 2.077/2014 do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2014). Porém, por vezes, o mecanismo é utilizado de forma reiterada sem a devida necessidade, o que colabora para um cenário de superlotação hospitalar (PINHEIRO, 2019, p. 42). Nesse sentido, evidencia-se a controvérsia da utilização do mecanismo vaga zero, na medida em que o atendimento não é o adequado para o caso de urgência ou emergência.

A título exemplificativo, verifica-se que no cenário pandêmico, a utilização da “vaga zero” também se mostrou demasiadamente controversa com os pacientes portadores de Covid-19, uma vez que estes, quando em estado grave, demandam atendimento diferente dos demais pacientes (SILVEIRA; LIMA; MAIA, 2022). Sendo assim, qualquer paciente que esteja em estado grave que necessite de atendimento imediato e de qualidade que venha a ser regulado pela vaga zero deverá aguardar a efetiva disponibilidade de leito.

Além do tratamento inadequado, identifica-se uma onerosidade a mais para os profissionais da saúde que trabalham nas redes de urgência e emergência. Por exemplo, no contexto pandêmico, evidenciou-se as dificuldades enfrentadas por profissionais da saúde que laboram nas redes de urgência e emergência, sendo incontroverso que a vaga zero acaba por impor ainda mais trabalho para estes profissionais. Ainda neste contexto, houve a edição da Lei nº 14.128, de 26 de março de 2021, a qual dispõe sobre a “compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação do novo coronavírus (SARS-CoV-2)” (BRASIL, 2021b). Isso denota que os profissionais da saúde, em especial os da RUE, estão laborando no limite de suas capacidades físicas e emocionais, o que evidencia a indesejada superlotação. Contudo, vale frisar que a RUE não trabalhou em capacidade máxima apenas na pandemia.

Como ventilado, um dos maiores problemas da vaga zero é justamente a banalização de sua utilização, na medida em que o mecanismo nem sempre vai é utilizado em casos de riscos iminente de morte, podendo ser utilizadas em casos de menor gravidade, a depender da necessidade do paciente. Ocorre que, como frisado, a vaga zero é utilizada contexto da RUE, o

que pressupõe um quadro de emergência. Neste cenário, evidencia-se um desvirtuamento da utilização adequada do mecanismo.

Ao analisar a utilização da vaga zero, Mariana Konder destaca que muitos dos pacientes regulados por meio deste mecanismo sequer apresentavam quadro de urgência que justificasse seu encaminhamento para o hospital de referência, o que poderia ser facilmente evitado se a central de regulação intervisse de forma a qualificar as solicitações realizadas (KONDER, 2018, p. 152-153). Nesse sentido, Konder destaca que há uma percepção geral de que a vaga zero é utilizada para a transferência do problema de determinado paciente da APS para o hospital de referência, o que culmina, invariavelmente, numa incompatibilidade entre “a expectativa do paciente removido via Vaga Zero e o perfil de atendimento e recursos existentes na UPA” (KONDER, 2018, p. 153).

Se a vaga zero é utilizada apenas quando o hospital de referência está lotado, a banalização da utilização do mecanismo culmina no agravamento da lotação hospitalar e na dificuldade de resolução do problema. Ora, nem todos os casos do paciente situado numa UBS ou em qualquer órgão da Rede de Atenção Primária necessita do atendimento imediato num hospital de referência. Outro aspecto problemático da utilização da vaga zero é destacado por Adriano Maia dos Santos, segundo o qual, em alguns casos:

o usuário que tem uma necessidade cirúrgica, mas por falta de vaga no hospital público de referência, precisará aguardar a liberação via central de regulação de leitos ou, por conta da gravidade do caso, conseguirá uma “vaga zero” pela regulação, sendo, então, internado no hospital, mas permanecerá aguardando uma vaga para a realização do procedimento requerido. Essa trama abre espaço para uma teia de interconexões (nem sempre lícitas) entre diferentes sujeitos envolvidos direta e indiretamente no caso. Muitas vezes, para agilizar o processo cirúrgico, médicos são contatados pelas secretarias de saúde ou usuários e acordam critérios paralelos para realização do ato cirúrgico na rede SUS, mediante “pagamento por fora”, contornando, assim, a regulação do acesso, nem sempre sustentado por critério clínico de prioridade, contribuindo para obstrução das vagas, gerando iniquidades assistenciais, favorecendo o apadrinhamento e uso privado do espaço público (SANTOS, 2013, p. 146).

Por óbvio que este aspecto controverso apresentado por Santos não é imperativo quando se trata do mecanismo vaga zero, sendo que as centrais de regulação são órgãos da Administração Pública, o que faz com que sejam auditadas e os casos de corrupção identificados e punidos. Porém, faz-se necessário compreender que a utilização deste mecanismo não pode ser banalizada, tendo em vista os efeitos negativos ocasionados para o hospital de referência e, eventualmente, para o paciente.

Ainda assim, consegue-se identificar alguns dos aspectos polêmicos que envolvem a utilização do mecanismo. Na exposição de motivos da Resolução 2077/2014 do CFM, o relator Mauro Luiz de Britto Ribeiro destaca que a imposição federal do Ministério da Saúde “é o reconhecimento pelo governo da falência do Sistema de Urgência e Emergência no Brasil. Infelizmente, a chamada “vaga zero” é uma triste realidade no cotidiano dos Serviços Hospitalares de Urgência e Emergência” (BRASIL, 2014). Isto porque a vaga zero é utilizada em casos drásticos de superlotação hospitalar, o que acaba por agravar a dificuldade no atendimento prestado ao paciente.

De fato, é notório que a RUE é uma rede de atenção à saúde que está operando de forma demasiadamente conturbada, tendo em vista o volume de pacientes atendidos, seja pela baixa resolutividade da rede de atenção primária, seja pelos diversos casos que acabam por ser caracterizados como urgências ou emergências, ainda que de forma indevida. Neste contexto, a utilização banalizada da vaga zero acaba por piorar o problema, na medida em que se promove um tratamento inadequado e um inchaço ainda mais grave dos hospitais. Ainda sobre as causas de superlotação, Konder (2018, p 49) destaca a literatura internacional, a qual aponta que “a superlotação dos serviços de emergência está em grande medida associada a dificuldade de acesso ao leito hospitalar”.

Outro aspecto controverso da utilização da vaga zero diz respeito ao problema enunciado no tópico 4.2 sobre o (des)financiamento da saúde. Isto porque o quadro de falta de investimentos combinado com a superlotação causada pela utilização do mecanismo em estudo tende a reduzir a qualidade do atendimento, além de poder gerar uma possível indisponibilidade de bens materiais, ante a falta de recurso orçamentário. Ora, o fato de ser uma vaga ficta não significa que não demandará gastos no erário público.

Por outro lado, entende-se a argumentação no sentido contrário também é válida, na medida em que a vaga zero se presta a garantir o acesso imediato do paciente no hospital de referência que possui os equipamentos necessários, ou ao menos tentará reencaminhar o paciente para outro hospital.⁹ Nesse sentido, a vaga zero pode ser entendida como um autêntico mecanismo de regulação de pacientes, cujo fim último é promover o acesso à saúde, de modo que pode ser entendida, no contexto da RUE de evidente superlotação hospitalar e demanda infinita, como um “mal necessário”.

⁹ Decisão de Juíza da Comarca de Ribeirão Preto/SP ordenando o não fechamento do HC-EU ainda que lotado, impossibilitando a negativa para os pacientes encaminhados por “vaga zero”, tendo em vista a possibilidade de reencaminhamento para outro hospital. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2022/05/03/apos-interruptao-de-atendimentos-por-superlotacao-justica-proibe-hc-ue-de-fechar-em-ribeirao-preto.ghtml>. Acesso em 10 jan. 2022.

Ainda que se apresente como um mecanismo drástico e controverso, não se pode negar que a vaga zero tem um grande “poder” no contexto da RUE, na medida em que obriga o hospital de referência em aceitar o paciente que está sendo regulado pela central de regulação, posto que seu acolhimento é, ao menos na teoria, imprescindível. Se por um lado o atendimento não é imediato, por outro o objetivo final deste mecanismo regulatório é a promoção do acesso à saúde.

5.3 VAGA ZERO E AS BALIZAS DE EFETIVAÇÃO DA SAÚDE

Como visto nos tópicos anteriores, a vaga zero consiste em uma vaga fictícia que é oponível contra os hospitais de referência em atendimento de alta complexidade pelo médico da central de regulação, visando o acesso à saúde do paciente. Na prática, visa o acesso ao leito para internação, ante a gravidade dos quadros clínicos apresentados. Ou seja, trata-se eminentemente de um mecanismo de efetivação do direito à saúde, sendo que, por estar inserida no corpo da PNAU, pode ser considerada uma política pública de saúde.

Ainda que a vaga zero consista em uma política pública de saúde controversa, ela é destinada aos usuários do SUS e ainda hoje produz seus efeitos normalmente, sendo utilizada pelos médicos reguladores para conseguir o tratamento que necessitam os pacientes, os quais estão em estado grave, em sua maioria. Ainda que este último não aconteça de imediato, percebe-se que a vaga zero dá ao paciente a possibilidade de “furar” a fila de espera de atendimento dos hospitais de referência.

Conforme defendido na presente dissertação, existem três balizas a serem observadas pelo Poder Público para fins de efetivação do direito à saúde, quais sejam: reserva do possível, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. Nesse sentido, se a vaga zero consiste em mecanismo de efetivação da saúde, por meio do acesso imediato às dependências hospitalares, resta questionar se o mecanismo observa as balizas acima mencionadas, o que significa dizer que o Estado, quando da elaboração de qualquer política pública sanitária, deverá observar o cumprimento das três balizas para fins de efetivação do direito à saúde.

5.3.1 VAGA ZERO x RESERVA DO POSSÍVEL

No que diz respeito à baliza da reserva do possível, cumpre ressaltar que esta apresenta um total de três componentes - fático, jurídico e razoabilidade. Conforme destacado no tópico 3.1.1, o componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade do recurso material, o

componente jurídico compreende a respectiva autorização orçamentária-legal para uma determinada despesa, sendo que o componente da razoabilidade compreende um juízo prévio a ser realizado antes de adotar qualquer conduta, sopesando e balanceando todas as escolhas alocativas.

Nesse sentido, identificou-se que a reserva do possível é uma limitação orçamentária (o que não exclui bens materiais) que tem o Estado quando da efetivação dos direitos fundamentais. Ocorre que a vaga zero é acionada pelo próprio Estado, de modo que eventual incompatibilidade do instituto com a efetivação da saúde ocorre por culpa do próprio Estado, uma vez que este mecanismo não será oponível contra hospitais particulares, e sim contra hospitais públicos.

Sabe-se que, em determinados casos, ante sua natureza dúplice, o direito à saúde exige um gasto do poder público para que haja efetivação. De igual modo, como já destacado no presente artigo, a simples arguição da "cláusula da reserva do possível" não culmina na possibilidade de descumprimento das obrigações constitucionais impostas. É o que se denota da ementa da ADPF 45, de relatoria do ministro Celso de Mello:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou políticoadministrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, 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 fundamentalidade (STF, 2004)

Nesse sentido, pelo fato do mecanismo vaga zero “não aceitar” a situação, ou condição, de lotação hospitalar, entende-se que o mecanismo não está de acordo com o que preceitua o componente fático da reserva do possível, uma vez que não há uma efetiva disponibilidade material. O recurso material (um leito de uma unidade de terapia intensiva hospitalar, por exemplo) não está disponível. Ou seja, ainda que não se esteja invocando a reserva do possível, verifica-se que há uma comprovação da efetiva inexistência do recurso, pelo que se comprova a atuação dentro do limite reserva do possível.

No que diz respeito ao componente jurídico e da razoabilidade não se vislumbra maiores entraves sobre a vaga zero. Isto porque, existe uma portaria que define e autoriza a utilização do mecanismo em casos extremos, bem como se pode entender pela razoabilidade da medida, tendo em vista que o médico regular utiliza este mecanismo com base em critérios

técnicos-médicos, devendo ainda justificar a utilização (BRASIL, 2014). Frise-se ainda que, por estar inserida no corpo da PNAU, os gastos relativos à utilização do mecanismo estão previstos e autorizados.

Por conseguinte, no que toca à reserva do possível, ainda que essa possua uma natureza jurídica de princípio, a única incompatibilidade da vaga zero é justamente com o componente fático, tendo em vista que o hospital de referência no atendimento de alta complexidade deverá acolher o paciente, mas não disponibilizará atendimento imediato, tendo em vista que o recurso material não está disponível.

5.3.2 VAGA ZERO x DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL

Conforme fundamentado no tópico 3.1.2 e no tópico 3.1.3, defendeu-se que a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial possuem natureza jurídica de norma princípio. Ou seja, possuem natureza dúplice e obrigam o Estado a observar, quando da elaboração de leis e políticas públicas de saúde. Nesse aspecto, defendeu-se que a efetivação do direito à saúde perpassa pela concretização do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, o que consiste em obrigação do Estado, conforme se depreende do artigo 196 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Vale frisar, conforme já salientado, que a vida digna não se limita à garantia do mínimo vital, ou o mínimo para sobreviver. Nesse sentido, a efetivação da saúde deve ser balizada pela dignidade da pessoa humana (no sentido de sentido de acesso à saúde digno), bem como ser balizada pelo mínimo existencial (no sentido de ser oportunizado um acesso além do que o simples mínimo vital). No mais, a dignidade da pessoa humana se relaciona diretamente com o mínimo existencial, tendo em vista que este último corresponde ao que deve ser garantido para alcançar a existência digna.

Portanto, ao ser utilizada, a vaga zero deveria ser mecanismo hábil a promover um atendimento digno e que respeite o núcleo essencial do direito à saúde, garantindo ao indivíduo a concretização do mínimo existencial, não se limitando ao mínimo vital. Significa dizer que o médico regulador, responsável pelo encaminhamento do paciente, deverá prezar pela dignidade do paciente, garantindo-lhe ainda o mínimo necessário que se espera de um atendimento digno. Nessa perspectiva, o atendimento prestado perpassa por uma noção de atendimento acolhedor e humanizado, conforme destaca Costa *et al*:

No entanto, a garantia do acesso a serviços assistenciais não implica a efetivação do cuidado em saúde. Nesse sentido, a integralidade preconiza que, além de atividades de promoção, prevenção e tratamentos, a forma como as práticas de cuidado são realizadas nos serviços de saúde também é fundamental para o alcance da resolubilidade do atendimento. Portanto, as ações devem ser realizadas de forma humanizada, ou seja, os profissionais devem perceber o usuário como um sujeito com subjetividades (COSTA *et al*, 2014, p. 734).

Ocorre que a vaga zero acaba por violar tanto a dignidade da pessoa humana como o mínimo existencial, principalmente quando o mecanismo é utilizado nos casos de urgência e emergência, uma vez que o atendimento prestado é inadequado às exigências necessárias que decorrem da gravidade, ante a realidade da RUE no Brasil de trabalho na capacidade máxima, ou mesmo acima da capacidade máxima. Nesse sentido, vale dizer que a utilização da vaga zero não proporciona um atendimento humanizado ou acolhedor, tendo em vista que o paciente, não raras vezes, será acomodado nos corredores de um hospital, ante o quadro de superlotação hospitalar mencionado.

Ainda que a Resolução nº 2077/2014 do CFM (BRASIL, 2014) determine que o hospital de referência deve acolher e estabilizar o paciente, verifica-se que este último comando não se mostra viável ou executável, justamente em virtude da superlotação hospitalar. Esta mesma resolução ainda determina que, após a mencionada estabilização, a equipe médica do hospital que recebeu o paciente por meio da vaga zero deverá, “após obtidas as condições clínicas que permitam a transferência, comunicar o fato à regulação, persistindo a responsabilidade do gestor público pela obtenção de vagas para a continuidade do tratamento” (BRASIL, 2014), o que, da mesma forma, seria inviável, ante o quadro de superlotação hospitalar.

Vale frisar que a saúde se interrelaciona com a dignidade da pessoa humana, na medida em que, enquanto um direito fundamental do cidadão, “é necessária ao bem-estar físico, mental e social, capaz de viabilizar a garantia da própria vida dos indivíduos – configurando-se, portanto, pressuposto da dignidade da pessoa humana e, como tal, deve ser incansavelmente protegida e respeitada” (DALLARI; MAGGIO, 2017, p. 62). Nesse sentido, vale frisar que o direito à saúde não é um mero direito individual, pelo que urge:

a necessidade de preencher o conteúdo do direito à vida e à dignidade humana, harmonizando-os e integrando-os com outros direitos sociais, com a legislação infraconstitucional e com a estrutura das políticas públicas do SUS, delimitadas com a participação da comunidade (WERNER, 2008, p. 127).

Por seu turno, se o mínimo existencial pode ser compreendido como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sendo ainda o mínimo indispensável para uma existência

digna, como destacam Sarlet e Figueiredo (2007), entende-se que no casos de pacientes que são encaminhados pela vaga zero e conseguem ser minimamente estabilizados no hospital de referência, estar-se-ia diante de uma garantia do mínimo vital, ou mínimo fisiológico, e não do mínimo existencial, posto que o atendimento não cumpre com a baliza da dignidade.

Inclusive, em interessante análise sobre decisões do Superior Tribunal de Justiça, Andrija Oliveira Almeida e Marco Valério Viana Freire destacam que as decisões deste tribunal “delineiam o mínimo existencial em saúde a partir da atribuição de legitimidade jurídica acerca do que pode ser conhecido como conteúdo de direito à saúde e, portanto, sujeito a prestações materiais do Estado” (ALMEIDA; FREIRE, 2018, p. 73). Nesse sentido, entende-se que um leito de unidade intensiva (destino do paciente regulado pela vaga zero) consiste numa das prestações materiais a ser garantida pelo Estado. Se não há a disponibilização efetiva desta prestação material, verifica-se uma violação do mínimo existencial quando da utilização do mecanismo vaga zero.

Por conseguinte, a utilização do mecanismo vaga zero deveria garantir o acesso adequado, na medida em que é perfeitamente exigível do Estado o leito para acomodação do paciente. Ocorre que, como já salientado, num cenário de superlotação hospitalar que está trabalhando em sua capacidade máxima (ou acima) o usuário do SUS não terá o acesso imediato, o que pode ocasionar prejuízos ainda mais graves a sua saúde.

Analisando o caso de pacientes infectados por Covid-19, por exemplo, vislumbra-se que o encaminhamento em casos graves não resolve o problema, acaba até por agravar o quadro do paciente que necessita de imediata internação em leito de UTI e intubação (SILVEIRA; LIMA; MAIA, 2022). Nesse sentido, o tratamento inadequado que o paciente encaminhado pela vaga zero é submetido descortina a incompatibilidade do mesmo com a imediatidade necessária da realização do atendimento. Ora, se o encaminhamento do paciente não permitirá o acesso imediato ao leito para intubação, nos casos graves, a utilização da vaga é ineficiente, tendo em vista que “a Covid-19 é principalmente uma doença respiratória, e que milhões de pessoas mundo afora morreram de falta de ar” (LYRA, 2022, p. 40). Nesse cenário, não seria impossível de acontecer do paciente ser encaminhado pela vaga zero, aguardar num corredor do hospital de referência, vindo a óbito pela falta de ar enquanto aguardava a liberação do leito.

É importante frisar que a regulação por meio da vaga zero de pacientes em estado grave, como é o caso de pacientes infectados pelo vírus Sars-Cov-2, ocorre com base em critérios puramente médicos, sendo considerada, na forma do §1º da Resolução 2077/2014 do Conselho Federal de Medicina, recurso essencial para garantir acesso imediato aos pacientes com risco de morte ou sofrimento intenso, devendo ser considerada como situação de exceção

e não uma prática cotidiana na atenção às urgências (CFM, 2014). Inclusive, como já salientado, na forma do §2º da mencionada Resolução, o médico regulador tem a incumbência de detalhar o quadro clínico e justificar o encaminhamento para o hospital de referência lotado (CFM, 2014).

Não se está a deslegitimar a atuação do médico regulador, tendo em vista que a utilização do mecanismo vaga zero é plenamente válida e possível, na medida em que há previsão do recurso no bojo da PNAU, cabendo ao profissional que realizar a regulação atuar conforme disciplinado nas regras estabelecidas pela política pública em questão e em conformidade com o que dispõe a mencionada resolução do CFM (SILVEIRA; LIMA; MAIA, 2022, p. 121). O problema reside no fato de que essas decisões adotadas pelos médicos reguladores geram para os hospitais de referência alguns desafios logísticos que podem culminar na total inadequação do procedimento ou na utilização de leito de vaga particular, conforme se depreende da parte final do §4º do artigo 17 da Resolução 2077/2014 do CFM.

Vale frisar que os documentos que compõem a PNAU são coerentes entre si e têm uma lógica de sequenciamento nas propostas, na medida em que partem uma contextualização da atuação na área, dando destaque à baixa cobertura populacional e a insuficiente oferta de serviços de atendimento pré-hospitalar quando comparado com a grande extensão territorial do país, “com eventuais grandes distâncias para a rede hospitalar especializada e de alta complexidade, necessitando de serviços intermediários de complexidade” (O'DWAYER, 2010, p. 2399). Nesse sentido, em que pese os problemas relativos à alta demanda de pacientes e superlotação hospitalar, pode-se afirmar que a RUE ainda consiste em uma rede de atenção à saúde primordial para o SUS, fornecendo serviços de média e alta complexidade para toda a população brasileira.

No entanto, a vaga zero é um mecanismo regulatório que corrobora para o agravamento do quadro de superlotação hospitalar, ainda que consista em um mecanismo que tenho como objetivo a concreção da saúde, mesmo que de forma não imediata, posto que o atendimento resta inviabilizado, ao menos momentaneamente. Nesse aspecto, verifica-se que há uma incompatibilidade do mecanismo regulatório em estudo com a dignidade da pessoa humana e com o mínimo existencial.

A “vaga zero” pode se prestar à efetivação do direito à saúde, sendo este o objetivo principal quando de sua instalação, visando dar uma resposta rápida aos casos mais críticos. Trata-se de um mecanismo válido, porém, percebe-se que, nos casos de pacientes infectados pelo vírus Sars-Cov-2, sua utilização em casos graves não se apresenta como eficiente, tendo em vista que se faz necessário o atendimento imediato

pelo que pode a mencionada política ser repensada ou readequada para os casos gravíssimos (SILVEIRA; LIMA; MAIA, 2022, p. 122)

Ainda no que tange ao mínimo existencial, poder-se-ia argumentar que a vaga zero garante o mínimo vital, em caso de possibilidade de estabilização do quadro apresentado pelo paciente, mas, conforme salientado no tópico 3.1.3, o Estado não pode garantir apenas o mínimo vital, nem mesmo o mínimo existencial, devendo ir além, buscando sempre o melhor serviço a ser disponibilizado ao usuário do SUS. Por conseguinte, ante o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, aqui incluso o direito à saúde, percebe-se que a utilização indiscriminada do mecanismo pode representar uma violação à CRFB/88, em especial o direito à saúde, além de não restarem concretizadas a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a vaga zero, enquanto um recurso essencial que permite o acesso imediato do paciente às dependências de um hospital lotado, não se encontra dentro das duas balizas de efetivação da saúde, quais sejam: dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Isto porque não se promove um atendimento digno, nem que garante o mínimo necessário para o paciente

A utilização da vaga zero se dá justamente no contexto de inexistência de vaga. Ou seja, o acionamento deste mecanismo se dá num cenário de superlotação hospitalar e extrema necessidade do paciente dos serviços que podem ser prestados unicamente pelo hospital de referência. Conforme conceituado, a vaga zero pode ser compreendida como uma vaga ficta, que permite o acesso às dependências do hospital de referência, porém falha com seu objetivo final de garantir o acesso ao atendimento demandado, o que pode gerar danos ainda piores à saúde dos pacientes que estão em estado mais grave.

5.4 JUDICIALIZAÇÃO E VAGA ZERO

Pretende-se analisar brevemente no presente capítulo duas decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, doravante denominado TJ/SP, nos agravos de instrumentos nº 2069133-32.2022.8.26.0000 e nº 3004001-79.2020.8.26.0000, originários da comarca de Assis/SP e Franca/SP, respectivamente, observando como se deu o posicionamento do Judiciário sobre o mecanismo vaga zero em ambos os casos.

No processo que deu causa ao agravo de instrumento nº 3004001-79.2020.8.26.0000, a parte autora Fundação Santa Casa de Misericórdia de Franca (hospital filantrópico que tem convenio com o Estado de São Paulo) ingressou com mandado de segurança em face da

superintendente da CROSS, que é a central de regulação de pacientes do Estado de São Paulo. O pedido consistia em uma obrigação de não fazer, exigindo que não fossem regulados por meio da vaga zero pacientes infectados pelo vírus Sars-Cov-2, tendo em vista que esses pacientes exigiam um atendimento mais complexo (necessidade de intubação, por exemplo), o que gera uma demanda onerosa para os profissionais da Instituição, além de não garantir o tratamento adequado ao paciente, o que violaria a dignidade da pessoa humana. Houve deferimento do pedido liminar, o que motivou a interposição do agravo pelo Estado de São Paulo (citação do processo).

Foi dado provimento ao agravo de instrumento nº 3004001-79.2020.8.26.0000, sob o argumento de que o paciente é regulado por meio da vaga zero com base em “critérios técnicos específicos à prática médica, voltados ao gerenciamento e à movimentação de pacientes”, reconhecendo a “inconveniência” ocasionada pela vaga zero, mas fundamentando pela legalidade do ato administrativo que não poderia ser objeto de interferência pelo Poder Judiciário (citação do processo).

Neste caso em específico, verifica-se o reconhecimento pelo Judiciário do “mal necessário” que é a vaga zero. Em que pese o reconhecimento pela inadequação do atendimento prestado ao paciente, vislumbrou-se uma possibilidade de utilização do mecanismo regulatório, posto que existe norma que prevê sua utilização, desconsiderando quaisquer balizas de efetivação do direito à saúde. Ocorre que, ignora-se a péssima qualidade do atendimento prestado ao paciente, o qual provavelmente aguardará a liberação de uma vaga no corredor do hospital, ante a inexistência de vagas. Por fim, o processo em primeira instância foi extinto em virtude de pedido de desistência pela parte autora.

Vale dizer, o encaminhamento pela vaga zero, nestas circunstâncias de pacientes em estado grave, acaba por colocar em risco a vida e integridade física do enfermo. Porém, diante da mera existência de normatização por meio das portarias do Ministério da Saúde, o Judiciário entendeu pela possibilidade de utilização do mecanismo, sem se atentar aos pormenores que a utilização deste mecanismo implica.

Por sua vez, o processo que deu causa ao agravo de instrumento nº 2069133-32.2022.8.26.0000, a parte autora Ministério Público do Estado de São Paulo, doravante denominado MPSP, o ingressou com uma ação civil pública, com pedido de tutela de urgência, visando o não encaminhamento de pacientes pela CROSS por meio da vaga zero, posto que esta prática é perigosa e “milita a favor de mascarar a falta de vagas e de investimentos na área da saúde pública” (citação do processo), pelo que deveria o Estado prover vaga reais e não fictas

aos pacientes, o que decorre da obrigação constitucional imposta pela CRFB/88 (BRASIL, 1988).

O pedido de tutela de urgência foi indeferido, sob o argumento de incompetência do Judiciário para intervir em decisões de gestão, o que motivou a interposição do agravo de instrumento pelo MPSP. Ocorre que o TJ/SP não deu provimento ao agravo e praticamente manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos, não prosseguindo à apreciação do mérito que envolve a utilização da vaga zero.

Nesse sentido, verifica-se que ambos os processos apresentam a mesma interpretação para o julgamento da demanda, ignorando as possíveis violações ao direito à saúde de diversos pacientes que podem ser submetidos à utilização do mecanismo vaga zero. Em que pese ser a utilização da vaga zero uma “decisão de gestão” tomada pelo médico regulador, verifica-se que inexistente a preocupação em conseguir um atendimento efetivo e de qualidade ao paciente, o que, ainda que indiretamente, fere a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Como mencionado anteriormente na presente pesquisa, o atendimento prestado nas redes de atenção à saúde deve priorizar o paciente, prezando pela humanização e acolhimento deste usuário. Ocorre que a vaga zero não propicia este tipo de atendimento, além de escancarar uma grande falha interna que ocorre no âmbito do SUS, devendo ser uma prática repensada e readequada para o cenário atual.

De fato, conforme aventado no tópico 3.2.1, a intervenção do Judiciário deve prezar pela autocontenção judicial, porém, nos casos em comento, verifica-se que houve uma inobservância das balizas de efetivação do direito à saúde, uma vez que o TJSP se limitou a afirmar que não há necessidade de intervenção do órgão em matérias que versem sobre “decisões de gestão”, sem analisar a efetividade da utilização do mecanismo ou se há a observância das balizas de efetivação do direito.

Repise-se que, ainda que seja um “mal necessário” a vaga zero só aceitável pelo contexto brasileiro vivenciado pela RUE, a qual, como já destacado na presente pesquisa, trabalha em máxima capacidade, principalmente pelo fato da baixa resolutividade da rede de atenção primária. Nessa perspectiva, verifica-se que ainda há necessidade de maior consolidação do sistema em redes como um todo, de modo a oportunizar melhoria nos atendimentos prestados.

5.5 VAGA ZERO E OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Como já destacado anteriormente, a CRFB/88 anuncia em seu preâmbulo a adoção o Estado Democrático de Direito, o qual estaria destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Na mesma linha, como já destacado anteriormente no presente trabalho, da análise do artigo 3º se depreende os objetivos fundamentais da república, o que evidencia que esse modelo de Estado não se sustenta sem que haja a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, sendo incontroverso que, no que toca ao direito à saúde, o indivíduo necessita de estar amparado por este modelo estatal para ter a sua dignidade garantida.

Ocorre que a efetivação do direito à saúde, enquanto um direito fundamental social, não se limita em garantir a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o que violaria frontalmente a teoria dos direitos fundamentais. É válido ainda destacar que o artigo 3º supramencionado adota uma visão de transformação social, o que se denota da análise dos diversos objetivos elencados pelo constituinte originário. Conforme destaca Rholden Botelho de Queiroz:

Sem dúvidas, o texto da norma traz expressões muito abertas, dando margem a várias acepções. O que é justiça é um tema que se debate há milênios. O alcance e limites da liberdade, da mesma forma. Não muito diferente se passa no âmbito da precisão do alcance da expressão solidariedade. Entretanto, pouca dúvida haveria de que o fornecimento adequado de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados contribui para a construção de uma nação livre, justa e solidária (QUEIROZ, 2020, p. 69).

Nesse sentido, verifica-se que a concretização do direito à saúde - e dos demais direitos fundamentais sociais previstos na CRFB/88 - tem o condão de contribuir para a construção de uma nação livre, justa e solidária, bem como contribui para a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais. De igual modo, é inegável que a concretização dos direitos fundamentais sociais, dentre eles a saúde, consiste numa maneira de promover o bem de todos.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que, embora não esgotem os objetivos da República previstos no artigo 3º da CRFB/88, os direitos fundamentais sociais podem ser vistos como normas com um grau maior de precisão ou densidade, dando uma maior concretude aos

objetivos constitucionais, pelo que se compreende que concretizar os direitos sociais é uma maneira eficaz de promover os objetivos da República.

Inclusive, Osvaldo Canela Junior (2011, p. 89/91) sustenta, sob a tese do sistema ético de referência, que as políticas públicas devem estar voltadas para a efetivação dos direitos fundamentais, ante a ordem estabelecida no artigo 3º para cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ocorre que, ao analisar a vaga zero enquanto um mecanismo de regulação de pacientes inserido no corpo da PNAU, verifica-se que há um certo desleixo no cumprimento dos objetivos fundamentais da República. Isto porque, como já destacado, a vaga zero acaba por ignorar algumas das premissas e balizas do direito à saúde. No mais, sendo a vaga zero um mecanismo de regulação de nível nacional, entende-se que o gestor público mais uma vez deixa de observar os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da CRFB/88.

No que toca ao grau de proteção e efetivação dado aos direitos fundamentais sociais, Sarlet destaca que “não há como desconsiderar as características dos direitos prestacionais na difícil empreitada de definir o seu grau de proteção contra a atuação do poder de reforma constitucional, o que, além disso, deverá ser feito à luz de alguns exemplos recolhidos em nossa Constituição” (SARLET, 2018, p. 450). Nessa perspectiva, não há como se deixar de lado que os direitos fundamentais sociais – aqui inclusa a saúde – representam uma árdua tarefa para o Poder Público quando da implementação das políticas públicas.

É válido ainda lembrar que a saúde, como dito acima, exige a implementação de uma política pública, o que, por óbvio, implica na realização de gastos públicos diversos, previsões orçamentárias, dentre outros requisitos para a execução de uma política pública adequada. Ocorre que, o custo de um direito fundamental social jamais poderia ser um fator limitante para sua efetivação, como já defendido anteriormente no presente trabalho. Nesse sentido, leciona Sarlet:

Ainda nesse contexto, cada vez mais se percebe que o devido processo orçamentário e financeiro (incluindo aqui uma fixação de prioridades afinada com os objetivos fundamentais do artigo 3º da CF, e com a meta constitucional de assegurar a todos uma vida digna), bem como a necessidade de embutir mecanismos de vinculação dos órgãos estatais no que diz com a efetiva e eficaz execução do orçamento, ainda mais onde presentes critérios expressos estabelecidos pela constituição, há de ser privilegiado, inclusive como meio para transformar as noções do custo dos direitos e da assim chamada reserva do possível em algo produtivo (e não mero obstáculo ao controle judicial e exigibilidade por parte do cidadão) especialmente para a efetividade dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 380)

Portanto, entende-se que os direitos fundamentais sociais implicam em gastos públicos, os quais devem estar em consonância com os objetivos fundamentais estabelecidos

pelo artigo 3º da CRFB/88, de modo que os gastos públicos devem estar direcionados no sentido de dar maior efetividade aos direitos fundamentais. No mais, é inegável que a saúde não pode ser interpretada como uma norma programática, conforme leciona Herberth Costa Figueiredo:

O direito à saúde, expresso no art. 196, da Constituição Federal de 1988, por ser fundamental à dignidade e à vida da pessoa humana, não pode ser interpretado como mera norma programática, que se limita a traçar princípios, objetivos e programas visando à realização dos fins sociais do Estado, posto que frustra e limita o caráter pluralista, dirigente e principiológico da Carta Política, cujo objetivo direciona-se para a concretização de uma justiça social que legitime o Estado Democrático de Direito (art. 3º, da CF/88) (FIGUEIREDO, 2011, p. 55).

Nessa perspectiva, pode-se concluir que, no que toca à realização de políticas públicas de saúde no âmbito da RUE, os gastos públicos poderiam melhor executados por meio da adoção de medidas alternativas à vaga zero. Isto porque, como já destacado no presente trabalho, a vaga zero acaba por ignorar o comando do artigo 3º da CRFB/88, bem como não se presta à garantia efetiva do direito fundamental social à saúde, tendo em vista que reduz o retromencionado direito à garantia de um mínimo existencial que não se sustenta.

É válido ainda frisar que a execução de uma política pública, como já destacado anteriormente, perpassa também pela participação popular. Sueli Gandolfi Dallari, após destacar que a participação ativa da população é indispensável à defesa do direito à saúde, leciona que:

Em suma, a defesa do direito à saúde exige, em última instância, que o Poder Judiciário verifique a participação do povo em cada momento da implementação das políticas públicas com repercussão em seu estado de saúde: desde a elaboração da lei até a prestação do serviço. É absolutamente necessário, na República e no Estado Democrático de Direito, que os operadores do direito contemporâneo examinem se as pessoas participaram da operação de tornar mais preciso o conceito de saúde naquela determinada comunidade, a fim de que ele pudesse ser utilizado pelos gestores públicos, e se elas continuaram a participar para assegurarem-se de que as ações implementadas para promover, proteger e cuidar de sua saúde atendem ao conceito democraticamente estipulado (DALLARI, 2013, p. 29).

Nessa perspectiva, no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais sociais, evidencia-se que não basta apenas criar uma política pública, pelo que deve haver também uma contínua preocupação do gestor público de que estas sejam formuladas e executadas a contento, com a efetiva participação popular, tanto pelos conselhos de saúde quanto por intermédio dos fóruns de participação popular (audiências públicas, conferências de saúde).

Por conseguinte, é inegável que as políticas públicas contribuem para a promoção, proteção e recuperação do direito fundamental social à saúde, tendo em vista que essas ações do poder público favorecem a oferta e o alcance da estrutura, das ações e dos serviços sanitários solicitados pelos indivíduos. No mais, é importante perceber que a existência da interligação entre as políticas públicas e a realidade social, o que se apresenta como algo indispensável na sociedade atual, posto que as políticas públicas devem ser eficientes e coesas em relação ao objetivo maior de garantir o aperfeiçoamento gradativo de uma sociedade, cada vez mais livre, justa e solidária, na forma do que está estabelecido no artigo 3º da CRFB/88. No entanto, vale ressaltar que se faz necessário a observância dos gastos públicos, os quais devem estar direcionados a garantir uma máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais quando de sua realização.

5.6 ALTERNATIVAS À VAGA ZERO

Num primeiro momento, verifica-se que a vaga zero pode ser utilizada em diversos contextos, não se limitando aos casos de urgência e emergência, como anteriormente visto. Nessa perspectiva, o principal ponto a respeito da vaga zero e sua utilização é justamente a vagueza conceitual e sua delimitação pelos instrumentos normativos que a instituíram.

Verifica-se ainda que a Portaria 2048/2002 do Ministério da Saúde e a Resolução 2077/2014 apresentam conceituações rasas e pouco delimitadas sobre a vaga zero, o que tende a banalizar sua utilização, como visto na presente dissertação. Nesse sentido, entende-se pela necessidade de normatização legal da vaga zero, com previsões expressas que determinem quando pode ou não ser utilizado o mecanismo, com o fito de evitar a banalização do mecanismo.

Como destacado, a vaga zero é mecanismo utilizado no contexto de urgência e emergência. Ou seja, uma vez inserida no bojo da PNAU, este mecanismo será utilizado para o acesso do paciente à RUE. Ocorre que se verifica uma intensificação da demanda pelos serviços prestados na RUE, o que pressiona as estruturas e os profissionais de saúde, o que gera insatisfação da população que utiliza dos sistemas de atenção à saúde (MENDES, 2010). Nesse sentido, Luciana Santos Dubeux, Eduardo Freese e Eronildo Felisberto apontam que os motivos que fazem esse tipo de demanda aumentar, bem como incrementa a insatisfação do usuário está relacionado com a “ocupação total de leitos de urgência/emergência, usuários em espera para atendimento por mais de uma hora, tensão na equipe assistencial e pressão para novos

atendimentos. Em decorrência disso, evidencia-se o baixo desempenho do hospital e das redes de saúde instituídas” (DUBEUX; FREESE; FELISBERTO, 2013, p. 346-347).

Ainda assim, dentre todos os problemas relacionados à utilização da vaga zero no contexto brasileiro de atenção às urgências e emergências, vislumbra-se certa razoabilidade do mecanismo apenas nos casos em que sua utilização seja extremamente necessária, conforme preceituado pela Resolução 2077/2014 do CFM, o que não afasta a possibilidade estatal de buscar a adoção de medidas alternativas ao mecanismo, ou medidas que possibilitem a redução dos problemas e entraves ocasionados por seu uso. Isto porque a “vaga zero” é ainda uma política pública de saúde utilizada por todo o território brasileiro nas diversas centrais de regulação de pacientes.

Tendo em vista que a vaga zero é utilizada num contexto de superlotação hospitalar, em especial no âmbito da RUE, bem como que existem diversas redes de atenção à saúde, estruturadas em níveis de atenção que compreendem a disponibilização de serviços e atendimentos dos casos mais simples aos mais complexos, depreende-se que existe um cenário de baixa resolutividade do sistema de saúde, o que pode ser considerado como um problema crônico. Este quadro de superlotação hospitalar é notório e recorrente no âmbito do SUS, o que não se resume ao cenário pandêmico vivenciado a partir do ano de 2020.

Destaque-se que a adoção das redes de atenção à saúde consiste em medida louvável para melhorar o atendimento, porém, verifica-se que na prática, existem algumas dificuldades no processo de trabalho das redes de atenção básica, especificamente, incompletude das equipes, nos encaminhamentos e na contrarreferência, conforme destacam Juliana Pessoa Costa *et al* (COSTA *et al*, 2014, p. 742). Nesse sentido, pode-se associar o quadro de superlotação e serviços prestados em máxima capacidade com a baixa resolutividade da rede de atenção primária da saúde. Ante o cenário de superlotação e congestionamento da serviços de urgência e emergência, vislumbra-se uma dificuldade da RUE em cumprir com a demanda da sociedade. Ou seja, faz-se necessário um maior investimento nas redes de atenção primária à saúde, conforme Eugênio Mendes Vilaça destaca:

as evidências são robustas em atestar que os sistemas de saúde com forte orientação para a APS comparados com outros com frágil orientação para a APS apresentam melhores resultados em termos de diminuição da mortalidade, redução dos custos da atenção, maior acesso a serviços preventivos, melhoria da equidade em saúde, redução das internações hospitalares e redução da atenção de urgência (MENDES, 2013, p. 32-33)

Para o autor supramencionado, o investimento nas redes de atenção primária apresenta em médio prazo resultados satisfatórios, bem como promove o desafogamento das redes de urgência, o que, de forma indireta, promove também uma redução na utilização reiterada do mecanismo “vaga zero”. Na mesma linha, Barbara Starfield (2006) também defende a tese de que a baixa resolutividade das unidades básicas de saúde gera uma demanda inadequada e exacerbada aos serviços especializados.

Por outro lado, em trabalho sobre a lotação hospitalar em unidades de saúde do Canadá, Affleck *et al* (2015, p. 368) destacam a figura do “*access block*”, o qual “se refere à situação em que pacientes no setor de emergência que requerem cuidados intensivos não conseguem ganhar acesso apropriado a leitos hospitalares em um tempo razoável, ou quando qualquer outro paciente necessitando de cuidados não conseguem em tempo apropriado para suas necessidades”¹⁰. Comparando com o Brasil, verifica-se a possibilidade de “furar” esse bloqueio com a utilização do mecanismo de regulação de pacientes vaga zero, o que gera aumento da demanda para a RUE, bem como viola a isonomia pretendida no tratamento dispensado aos usuários do SUS.

Pode-se afirmar que uma das soluções possíveis ao excesso de demanda na RUE consiste na ampliação de leitos hospitalares, cumulada com a criação de unidades de internação de curta permanência dedicadas aos pacientes oriundos dos serviços de emergências, uma vez que, quanto maior a disponibilidade de médicos e de leitos para tratamentos de pacientes graves, menores são as filas e tempos de espera (MOLONEY *et al*, 2005). Nesse sentido, contribui-se para a redução da lotação hospitalar, pelo que investimentos que visem o aprimoramento da RUE também são ótimas alternativas a serem adotadas, visando uma redução da superlotação.

Na mesma linha, Luigi Siciliani e Jeremy Hurst apontam que a adoção de formas de remuneração dos profissionais e de financiamento dos hospitais que estimulem aumento de produtividade também resultam em menores tempos de espera dos pacientes por atendimento médico e procedimentos (SICILIANI; HURST, 2003). Nesse sentido, para os autores, com um esquema remuneratório correlacionado com a produtividade, verifica-se um aprimoramento do atendimento médico prestado, o qual também passa a ser mais eficiente, gerando índices de satisfação dos usuários do sistema de saúde.

Com isso, vislumbram-se algumas medidas passíveis de serem adotadas em solo brasileiro para que se consiga um esvaziamento da RUE, a qual viria a trabalhar mais próxima

¹⁰ Tradução livre: refers to the situation where patients in the emergency department (ED) requiring inpatient care are unable to gain access to appropriate hospital beds within a reasonable time frame, or anywhere else patients needing care are unable to obtain it in a timely fashion appropriate to their need

de sua capacidade, promovendo um atendimento de maior qualidade e segurança aos pacientes usuários do SUS. De igual modo, neste cenário, a utilização da vaga zero resultaria em menos prejuízos aos pacientes e ao hospital de referência, que conseguiria otimizar o atendimento dispensado ao usuário do SUS regulado pela vaga zero. De fato, a vaga zero propicia o imediato ingresso do paciente nas dependências do hospital de referência, mas o atendimento prestado pode demorar horas ou até dias.

Peter Cameron, Paul Scown, e Donald Campbell apontam que o enfrentamento do fenômeno do bloqueio de acesso, ou *access block*, ao leito hospitalar compreende não apenas uma ampliação dos leitos hospitalares, devendo também ser adotadas medidas de reavaliação dos processos de cuidado e trabalho no interior da dependência hospitalar, visando o a adoção de medidas que visem a redução do tempo de permanência do paciente, além de otimizar o fluxo de cirurgias e demais atividades eletivas (CAMERON; SCOWN; CAMPBELL, 2002). Nesse aspecto, prezar pela melhoria contínua dos fluxos dos serviços hospitalares consiste em medida inteligente para otimizar o atendimento e a qualidade do serviço prestado, o que, ainda gera diminuição da superlotação hospitalar e aprimora o acolhimento do paciente vaga zero, ainda de forma indireta. Nessa perspectiva, pode-se vislumbrar que a adoção de medidas que visem a redução da lotação hospitalar pode ocasionar o melhor atendimento a ser dispensado ao paciente regulado pelo mecanismo vaga zero.

Uma alternativa interessante para o cenário brasileiro é a ampliação do georreferenciamento das centrais de regulação, as quais podem flexibilizar suas abrangências territoriais, com o fito de promover ao paciente um atendimento mais integrado por meio do diálogo entre estes órgãos de regulação, o que viabilizaria o encaminhamento para mais uma unidade de referência (SILVEIRA; LIMA; MAIA, 2022, p. 122). Na prática a adoção desta alternativa implicaria em extrapolar a abrangência de uma central de regulação “X” para que o paciente seja atendimento num hospital de referência abrangido por uma outra central de regulação.

Nesse sentido, o aumento do diálogo entre as centrais de regulação se faria necessário para que houvesse uma constante troca de informações sobre disponibilidades de leitos vagos (ou que estão prestes a vagar), sendo que essa “interferência” na abrangência territorial de uma central de regulação para outra só faria sentido se houvesse a possibilidade de estabilização do paciente pelo SAMU, pelo que também se faria necessário o aumento de investimentos neste componente da RUE até que pudesse ser acolhido pelo hospital de referência, que fica responsável pela continuidade do tratamento.

Outro ponto que merece destaque no que toca às possíveis medidas alternativas passíveis de serem adotadas ao invés da utilização da vaga zero seria o aprimoramento da previsão de compra de leitos particulares prevista no §4 do artigo 17 da Resolução 2077/2014 do CFM:

§ 4º No caso de utilizar-se a “vaga zero” em Serviço Hospitalar de Urgência e Emergência superlotado ou sem capacidade técnica de continuidade do tratamento, caberá à equipe médica estabilizar o paciente e, após obtidas as condições clínicas que permitam a transferência, comunicar o fato à regulação, persistindo a responsabilidade do gestor público pela obtenção de vagas para a continuidade do tratamento e, se necessário, com a compra de leitos na forma da lei (BRASIL, 2014).

Como já mencionado, por vezes a estabilização do paciente restará comprometida, ante o cenário de superlotação hospitalar. Ainda assim, verifica-se que o poder público pode investir em convênios com hospitais particulares para que desviar o fluxo constante da vaga zero com direcionamento para os hospitais de referência em atendimento de alta complexidade para encaminhar os pacientes a leitos particulares, com a devida compensação financeira pelo Estado. O entrave para esta prática é justamente a ausência de normatização legal, tendo em vista que, ainda que louvável, a mera previsão em Resolução do CFM não basta para a implementação da prática.

Por fim, evidencia-se uma necessidade de maior investimento na área da saúde pública no Brasil, principalmente na RUE, visando o aprimoramento do atendimento prestado dentro desta rede de atenção à saúde (SILVEIRA; LIMA; MAIA, 2022, p. 123), com o fito de diminuir filas de espera e otimizar o tempo de atendimentos e internações. No mais, evidencia-se a necessidade de maiores investimento na rede de atenção à saúde primária, com o fito de elevar a taxa de resolutividade do atendimento prestado, o que inclusive promove uma desafogamento da RUE. Conforme evidenciado no tópico 4.2 do presente trabalho, verifica-se que o desfinanciamento crônico do SUS tende a piorar nos próximos anos, o que será sentido pelo usuário do sistema no médio/longo prazo, pelo que se faz necessária a adoção de políticas públicas que viabilizem o aumento do financiamento, de modo a propiciar melhoria nos serviços.

Fato é que a vaga zero consiste num importante (e drástico) mecanismo de regulação de pacientes, que deve ser utilizado apenas em casos excepcionais e não corriqueiramente pelo médico regulador, sob pena de onerar ainda mais a RUE que, como destacado na presente dissertação, trabalha em sua máxima capacidade, pelo que o atendimento prestado pelos hospitais de referência restará prejudicado e inadequado à urgência apresentada pelo paciente

regulado para os hospitais de referência em atendimento de alta complexidade por este mecanismo. Nessa perspectiva, verifica-se que há necessidade de adoção de medidas alternativas à utilização banalizada do mecanismo vaga zero, o que pode (e deve) ser realizado pelo poder público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil, a partir do advento da CRFB/88, concentra-se na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, comprometida com a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, além de consagrar inúmeros direitos fundamentais sociais aos cidadãos. Nesta seara, encontra-se incluída a saúde, posto que a partir da CRFB/88 este direito passou a ser de toda a sociedade brasileira, o que resta ainda mais evidenciado pela criação do SUS como uma política sanitária e igualitária que independe de contribuição para o acesso.

Neste cenário, a CRFB/88 adota um modelo de Estado que visa a garantia dos direitos fundamentais sociais positivados por meio da adoção de diversas políticas públicas com o fito de alcançar a concreção dos objetivos fundamentais, ainda que tal feito se encontre distante de ser alcançado. Ainda assim verifica-se um grande avanço quando se comprara o cenário político brasileiro que antecedeu a promulgação da República Federativa do Brasil, em que diversos direitos fundamentais eram deixados de lado, ou condicionados a algo para que fosse permitido o acesso. Como se destacou, a saúde não consistia em direito universal no período que antecedeu a vigência da CRFB/88.

Em que pese os evidentes avanços no campo social, passadas mais de três décadas da entrada em vigor da CRFB/88, verifica-se que tais objetivos ainda estão em curso, sobretudo ao se considerar as especificidades e abrangência dada ao direito à saúde pela carta constitucional, o que se evidencia pela dificuldade de implementação do SUS enquanto uma política pública de saúde funcional e efetiva em todos os níveis de atenção. Ocorre que, como visto, a efetivação do direito à saúde no Brasil perpassa por diversos percalços, sendo um tema ainda controverso que não se esgotaria no presente trabalho.

No que toca à efetivação da saúde, verificou-se que o SUS é a principal política pública sanitária, sendo que decorre deste sistema inúmeras outras políticas que visam a efetivação da saúde. A criação das redes de atenção à saúde é um exemplo concreto, à medida que integram a estrutura do SUS, assim como a normatização da “vaga zero”, objeto de estudo de estudo dessa dissertação, por meio de portaria nº 2.048/2002 do Ministério da Saúde. As redes de atenção à saúde, conforme estudo em tópico próprio, representam grande avanço na ideia descentralizadora concebida pela CRFB/88, mas não logram êxito em alcançar a plena satisfação do direito à saúde.

Isto decorre da dificuldade do sistema de abarcar todas demandas da sociedade na área sanitária, sendo que a inexistência de vagas em leitos hospitalares é um problema crônico de

causa multifatorial, principalmente no âmbito da RUE. Talvez as duas principais causas residem no desfinanciamento crônico da saúde, aliado à baixa resolutividade das redes de atenção primárias, de modo a causar uma busca mais intensa pelo atendimento na RUE, o que gera aumento do trabalho e conseqüente inchaço das unidades de saúde desta rede. É justamente nesse cenário que a “vaga zero” emerge como uma solução, ou um problema, a depender da perspectiva adotada.

Ante o quadro crônico de superlotação hospitalar e trabalho exercido de acordo com a capacidade máxima das instalações dos hospitais, questionou-se no presente trabalho acerca da utilização da “vaga zero”, enquanto um mecanismo regulatório que proporciona o ingresso imediato do paciente às dependências hospitalares e que visa, ao menos na teoria, a efetivação do direito à saúde. Sendo assim, o surgimento da vaga zero se relaciona com a efetivação da saúde, mas na prática sua utilização pode não alcançar o objetivo final da medida.

Para tanto, realizou-se uma breve abordagem teórica sobre o direito à saúde, enquanto um direito fundamental social, constatando que a saúde se encontra na segunda dimensão dos direitos fundamentais, devendo ser efetuado por meio de políticas públicas a serem realizadas pelo Poder Público, possuindo aplicabilidade imediata, na forma do artigo 5º, §1º da CRFB/88 em caso de inadimplência. Nesse sentido, verificou-se que a efetivação do direito à saúde cabe ao Poder Público brasileiro, conforme se denota do comando do artigo 196 da CRFB/88, dentre outros dispositivos.

No entanto, no que toca à efetivação do direito à saúde, analisou-se que o poder público deverá observar as balizas de efetivação do direito à saúde, quais sejam: dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e reserva do possível. Nessa perspectiva, quando da implementação de ação ou política sanitária, que ocasionaria algum impacto nos serviços de saúde ofertados à população, faz-se necessária a efetivação do direito sob a ótica de respeito às balizas mencionadas, de modo que a vaga zero, quando utilizada, deve ser enquadrada dentro dos contornos das balizadas, posto que a vaga zero consiste em um mecanismo inserido no corpo da PNAU, portanto, pode ser considerada uma política sanitária de regulação de pacientes do SUS.

Portanto, para que se alcance a real efetivação do direito à saúde, tem-se por obrigatória a observância da dignidade da pessoa humana, enquanto uma norma-princípio, devendo ser garantido o acesso à saúde de forma digna. De igual modo, verifica-se que a saúde também está balizada pelo mínimo existencial, no sentido de ser oportunizado um acesso além do que preconiza o simples mínimo vital, não podendo ser a saúde limitada à mera concessão de medicamentos ou leitos hospitalares, tendo em vista que o SUS foi idealizado para abarcar

todas situações clínicas, das mais simples até as mais complexas. Consolidou-se ainda o entendimento de que a dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, na área da saúde, são balizas que se interagem de modo contínuo.

Por sua vez, a reserva do possível consiste em um princípio norteador de políticas públicas, sendo que na área da saúde não poderia ser considerada como um elemento integrador do direito. Nesse sentido, defendeu-se que a reserva do possível não se apresenta como uma norma-princípio que orienta a elaboração de políticas públicas que visem a efetivação da saúde, sendo um princípio norteador que não poderia jamais limitar o comando constitucional previsto no artigo 196 da CRFB/88. Desta forma, a utilização do mecanismo “vaga zero” pressupõe a observância da reserva do possível como uma baliza, mas sem que isso importe na limitação do direito à saúde.

Por conseguinte, no que toca à disponibilização dos serviços de saúde, oferecidos no âmbito do SUS a toda a população brasileira, verifica-se que o poder público deverá observar as balizas do direito à saúde, de modo que os atendimentos devem prezar pela qualidade, dignidade do paciente (com a observância do mínimo existencial), bem como se atentando para as limitações da reserva do possível, ainda que esta última baliza não possua força suficiente para limitar a efetivação do direito à saúde.

Passado o estabelecimento das balizas do direito à saúde, buscou-se analisar qual a situação atual do SUS, perpassando o estudo por sua estrutura, modo de financiamento, competência constitucional na área da saúde, funcionamento das comissões intergestores, além da análise das redes de atenção à saúde, para, ao final, analisar a rede de urgência e emergência, sendo dado maior ênfase para esta última, posto que a “vaga zero” se encontra inserida no âmbito de funcionamento da RUE. Enfatizou-se ainda que o mecanismo regulatório “vaga zero” está adotado no corpo da PNAU, materializando-se no âmbito da RUE, posto que destinam os pacientes para hospitais que são referência no atendimento de casos de alta complexidade, de modo a demandar, em regra, atendimentos complexos.

Neste contexto, passou-se à análise pormenorizada da “vaga zero”, sendo esta conceituada como uma vaga hospitalar fictícia que poderá ser utilizada pelo médico da central de regulação, com vistas a efetivar o acesso aos serviços de saúde para determinado paciente, ainda que seja o caso de lotação hospitalar. Sendo assim, pode ser considerada, de forma ampla, como uma das políticas públicas inseridas no corpo da PNAU, a ser utilizada no âmbito da RUE, como uma forma de regulação dos pacientes. Verificou-se ainda que a “vaga zero” é utilizada de forma indiscriminada, sem maiores apegos à condição e quadro clínico apresentado

pelo paciente a ser regulado pela central, o que resta evidenciado pela ausência de normas específicas sobre a utilização do mecanismo.

Ante a ausência de normas específicas que conceituassem e delimitassem os cenários viáveis de utilização da “vaga zero”, esta acaba sendo utilizada de forma reiterada pelos médicos das centrais de regulação, o que acaba por agravar o quadro de superlotação da RUE. Nessa perspectiva, buscou-se evidenciar quais os problemas logísticos ocasionados pela utilização da regulação por meio da “vaga zero”, não sendo difícil de imaginar que, num hospital lotado, o acolhimento de mais um paciente não será adequado, ainda mais quando este necessite de tratamentos complexos e intensivos, uma vez que a ausência de um leito poderá lhe custar a vida.

Vale destacar que o paciente é encaminhado para um determinado hospital de referência que está lotado de acordo com a abrangência territorial de determinadas centrais de regulação de pacientes, de modo que o médico regulador não escolhe o hospital conforme sua preferência, devendo observar qual o hospital de referência abrangido pela central de regulação em que está trabalhando. Nessa perspectiva, a vaga zero pode ser compreendida como um mecanismo de exceção.

Por fim, para fins de resposta à pergunta da presente pesquisa, evidenciou-se que a “vaga zero” não se presta à efetivação do direito à saúde, posto que não se enquadra perfeitamente nos contornos delineados pelas balizas deste direito fundamental social, quais sejam: dignidade da pessoa humana, mínimos existencial e reserva do possível. Isto porque, no que toca ao acesso a serviço de saúde no âmbito hospitalar, pressupõe-se o oferecimento de um atendimento digno e que garanta além do mínimo vital, não bastando a mera estabilização do paciente, pelo que deve ser oportunizado tratamento que vá além do mínimo. Neste contexto, destacou-se que o paciente regulado pela vaga zero, na maior parte dos casos, não será acomodado ou estabilizado num momento imediato, podendo aguardar a liberação de leitos nos corredores dos hospitais de referências por horas ou até dias.

De igual modo, no que toca à reserva do possível, ainda que esta pudesse ser utilizada como forma integradora de direitos fundamentais, verificou-se que a “vaga zero” é utilizada num cenário de superlotação hospitalar, ou seja, efetiva inexistência de leitos vagos para a acomodação dos pacientes encaminhados. Isto implica dizer que, ainda que se questionasse sobre eventual validade do mecanismo, o Poder Público não poderia invocar a “cláusula da reserva do possível”, posto que a vaga zero não “respeita” a inexistência de leitos e é utilizada pelo próprio Poder Público.

Nessa perspectiva, defendeu-se que a “vaga zero”, por ser utilizada em casos de lotação hospitalar em que não há capacidade física de acolhimento do enfermo (efetiva inexistência de leito hospitalar para acomodação do paciente), não é apta a gerar um acesso adequado ao serviço de saúde, tendo em vista que o paciente, não raras vezes, será acomodado em um dos corredores da unidade hospitalar, até que vague um leito para ser devidamente acolhido e atendido. Sendo assim, por óbvio que não se promove um atendimento adequado, digno e humano.

Evidenciou-se ainda que a “vaga zero” acaba por “furar” a fila de espera por atendimento destes hospitais que são referências em atendimentos de alta complexidade, o que também consiste, de forma reflexa, numa afronta ao princípio da isonomia, tendo em vista que o atendimento oferecido deve ser isonômico, devendo ser respeitada as filas de atendimento hospitalar, uma vez que estas seguem critérios de necessidade e equidade. Nesse sentido, a “vaga zero” consiste em um “privilégio” concedido a determinados pacientes a critério do médico regulador.

Por outro lado, evidenciou-se que o SUS ainda carece de efetiva implementação e consolidação por todo o território brasileiro, enquanto uma política pública nacional. Identificou-se ainda que as redes de atenção à saúde primárias se mostram, por vezes, ineficazes ou baixa resolutividade, o que gera um inchaço exagerado das redes de urgência. Nesse sentido, ante o inchaço hospitalar no setor de urgência e emergência, a “vaga zero” também pode ser compreendida como um transposição dos entraves enfrentados pelos médicos reguladores para a regulação de um paciente, tendo em vista que a regulação se dá com base em critérios puramente médicos, sendo que, como salientado na presente pesquisa, o médico da central de regulação tem a incumbência de detalhar o quadro clínico e justificar o encaminhamento para o hospital de referência lotado, ao menos na teoria, conforme disposições da Resolução 2077/2014 do CFM.

Isto implica dizer que a “vaga zero” consiste num “mal necessário” no cenário de saúde brasileiro, ainda que sua utilização corrobore para o agravamento do quadro de superlotação hospitalar, tendo em vista que não se pode descartar os casos de pacientes emergenciais e urgentes que podem ter algum tipo de resolutividade no âmbito da RUE com a utilização deste mecanismo de regulação. Nesse sentido, o acesso imediato do paciente às dependências hospitalares ocasionado pela “vaga zero” pode ser benéfico para o paciente, ainda que o tratamento disponibilizado não seja o mais adequado, mas isso tende a ser uma exceção à regra, uma vez que a “vaga zero” é mais comumente utilizada em quadros críticos, de modo que se faz necessário um atendimento complexo, não bastando mero acolhimento.

No entanto, entende-se que o principal problema da vaga zero é justamente a falta de normatização legal específica que determine quais são as possibilidades de utilização do mecanismo, tendo em vista que a Portaria 2.048/2002 do Ministério da Saúde é demasiadamente rasa no que toca à conceituação e possibilidade de uso deste mecanismo de regulação de pacientes. De igual modo, a Resolução 2.077/2014 também não apresenta maiores conceituações e delimitações sobre a vaga zero. Nessa perspectiva, a mera inexistência de leitos não pode ser o único requisito apto para que se legitime o uso da vaga zero, uma vez que isto pode banalizar sua utilização pelos médicos das centrais de regulação.

Em que pese ter sido reconhecido que ainda se faz necessária a utilização da vaga zero enquanto um mecanismo de regulação de pacientes, sendo este mecanismo de regulação de pacientes um “mal necessário”, verifica-se que o poder público tem o dever de adotar medidas que culminem na redução de sua utilização. Dentre as condutas elencadas na presente pesquisa, entende-se que a normatização seria a principal conduta para melhor definir e delimitar quais os pacientes que poderiam ser regulados pela vaga zero, de modo a culminar na redução da utilização reiterada do mecanismo.

Nessa perspectiva, far-se-ia necessária a realização de estudos pormenorizados por meio de uma comissão mista com representantes da área da saúde e da população, bem como demais interessados para que se pudesse alcançar uma delimitação adequada para a utilização da vaga zero como instrumento de regulação de pacientes por meio de lei específica. Apenas a título exemplificativo, entende-se que a vaga zero poderia ser delimitada para os casos de pacientes que possuam quadro clínico de urgência ou emergência e que ainda não possuam indicação de cuidados paliativos, ou de pacientes que não possam ser estabilizados em unidades básicas de saúde ou pronto-socorro.

Outro aspecto levantado na presente dissertação seria uma possível ampliação do georreferenciamento das centrais de regulação, tendo em vista que estas poderiam flexibilizar as respectivas abrangências territoriais, de modo a ampliar os hospitais de referência que possam vir a acolher o paciente encaminhado pela vaga zero. Nesse sentido, promove-se um atendimento mais adequado, mediante a integração das centrais que, por meio da intensificação dos diálogos, poderão encaminhar os pacientes para unidades menos lotadas ou mais aptas a prestar o atendimento.

Por fim, um ponto importante levantado como medida alternativa à utilização da vaga zero é a possibilidade compra de leitos particulares, com o fito de desviar o fluxo de encaminhamento pela vaga zero dos hospitais de referência públicos para os hospitais particulares conveniados. Nesse sentido, o poder público prestaria o atendimento ao paciente

do SUS, por meio de convênios com particulares, com a devida contraprestação e ressarcimento aos gastos. Se o comando constitucional é pelo dever do poder público de efetivar a saúde a toda a população brasileira, valer-se de medida como esta (compra de leitos particulares) pode gerar atendimentos adequados aos pacientes que seriam encaminhados para hospitais públicos superlotados.

Nesse sentido, evidenciou-se ao longo da pesquisa, ainda que de forma rasa, que existem medidas passíveis de serem adotadas no curto prazo ao invés da utilização do mecanismo vaga zero, bem como existem meios que podem ser utilizados na consecução do direito que não consistam em uma medida drástica a ser adotada pelo médico regulador das centrais de regulação de pacientes.

Por conseguinte, verificou-se que a “vaga zero” é só mais um dos inúmeros problemas que assolam o SUS e a RUE, sendo que a regulação de pacientes por este mecanismo não implica na efetivação do direito à saúde, posto que não são observadas as balizas deste importante direito fundamental social, quais sejam: dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e reserva do possível. Neste cenário, ante o “mal necessário” que a vaga zero representa, urge a necessidade de normatização legal deste mecanismo de regulação de pacientes para que se evite a banalização do instituto, com o consequente desafogamento da RUE, devendo ser ainda adotadas medidas que impliquem na ampliação do financiamento do sistema como um todo, melhorando a resolutividade da rede de atenção básica e da RUE, para que se alcance a almejada consolidação do SUS e efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

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

AFFLECK, Andrew; PARKS, Paul; DRUMMOND, Alan; ROWE, Brian H.; OVENS, Howard J. Emergency department overcrowding and access block. **Canadian Journal of Emergency Medicine**, v. 15(6), p. 359-370, 2015. <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-emergency-medicine/article/emergency-department-overcrowding-and-access-block/4C6FD86D8E427379D53EEEDB0B58FB43>. Acesso em: 18 jan. 2023.

ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law**, v. 48, n.1, p. 1-118, 2018. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1685&context=yjil>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALMEIDA, Andrija Oliveira; FREIRE, Marco Valério Viana. Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (2010-2016). **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 55-77, 2018. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v19i2p55-77. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/152576>. Acesso em: 20 jan. 2023.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: Critérios Jurídicos para lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

ASENSI, Felipe. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO E "EFEITOS COLATERAIS" NO DIREITO À SAÚDE. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 16, n. 3, p. 145-156, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111658>. Acesso em: 22 dez. 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2014.

BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, vol. 32, n.2 p.107-126, dez. 2014. Semestral. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BARBOSA, Dayse Vieira Santos; BARBOSA, Nelson Bezerra; NAJBERG, Estela. Regulação em Saúde: desafios à governança do SUS. **Cadernos Saúde Coletiva** [online], v. 24, n. 1, 2016, p. 49-54. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cadsc/a/487tjCDYTQhNFdM7wnsYgDd/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 13 jan. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana** – 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 83–105, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 11 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil**. 5ª reimpressão. Editora Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

BARROSO FILHO, José; SANTOS, Rafael Seixas. PERCEPÇÕES DO DIREITO À SAÚDE COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 8, n. 1, p. 01 – 17, 2022. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/8599>. Acesso em: 09 jan. 2023

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 42.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 13-28, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81291>. Acesso em: 23 dez. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 1995.

_____. **A Era dos Direitos**, 2004. 7ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Magno Cardoso. **Direito à saúde: necessidade de proteção e meios de efetivação**. 2009. 136 f. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Pará-ba, João Pessoa, 2009. Disponível: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/4383>. Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DOU, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso

em: 20 dez. 2022.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** DOU, Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

_____. **Lei nº 14.128, de 26 de março de 2021.** DOU, Brasília, 2021. 2021b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.128-de-26-de-marco-de-2021-310838371>. Acesso em: 21 jan. 2023.

_____. **Portaria nº 2.048, de 5 de novembro de 2002.** DOU, Brasília, 2002. Disponível: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt2048_05_11_2002.html. Acesso em 26 dez. 2022.

_____. **Portaria nº 2.048, de 03 de setembro de 2009.** DOU, Brasília, 2009. Disponível em: [https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=220311#:~:text=Aprova%20o%20Regulamento%20do%20Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\).&text=ConsideraCon%20a%20necessidade%20de%20promover,Art](https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=220311#:~:text=Aprova%20o%20Regulamento%20do%20Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS).&text=ConsideraCon%20a%20necessidade%20de%20promover,Art). Acesso em: 23 jan. 2023.

_____. **Portaria nº 1.600, de 7 de julho de 2011.** DOU, Brasília, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1600_07_07_2011.html. Acesso em: 05 jan. 2023.

_____. **Portaria nº 1.010, de 21 de maio de 2012.** DOU, Brasília, 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt1010_21_05_2012.html. Acesso em: 17 jan. 2023.

_____. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1451/1995.** DOU, Brasília, 1995. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1995/1451>. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.077/2014.** DOU, Brasília, 2014. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao2077.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 100, de 10 de junho de 2021.** 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3988>. Acesso em: 11 jan. 2023.

_____. **Emenda Constitucional Nº 29, de 13 de setembro de 2000.** DOU, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em 17 out. 2023.

_____. **Emenda Constitucional Nº 86, de 17 de março de 2015.** DOU, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em 17 jan 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAMERON, Peter; SCOWN, PAUL; CAMPBELL, Donald. Managing access block. **Aust Health** Ver, v. 25, n.4, p. 59-68, 2002. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Managing-access-block.-Cameron-Scown/feee9bba8e665e78b0352d9df63a6dce5739f9ab>. Acesso em: 20 jan. 2023.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional n. 29 no Brasil. **Revista Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(7):1613-1623, 2007. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/csp/2007.v23n7/1613-1623/>. Acesso em: 17 out. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 5 | n. 2, p. 23 – 42, 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/5794/pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

COSTA, Juliana Pessoa; JORGE, Maria Salete Bessa; VASCONCELOS, Mardenia Gomes Ferreira; PAULA, Milena Lima de; BEZERRA, Indara Cavalcante. Resolubilidade do cuidado na atenção primária: articulação multiprofissional e rede de serviços. **Saúde Em Debate**, v. 38, n. 103, p. 733–743, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/gXKyw3Jsx4RsTvrLdGwBCsp/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. **A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS)**. 2020. 328 f., il. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38898>. Acesso em: 20 dez. 2022.

CUNHA, Luísa Rodrigues Alves da. **Concretização do direito à saúde, políticas públicas e judicialização**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto/SP. 2014, 139 p. Disponível em: <http://repositorio.unaerp.br/handle/12345/328>. Acesso em 12 dez. 2022.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública** [online]. 1988, v. 22, n. 1, p. 57-63. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/jSj9cfJhsNcJyBfG3xDbYfN/#>. Acesso em: 19 dez. 2022.

_____. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. In: BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública** / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília:

Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf> Acesso em: 12 jan. 2023.

_____. **Poderes republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da proteção do direito à saúde nas Constituições do Brasil.** In: ALVES, Sandra Mara; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (Orgs). *Direito sanitário em perspectiva.* Brasília-DF: ESMPU; FIOCRUZ, 2013, v. 2.

DALLARI, Sueli Gandolfi; MAGGIO, Marcelo Paulo. A EFETIVAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO DIREITO À SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA DA SL 47-AGR/PE. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 58-76, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127776>. Acesso em: 20 jan. 2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário.** São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate.** Abril-junho 2015, v. 39, n. 105, p. 506-513. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/jP8XfsgPxNzZRz4c3mkX9qp/abstract/?lang=pt>. Acesso em 14 mai. 2022.

DÍAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática.** 4. ed. Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1972.

DOLL, Sílvia Catarina Quick; MACIERA, César; MACHADO, Antônio Thomaz Gonzaga da Matta; BORDE, Elis Mina Seraya; SANTOS, Alaneir de Fátima dos. Qualidade dos componentes pré-hospitalares fixos da Rede de Urgência e Emergência no Brasil: um estudo a partir de dados do PMAQ-AB e PNASS. **Cadernos de Saúde Pública** [online], v. 38, n. 8, 2022, p. 1-12. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/GDTkGWrFMxhWFKsjx9Cjmck/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 12 jan. 2022.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoria de las Necesidades Humanas.** Madrid: Icaria, 2010.

DUBEUX, Luciana Santos; FREESE, Eduardo; FELISBERTO, Eronildo. Acesso a hospitais regionais de urgência e emergência: abordagem aos usuários para avaliação do itinerário e dos obstáculos aos serviços de saúde. **Physis: Revista De Saúde Coletiva**, v. 23, 2013, p. 345-369. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/CpskphsQLHdy7kgjGsqwKWL/?lang=pt#>. Acesso em: 20 jan. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DYE, Thomas. **Understandig public policy.** Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1972.

FARIA, Tamara Lima Martins; NASCIMENTO, Durbens Martins; FARIAS FILHO, Milton Cordeiro; NUNES, Silvia Ferreira. A Política Nacional de Urgência e Emergência sob a

Coordenação Federativa em Municípios Paraenses. **Saúde e Sociedade** [online]. 2017, v. 26, n. 3, p. 726-737. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/CVJTNGJwmJbgxvHcGhTCYZS/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 11 jan. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. **A saúde como direito fundamental: abordagem contextualizada no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). 2006. Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdddSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=7477>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. **O sistema constitucional assimétrico de saúde no Brasil: paradigmas para a construção de um modelo democrático**. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). 2011. Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdddSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=88269>. Acesso em: 15 jan. 2023.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FREITAS, Márcia Araújo Sabino de; ARAÚJO, Maria Rizioneide Negreiros de. As Redes de Atenção à Saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 8, nº 3, 2018, p.14-33. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5739>. Acesso em: 21 dez. 2022.

GONZÁLES, Ludwig Guendel. Políticas públicas y derechos humanos. **Revista de Ciências Sociais**, São José, Costa Rica, v. III, n. 97, Universidade de Costa Rica, p.105-125, 2002. Disponível em: <https://www.revistacienciasociales.ucr.ac.cr/images/revistas/RCS97/08.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, p. 9-37. 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/1964/1969>. Acesso em: 11 jun. 2022.

GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución**. Buenos Aires: Librería, 2008.

HABERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HERMIDA, Patrícia Madalena Vieira; NASCIMENTO, Eliane Regina Pereira do; MALFUSSI, Luciana Bihain Hagemann de; LAZZARI, Daniele Delacanal; GALETTO, Sabrina Guterres da Silva; TORRES, Giovanna Mercado. Facilidades e entraves da referência em unidade de pronto atendimento. **Escola Anna Nery**, v. 26, 2022, p. 1-7. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ean/a/FVkyzN5KNtqQ5W5CpX9MJfp/?lang=pt>. Acesso em: 20 jan. 2023.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1983.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

IORIO FILHO, Rafael Mario; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. REFLEXÕES SOBRE O FEDERALISMO À BRASILEIRA EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 3, p. 1049–1065, 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/576>. Acesso em: 17 out. 2023.

KONDER, Mariana Teixeira. **Regulação assistencial e atenção hospitalar na Rede de Atenção às Urgências e Emergências**. 2018. 224 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/27930>. Acesso em: 16 jan. 2023.

KONDER, Mariana Teixeira; O'DWYER, Gisele. As Unidades de Pronto-Atendimento na Política Nacional de Atenção às Urgências. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, 2015, p. 525-545. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/pSkDjKZ3BccqY44qffyYWkC/?lang=pt#>. Acesso em: 11 jan. 2023.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1984.

LYRA, Edgar. A Pandemia Covid e o Esquecimento da Respiração: Uma aproximação hermenêutico-fenomenológica. **Studia Heideggeriana**, v. 11, p. 39-51, 2022. Disponível em: <https://studiaheideggeriana.org/index.php/sth/article/view/188>. Acesso em: 19 jan. 2022.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 73-91, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13118>. Acesso em: 05 jan. 2022, p. 75

MARQUES, Rosa Maria. NOTAS EXPLORATÓRIAS SOBRE AS RAZÕES DO SUBFINANCIAMENTO ESTRUTURAL DO SUS. **Planejamento e Políticas Públicas**, [S. l.], n. 49, 2021. Disponível em: [//www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/950](http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/950). Acesso em: 18 jan. 2023.

MARTA, Taís Nader; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. Pessoa Com Deficiência E O Direito Ao Adequado Tratamento De Saúde. *Universitas/jus*: **Revista Do Instituto De Ciências Jurídicas E Sociais Do Centro Universitário De Brasília**, n. 21, 2010, p. 85-112. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1058>. Acesso em: 19 dez. 2022.

MARTIN, Luana Bassetto. **Sistema de regulação: gestão dos encaminhamentos a um hospital de referência**. 2019. 46f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista

"Júlio de Mesquita Filho", Faculdade de Medicina de Botucatu. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/181466>. Acesso em: 16 jan. 2023.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Eugênio Vilaça. As redes de atenção à saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**. 2010, v. 15, n. 5, p. 2297-2305. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/VRzN6vF5MRYdKGMBYgksFwc/#>. Acesso em: 24 dez. 2022.

MENDES, Eugênio Vilaça. 25 anos do Sistema Único de Saúde: resultados e desafios. **Estudos Avançados**, [S. l.], v. 27, n. 78, p. 27-34, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/68676>. Acesso em: 19 jan. 2023.

MENDES, Áquilas; FUNCIA, Francisco. O SUS e seu Financiamento. In MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrilo. (Orgs.). **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude_brasil_organizacao_financiamento.pdf. Acesso em 11 jan. 2023.

MELO, Amanda Caroline Mantovani. **A implementação do direito à saúde como fator de desenvolvimento humano e o princípio da reserva do possível**. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. 2018. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/157427>. Acesso em: 18 jun. 2022.

MOLONEY, E. D.; SMITH, D.; BENNETT, K.; O'RIORDAN, D.; SILKE, B. Impact of an acute medical admission unit on length of hospital stay, and emergency department 'wait times', **QJM: An International Journal of Medicine**, v. 98, i. 4, 2005, Pages 283–289. Disponível em: <https://academic.oup.com/qjmed/article/98/4/283/1558814>. Acesso em: 20 jan. 2023.

MORAES, Alexandre de. Federação brasileira - necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 11–27, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7526>. Acesso em: 23 dez. 2022.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As Restrições em Torno da Reserva do Possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; ORDACGY, Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt. Direito à saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e acesso ao serviço público hospital e ambulatorial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 1, 2014 p. 49-58. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2628/pdf>. Acesso em: 21 out. 2022.

NYIRENDA, Andrew K. C. **The Role Of The Judiciary In Protecting The Rights Of Vulnerable Groups In Malawi**. In: JUDICIAL COLLOQUIUM ON THE RIGHTS OF

VULNERABLE GROUPS, n. 2, 2014, Mangochi - Malawi. Anais... Mangochi-Malawi: Editora, 2014. p. 1. Disponível em: <https://www.southernafricalitigationcentre.org/wp-content/uploads/2017/08/1Andrew-Nyirenda.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

O'DWYER, Gisele. A gestão da atenção às urgências e o protagonismo federal. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2395-2404, 2010. Disponível em: http://old.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232010000500014&script=sci_abstract. Acesso em: 01 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Cuidados inovadores para condições crônicas: componentes estruturais de ação**. Brasília: Organização Mundial da Saúde; 2003. Disponível em: https://www.saudedireta.com.br/docupload/1334798934Cuidados%20inovadores%20parte_001.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2022.

OSHIRO, Glaucio Ney Shiroma. **A saúde como direito e a repercussão das decisões judiciais sobre o direito à saúde**. 2017. 117 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31092>. Acesso em 03 dez. 2022.

PAIVA, Rogério Bueno de. **Percepção do ambiente externo e dos perigos do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) a partir do enfoque dos sistemas sociotécnicos**. 2010. 113 f. Dissertação (Mestrado profissional) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Escola de Engenharia. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/28787>. Acesso em: 16 jan. 2023.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** v. 5, Número Especial, 2015 p. 290-308. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3096>. Acesso em: 10 jan. 2023.

PINHEIRO, Andrea Cristiane da Silva. **Inovação em central de regulação: multiprofissionalismo ou novas competências? Estudo de caso da seccional do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) do Rio Grande do Sul**. 2019. 79 f., Dissertação (Mestrado Profissional) Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/194339>. Acesso em: 16 jan. 2023.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**. 2013. 270 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30251>. Acesso em: 14 jan. 2023.

QUEIROZ, Rholden Botelho de. **O controle da inexecução orçamentária e a promoção dos direitos fundamentais e dos objetivos da República**. 2020. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/51668>.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde – de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Editora Manole, 2013.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. - 3. ed: São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Danielle Sachetto. **O direito à saúde em tempos neoliberais: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos?**. 2014. 167 f., Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/595>. Acesso em: 14 jan. 2023.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde em Debate** [online], v. 45, n. 130, 2021, p. 807-818. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/vSvHRqJW8XKDSvgqGYGctdy/#>. Acesso em: 10 jan. 2023.

SANTOS, Adriano Maia dos. **Gestão do cuidado na microrregião de saúde de Vitória da Conquista (Bahia): desafios para constituição de rede regionalizada com cuidados coordenados pela Atenção Primária à Saúde**. 2013. 332 f. Tese (Saúde Pública) - Escola <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/13798>. Acesso em: 17 jan. 2023.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009.

SANTOS, Alethele Oliveira; DELDUQUE, Maria Celia; ALVES, Sandra Mara Campos. Os três poderes do Estado e o financiamento do SUS: o ano de 2015. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32(1), p. 1-3, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/ZjKDBPzRKBZxZdpfmZtB8B/citation/?lang=pt#>. Acesso em: 18 jan. 2023.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2018.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo. Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 16 dez. 2022.

_____. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: Principais aspectos e problemas.** In: Temas Aprofundados da Defensoria Pública. 2 ed. Editora Jus PODVIM, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 2, n. 3, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10358>. Acesso em: 18 dez. 2022.

SERVO, Luciana Mendes Santos; SANTOS, Maria Angelica Borges dos; VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Financiamento do SUS e Covid-19: histórico, participações federativas e respostas à pandemia. **Saúde debate**, v. 44, n. Especial 4, p. 114-129, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/3WbqYLWqnc8MSJ7LpnBY5SK/citation/?lang=pt#>. Acesso em: 18 jan. 2023.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais.** São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución. Trad. Manuel Sanchez Sarto.** Ed. Tecnos, 1983.

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

SCLIAR, Moacir. História do Conceito de Saúde. *Physis: Rev. Saúde Coletiva*, 17 (1): p. 29-41, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em 13 dez. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. O direito fundamental à saúde: o acesso à medicamentos no SUS. **Revista Paradigma**, n. 18, 2011. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/53>. Acesso em: 17 jun. 2022.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; LIMA, Vítor Comássio de Paula; MAIA, Raul Lemos. DIREITO À SAÚDE NA PANDEMIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E REGULAÇÃO DE PACIENTES. **Anais do XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU – SC.** Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities. Disponível em: <https://conpedi.org.br/#/publicacao-lista-trabalho/artigo/83/1485>. Acesso em: 12 jan. 2023.

SICILIANI, Luigi; HURST, Jeremy. Explaining Waiting Times Variations for Elective Surgery Across OECD Countries. **OECD Health Working Papers**, No. 7, OECD Publishing, Paris. 2003. Disponível em: <https://www.oecd.org/els/health-systems/17256025.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; FACHIN, Zulmar. O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana Como Fundamento Para O Estado Contemporâneo: Um Olhar Sob O Viés Dos Direitos Da Personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 7, n. 3, 2019, p. 311-340. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/610>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SHIMADA, Maria Fernanda Paci Hirata; PANCOTTI, Heloisa Helena Silva. ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**, v. 5, n. 1, 2019, p. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/5562/pdf>. Acesso em 18 ago. 2022.

SIMÕES, Carlos Jorge Martins. **Os direitos sociais clássicos e universais: o estado social e o estado democrático de direito**. 2012. 333 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

STARFIELD, Barbara. Primary care: the filter. **Revista brasileira de epidemiologia**, v.9, n. 1, p.144-151, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/Y3CWDGjhrjwts5VjH4kZyBq/?lang=en#>. Acesso em: 20 jan. 2023.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, vol. III/1, München: C. H. Beck, 1988.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5595**. Relator Ministro Ricardo Lewandoswi. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5056708>. Acesso em: 15 mar. 2023.

_____. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. **ADPF 45**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 10 fev. 2023.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 17 abr. 2023.

_____. **Recurso Extraordinário 566471**. Relator Ministro André Mendonça. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 10 abr. 2023.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

THIBAU, Teresa Cristina Sorice Baracho; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. A possibilidade de tutela coletiva do direito humano e fundamental à saúde no Estado Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 65, p. 651-669, jul./dez. 2014 Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1652>. Acesso em: 15 nov. 2022.

TOFANI, Luís Fernando Nogueira; FURTADO, Lumena Almeida Castro; ANDREAZZA, Rosemarie Andrezza, REBEQUI, Andressa; GUIMARÃES, Cristian Fabiano; HARADA, Jorge; PEREIRA, Ana Lucia; CHIORO, Arthur Chioro. Gestão regional e a produção singular da Rede de Atenção às Urgências e Emergências. **Ciência & Saúde Coletiva** [online]. 2022, v. 27, n. 03, p. 1015-1025. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/ygz3LPbHP4Z7KKXtVXd3BVF/#>. Acesso em: 11 jan. 2023.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 177, p. 29-49, 1989. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 20 dez. 2022.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. **O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária**. 2010. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326/pt-br.php>. Acesso em: 25 nov. 2022.

TRINDADE, André Karam.; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ATIVISMO JUDICIAL NA DÉBACLE DO SISTEMA POLÍTICO: SOBRE UMA HERMENÊUTICA DA CRISE. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 21 dez. 2022.

TREVISAN, Leonardo. Das pressões às ousadias: o confronto entre a descentralização tutelada e a gestão em rede no SUS. **Revista de Administração Pública**. 2007, vol. 41, nº 2. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6585>. Acesso em: 23 dez. 2022.

VASAK, Karel. 1984. **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**, vol. I. Barcelona, Serbal-UNESCO.

VELLOSO, Isabela Silva Câncio. **Configurações das relações de poder no Serviço de Atendimento Móvel de Urgência de Belo Horizonte**. Tese. 129 f. Doutorado em Enfermagem. Programa de Pós-Graduação da Escola de Enfermagem da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/GCPA-8FWNJ3?mode=full>. Acesso em: 17 jan. 2023.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, Ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado. **Revista de Estudos**

e **Pesquisas sobre as Américas**, [S. l.], v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/14896>. Acesso em: 10 jan. 2023.

WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In ROCHA, João Carlos de Carvalho *et al.* (Orgs.). **Ação Civil Pública - 20 Anos da Lei n. 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 507-531.

_____. O sistema único de saúde no federalismo brasileiro. São Paulo: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 8, v. 32, p. 154-175, jul-set.2000. Disponível em: < <https://professorhoffmann.files.wordpress.com/2012/07/encontro-03-artigo-o-sistema-c3banica-de-sac3bade-no-federalismo-brasileiro.pdf> >. Acesso em: 23.12.2022.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 92-131, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13119>. Acesso em: 20 jan. 2023.