



**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICIÁRIA**

**ALESSANDRA TROCCOLI CARVALHO DE NEGREIROS**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DA PARAÍBA**

**JOÃO PESSOA-PB  
2014**

**ALESSANDRA TROCCOLI CARVALHO DE NEGREIROS**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DA PARAÍBA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judiciária da Universidade Estadual da Paraíba, em convênio com o Tribunal de Justiça da Paraíba e a Escola Superior da Magistratura Desembargador Almir Carneiro da Fonseca, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

**Orientador:** Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida

**Coorientador:** Prof. Eduardo José de C. Soares

N385j Negreiros, Alessandra Troccoli Carvalho de  
Judicialização da saúde [manuscrito] : entendimento do  
Tribunal de Justiça da Paraíba / Alessandra Troccoli Carvalho de  
Negreiros. - 2014.

35 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judiciária) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2014.

"Orientação: Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida,  
Departamento de CCJ".

"Co-Orientação: Prof. Esp. Eduardo José de Carvalho Soares,  
Departamento de Esma".

1. Direito à saúde 2. Direito à vida 3. Biotecnologia I.

Título.

21. ed. CDD 344.04

ALESSANDRA TROCCOLI CARVALHO DE NEGREIROS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DA PARAÍBA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judiciária da Universidade Estadual da Paraíba, em convênio com o Tribunal de Justiça da Paraíba e a Escola Superior da Magistratura Desembargador Almir Carneiro da Fonseca, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

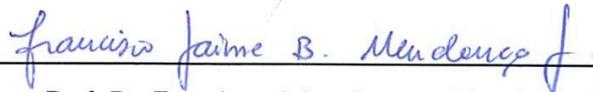
Aprovada em 1º de agosto de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**



---

Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida  
Professor orientador - UEPB



---

Prof. Dr. Francisco Jaime Bezerra Mendonça Júnior  
Professor examinador



---

Prof. M.Sc. Alexandre Soares de Melo  
Professor examinador

***Dedico*** com respeito, aos meus orientadores, os Professores Doutor Ricardo Vital de Almeida, e Eduardo José de Carvalho Soares, que sempre com muita presteza, contribuíram para a elaboração desta monografia.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, pelo dom da vida, ao meu esposo Abílio.

A meus filhos Gustavo e Gabriel, os quais, com tamanha Ihanza de trato, permitiram que eu me ausentasse do nosso lar, durante os finais de semana, para assistir às aulas do curso.

À minha amada mãe, Antonieta, que entendeu os momentos de distância.

Ao Desembargador José Aurélio da Cruz, que, entre seus ensinamentos, no campo jurídico, sempre estimulou meus estudos.

Enfim, todos contribuíram para a viabilização do presente trabalho.

## RESUMO

O presente estudo visa a aperfeiçoar o direito à saúde, à luz do que preceituam os artigos 196 e 198 da Constituição Federal de 1988, os quais imputam aos entes federativos o dever de cumprir com o preceito constitucional insculpido no artigo 5º da Carta Magna. Isso pode ser constatado entre as diversas searas jurídicas, principalmente, na temática do direito à vida, com ênfase no desenvolvimento da biotecnologia. Contudo, o objetivo de estudo é o da judicialização, da saúde, ressaltando o entendimento pacífico do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, nas ações judiciais contra o Sistema Único de Saúde – SUS –, interpostas por pessoas carentes ou por aquelas com médicos particulares, que buscam sua dignidade humana. Assim, não se mostra correta a oposição do ente federativo ao princípio da reserva do possível em face daquilo que é considerado como mínimo existencial.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Direito à vida. Biotecnologia. Judicialização da saúde. Câmara Técnica. Responsabilidade solidária. Reserva do possível. Mínimo existencial. TJPB.

## **ABSTRACT**

The aim of this present paper is to improve the right to health, in accordance with the articles 196 and 198 of the Brazilian Federal Constitution, which forces the federative entities to meet its obligation developed in the article 5° of the Federal Constitution. All of this could be seen between the different legal studies, principally in the right to life, according to the biotechnology's development.

**Keywords:** Right to health. Right to life. Biotechnology. judicialization of health. Joint and several liability. Reserve for contingencies.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 BIODIREITO E BIOÉTICA.....</b>	<b>12</b>
CARACTERÍSTICAS.....	12
<b>3 BIOTECNOLOGIA.....</b>	<b>13</b>
CONCEITO.....	13
UTILIZAÇÃO E FINALIDADE.....	13
<b>4 CONSTITUIÇÃO DE 1988 – IDEIAS QUE SE COMPLETAM.....</b>	<b>15</b>
NOÇÕES BÁSICAS.....	15
APLICAÇÃO DA JUSTIÇA NAS DESCOBERTAS BIOTECNOLÓGICAS.....	16
<b>5 DA CÂMARA TÉCNICA.....</b>	<b>19</b>
COMPOSIÇÃO E FINALIDADE.....	19
<b>6 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....</b>	<b>21</b>
<b>7 DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....</b>	<b>24</b>
ENTENDIMENTO PACÍFICO DO TJPB.....	24
<b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>30</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>34</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Saúde deriva do latim, *salute*, ou seja, conservação da vida.

A descrição mais prestigiada do que é saúde versa no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS –, a qual dispõe acerca do estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não a uma ausência de doença ou enfermidade.

Entretanto, tal posicionamento não agradou a todos, pois, em 14 de agosto de 2000, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, mediante o comentário geral nº 14, explanou que o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não incorpora o conceito de saúde da OMS, e sim o contido no artigo 12, §1º, que dispõe sobre a extensão à proteção do bem ao fato determinante da saúde.

O presente estudo visa a explicar questões relativas à judicialização da saúde, o qual destaca o preceito constitucional essencial, que é a vida, com principal enfoque na influência da biotecnologia, ressaltando a experiência jurídica em uma aplicação limitada do conhecimento específico da farmacologia e da medicina.

A biotecnologia está na era dos novos direitos, ciência submetida a vários fatores ideológicos, econômicos, sociais e ambientais, com ênfase na tecnologia do século XXI. Considerando, também, que opera mais de 100 bilhões de dólares em medicamentos, produtos agrícolas e produtos biológicos, com expectativa de multiplicação no faturamento.

Nas regras mercadológicas, onde os derivados são estimulados, o uso inapropriado da tecnologia pode conduzir a uma desumanização do homem, e nem tudo que é cientificamente possível é humanamente desejável. As discussões respondem problemas do biodireito, com o intuito de respaldar essa biotecnologia.

Ademais, a humanidade aceita bem os benefícios da ciência, mas condena os métodos.

Com efeito, mediante liminares, decisões meritórias que obrigam o Estado fornecer de forma gratuita, os requeridos remédios, geralmente, de alto custo, e muitas vezes alheios da lista do SUS, têm sido uma rotina, o que despertou para o problema aquilo que se nominou judicialização da saúde.

A exemplo do que ocorreu com judicialização dos portadoras do HIV, no qual tinham o fornecimento de medicamentos negado pelo Estado e, apenas através dessas drogas antirretrovirais, prometiam combater o avanço do desastroso vírus

HIV, poder-se-ia ter esperança de sobrevivência, com as reiteradas decisões judiciais obrigando o poder público a fornecer esse tratamento, à época, ainda importado, findou por ser instituída Política Pública de Saúde, o que veio a reduzir significativamente a mortalidade por este tipo de enfermidade.

Com o advento da Lei nº9313/1996, que garante a distribuição gratuita e universal de medicamentos, o Ministério da Saúde se viu na obrigação de revisar e de republicar, anualmente, os tratamentos oferecidos pelo Governo, com a finalidade do conhecimento atualizado e disponibilidade da medicação no mercado, vindo a facilitar a luta daqueles que dependem do auxílio público como sobrevivência a uma doença ou a um mal maior. Hodiernamente, o portador do vírus HIV recebe, via SUS, o coquetel gratuito e imediato.

Nesse norte, é de considerar que a biotecnologia está cada vez mais avançando em pesquisas e descobertas, para obtenção de novos produtos em prol da saúde e da vida. A Genentech, considerada a primeira empresa de biotecnologia do mundo, teve sua primeira aplicação comercial em 1982, quando produziu insulina humana, a partir de bactérias, para o tratamento da diabetes. Essa descoberta destacou-se para milhões de pessoas portadoras de Diabetes Mellitus, as quais dependem da insulina, para estabilizar o nível de glicose no sangue.

Outrossim, no campo da discussão, é de retratar que a importação de medicamento em fase experimental, ou de medicamentos não registrado no Ministério da Saúde, com o devido crivo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA -, é medida que impõe um processo de inclusão mais dinâmico, considerando o custo-benefício, o pronto atendimento e as peculiaridades de cada caso.

As questões a serem debatidas no texto da monografia estarão relacionadas com a real atuação do Poder Judiciário, ao dirimir os obstáculos impeditivos que envolvem pessoas com sérios problemas de saúde e que têm sua dignidade afrontada, ao ser negado um tratamento ou medicação necessária, sem o auxílio técnico de pessoas que têm certo grau de conhecimento nessa seara específica.

Assim, devemos tomar como ponto de partida, na análise jurídica, a preservação da vida humana, onde, no campo da biotecnologia, faz-se necessário que os conceitos jurídicos se amoldem às inovações científicas. Portanto, qual o limite do Direito, ao intervir no ramo da medicina, para garantir o que dispõe a Carta Magna do país?

Ora, diante do avanço biotecnológico, o Estado-Juiz, muitas vezes não munido de informações técnico-científicas alheias à sua área de conhecimento, tende a agir de forma negativa, abstendo-se de uma conduta satisfativa, diante daqueles que buscam resgatar, apenas, seu direito violado, mediante a coercibilidade da Justiça, o único caminho de restaurar sua liberdade individual.

Com efeito, à guisa de não pairar dúvidas a respeito da atuação da biotecnologia na judicialização da saúde, impõe-se a prerrogativa de que até quando a procura pelo Judiciário será a única maneira de encontrar a resposta para um direito tão declarado, e como é possível o magistrado decidir diante de uma ciência dinâmica, sem invadir um espaço que não reconhece?

Diante de toda essa sistemática, forçoso é o debate acerca da disponibilidade de medicamentos modernos, atualmente e muitas vezes, ainda indisponíveis nos postos de saúde, afrontando o direito à dignidade humana, em que a busca pelo Judiciário é a única alternativa de encontrar a sua proteção sem obstáculos, com fiel observância na reserva do possível. Destaca-se a necessidade da abertura para uma análise jurídica justa, por magistrados e por pessoas devidamente qualificadas no ramo da saúde, para auxiliar, de forma precisa, o Judiciário brasileiro, prevenindo-se responder ao cidadão com o *non liquet*.

## 2 BIODIREITO E BIOÉTICA

### CARACTERÍSTICAS

Na seara jurídica, a abordagem acerca da biodireito e bioética está relacionada com o desenvolvimento e com aplicações da biologia e da medicina, ao abrir horizontes, para que os princípios constitucionais sejam respeitados.

Desponta, assim, o entendimento de que o biodireito tutela os interesses da ordem pública e, com benefícios ou não, alcança, nesse prisma, o ser humano, na totalidade de condições essenciais para uma administração responsável e coerente, no que tange à vida e à saúde do cidadão.

Concebe-se ainda que a bioética desta feita estuda como as descobertas da medicina são utilizadas para o cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Outrossim, as vezes a bioética vai mais além e interfere e limita ou delimita as ações da medicina, em consonância com os padrões éticos e morais da sociedade.

Cláudia Loureiro defende que:

Portanto, a dignidade da pessoa humana implica concluir que o ser humano é a razão e o fim último e único do ordenamento jurídico, e é considerada como base na discussão bioética dos avanços científicos.<sup>1</sup>

Por fim, é imperioso afirmar que a bioética tem o condão de definir, quando da elaboração das leis, o comportamento do ser humano, diante das descobertas científicas, bem como das experimentações.

---

<sup>1</sup> LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.07.

### 3 BIOTECNOLOGIA

#### CONCEITO

A Biotecnologia é um conjunto de técnicas que envolvem a manipulação e otimização de seres vivos e partes funcionais, como células, organelas e moléculas para fins industriais ou medicinais. Envolve conhecimentos de diversas áreas, como a biologia, a química, a microbiologia, a engenharia, a medicina e a informática.<sup>2</sup>

A biotecnologia moderna,<sup>3</sup> definida como engenharia genética ou tecnologia do DNA recombinante, abraça a modificação objetiva do genoma, em que representa o material genético do ser vivo e resulta na alteração exata de certas características do organismo vivo ou permite a inserção de novas características.

Segundo a ORT - ORGANIZAÇÃO, RECONSTRUÇÃO E TRABALHO, que é uma instituição educacional de origem judaica, desenvolvendo ensino e treinamento tecnológico, atuando em vários países, conceitua a biotecnologia como o conjunto de técnicas que permite à Indústria Farmacêutica cultivar microrganismos para produzir os antibióticos que serão comprados na Farmácia.

#### UTILIZAÇÃO E FINALIDADE

O uso da biotecnologia no Brasil foi aprovado em 1995, mediante a Lei nº 8.974 de 5.1.1995, mais conhecida como a “Lei de Biossegurança”, no qual tem o objetivo de regular o tema biotecnologia, através da experimentação, manipulação, consumo, transação e armazenamento.

Na biotecnologia, existem vários ramos com diferentes setores de utilização e atuação voltada para o ser humano, em que penetra e manipula sua carga genética, possibilitando mudanças de suas capacidades procriativas e das características biológicas, alterando, desde o início até sua descendência, de formas diversas, tudo

---

<sup>2</sup> SILVA, J. S. **A biotecnologia e a economia política de sua definição.** Cad. Def. Tecnol., Brasília, ano 7, n. 1-3, jan/dez, 1990.

<sup>3</sup> A biotecnologia pode ser diferenciada em dois níveis: a) clássica ou tradicional, que utiliza organismos naturais e b) moderna ou avançada que utiliza organismos geneticamente modificados por qualquer característica, por meio de estratégias moleculares para a manipulação de genes. (VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; VIEIRA JUNIOR, Pedro Abel. **Direitos dos Consumidores e Produtos Transgênicos.** Uma questão polêmica para a Bioética e o Biodireito. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 27).

diante do avanço da medicina, fármacos e novos diagnósticos, tomando, como exemplo, as células tronco.

Em outra esfera, as aplicações agrícolas e alimentares incluem método de melhoramento de variedades vegetais, inclusive transgênicos, como os biofertilizantes, ventilando ainda a técnica ambiental, que se volta para o saneamento dos solos, por exemplo, o tratamento das águas residuais, além da recuperação ambiental, com gestão de áreas protegidas.

Nesse campo da biotecnologia, a área da indústria química é considerada uma das principais, pois utiliza microorganismos, células, proteínas e enzimas, contribuindo para a produção de produtos com mais eficiência, que podem ser utilizados, com as ressalvas elencadas pelo Ministério da Saúde, em prol daqueles que lutam pela sobrevivência. Diante das dificuldades encontradas, a porta do Judiciário é a única saída.

Logo, surge o Direito como decisivo, segundo Cláudia Loureiro:

Um ramo da ciência necessário a se aplicar no campo e na prática das técnicas científicas da biologia, tendo em vista a sua força coercitiva ao regulamentar a conduta da sociedade em geral.<sup>4</sup>

Portanto, ratificando nosso posicionamento, Cláudia Loureiro é taxativa ao descrever, de forma categórica, a controvérsia existente. Vejamos:

Havendo conflito entre o progresso da ciência e o direito fundamental à vida da pessoa humana, deverá prevalecer a dignidade humana, que é fundamento de um Estado Democrático de Direito.<sup>5</sup>

Ainda nessa seara, ver-se-á a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na aplicação da biotecnologia.

---

<sup>4</sup> LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.194.

<sup>5</sup> Idem, p. 197.

## 4 CONSTITUIÇÃO DE 1988 – IDEIAS QUE SE COMPLETAM

### NOÇÕES BÁSICAS

A noção de Direito Constitucional segundo Uadi Lammêgo Bulos:

Noção resumida: Direito Constitucional é a ciência encarregada de estudar a Teoria das Constituições e o ordenamento positivo dos Estados.

Noção detalhada: Direito Constitucional é a parcela da ordem jurídica que compreende a ordenação sistemática e racional de um conjunto de normas supremas encarregadas de organizar a estrutura do Estado e delimitar as relações de poder.

Ambas complementam-se.<sup>6</sup>

Portanto, os fundamentos e princípios dispostos na Constituição de 1988 reúnem as concepções de justiça, legitimando os aplicadores do Direito em suas decisões, observando a legalidade, a igualdade, separação de Poderes, dentre outras normas jurídicas que também regem o país brasileiro.

Abordamos os direitos fundamentais, em especial o da vida, que como prerrogativa da soberania popular, garante a dignidade humana, independente de raça, cor, religião, condição social e financeira.

Alexandre de Moraes ensina:

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.<sup>7</sup>

Ainda nesse sentido, Pedro Lenza explana:

O direito à vida, previsto de forma genética no art.5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado de vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também de ter uma vida digna.<sup>8</sup>

Portanto, é de concluir que a Constituição Federal autoriza o Estado a intervir nas ações e serviços de saúde, dispondo legalmente, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, visando dessa forma, o bem maior que é a vida.

<sup>6</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 56.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 30.

<sup>8</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 768.

## APLICAÇÃO DA JUSTIÇA NAS DESCOBERTAS BIOTECNOLÓGICAS

Na grande parte do conteúdo adotado, há estudos bibliográficos, com utilização de vários doutrinadores, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet, Gilmar Mendes, Cláudia Regina Magalhães Loureiro, Alexandre de Moraes, Uadi Lammêgo Bulos, e a Constituição Federal de 1988, acrescentando-se dados fornecidos pela Internet e jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça da Paraíba.

É cediço o comportamento na aplicação da justiça quanto ao desafio da decisão inerente a recentes descobertas biotecnológicas em favor da saúde e da vida, ressaltando a unidade essencial e indissolúvel dos direitos fundamentais sob a ótica da Constituição Federal, que reconheceu e assegurou a todos esses direitos.

No entendimento de Cláudia Loureiro, o direito não deve obstacular o desenvolvimento da ciência, que prioriza melhores condições de vida da humanidade e a diminuição da angústia da população. Contudo, esse crescimento tem que corroborar com o respeito à dignidade humana, considerando, como meta, sua unificação, sem a necessidade de reparos.<sup>9</sup>

Mister se faz ressaltar que as formas proporcionadas pelo Estado, em atender pessoas que necessitam de cuidados com a saúde, resulta na obrigação da atualização de dados específicos de medicamentos e de tratamentos médicos, os quais possibilitam uma resposta aos que possuem personalidade jurídica, sujeito a direitos e deveres, trata-se, a princípio de uma prerrogativa de ser respeitado no campo dos direitos fundamentais.

Assevera o jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

Todo e qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte.<sup>10</sup>

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes entende:

Ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.11.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.257.

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.622.

Sarlet também caminha pelo pensamento do desenvolvimento dos direitos fundamentais:

O reconhecimento de direitos à proteção pode ser reconduzido aos desenvolvimentos decorrentes da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.<sup>12</sup>

Cláudia Loureiro afirma que: “A Constituição Federal assegura o direito à vida em dupla acepção, o direito de continuar vivo e o direito de ter vida digna quanto à subsistência”.<sup>13</sup>

Consequentemente, quando a Justiça for acessada, esta possa vir a contribuir de forma igualitária, onde no desenvolvimento do trabalho explicaremos as deficiências existentes, com a ausência de número de profissionais habilitados na seara da saúde, que fazem com que os magistrados não possam aprofundar-se na questão, por desconhecer termos, substâncias, tratamentos médicos, princípios ativos mais benéficos.

No mundo de hipóteses solucionadoras, a exemplo da contadoria judicial, que dá o suporte para elaboração, revisão ou fiscalização de cálculos, seja de custas ou de atualização monetária financeira, auxiliando o Estado-Juiz na motivação e justificativa de suas decisões, poder-se-ia criar, sob o mesmo fundamento, o apoio aos magistrados com pessoas qualificadas na área de saúde, como farmacêuticos, médicos, odontólogos, nutricionistas, fisioterapeutas, peritos, entre outros.

Diante de uma análise do pedido, eles contribuiriam para uma resposta mais abalizada e forneceria subsídios ao Juiz, capazes de evitar um dano maior ao cidadão, que é o risco à sua vida.

Ademais, as equipes multiprofissionais são compostas por comarca ou regiões, sempre de forma a contribuir com a melhor qualidade da prestação jurisdicional, no qual o critério de avaliação, colecionamos a celeridade, pois o risco e o *periculum in mora*, quando se trata de saúde, é inerente a pretensão, não podendo o cidadão sofrer qualquer tipo de procrastinação.

A importância social e científica do tema tem uma proporção de anos-luz, a *priori*, porque se trata de um assunto atual, bem como de opinião pública, cedendo

---

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.190.

<sup>13</sup> LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.85.

espaço à democracia e, em consequência, gerando alternativas de soluções menos longínquas, através do acesso irrestrito ao Judiciário, que é uma garantia fundamental insculpida no Texto Magno.

O magistrado tem que aplicar a Lei, ora, com o auxílio de profissionais habilitados na área de saúde, a visualização do direito em harmonia com a realidade dos fatos gerará um benefício muito grande à população, que trará a prestação jurisdicional de forma ampla, sem dúvidas a respeito do que o caso concreto exige, por exemplo: quando um cidadão precisa de medicação ou tratamento específico e o ente público se nega a fornecer, judicialmente o Estado pugna por procedimentos e remédios similares, forçando o magistrado a decidir de uma maneira que lhe é mais conveniente, porém, sem alicerce técnico para tal, pior ainda, o Judiciário tem que dirimir o conflito sem base científica ou atualização sobre certos princípios ativos de alguns remédios e melhor tratamento para aquele que, muitas vezes, não tem tempo de vida para esperar uma decisão justa.

Tudo isto passa pelo conflito da nova biotecnologia, a morosidade do Estado em adicionar às suas listas de medicamentos aprovados pela ANVISA, e mais, de incluir na Relação Nacional de Medicamentos, que por ato normativo – inconstitucional – vincula o Estado Juiz a deferir o fornecimento de medicamentos, apenas, aos nela elencados. Isso é mais uma forma de engessar a atividade jurisdicional, em detrimento do direito fundamental à saúde.

Portanto, vislumbra-se a possibilidade de soluções imediatas, sem subterfúgios, prontamente adequada, para todos os casos apresentados, com pareceres técnicos, de profissionais da saúde, que dominam o assunto, no qual o magistrado decidirá dentro de um contexto explícito, acarretando um envolvimento do direito e da medicina, de uma maneira nunca vista, contribuindo para o efetivo cumprimento do que dispõe a Constituição Federal, em direitos fundamentais, evitando, assim, o excesso de onerosidade das decisões ao tempo em que protege o cidadão do excesso de economia do poder público, que, muitas vezes, por interesses não acessíveis, substituem medicamentos e procedimentos, sem que o Estado-Juiz possa identificar, tecnicamente, se há fraude ou atentado à saúde ou à vida do requerente.

## 5 DA CÂMARA TÉCNICA

### COMPOSIÇÃO E FINALIDADE

Com o propósito de reunir os Poderes Judiciário e Executivo, o CNJ criou o Comitê do Fórum Nacional de Saúde da Justiça Estadual, e o Tribunal de Justiça da Paraíba, em setembro de 2012, instituiu seu Comitê em parceria com o Governo Estadual.

Sua primordial finalidade é assegurar benefícios ao cidadão, oferecendo meios e assistência à saúde, em tempo célere. É cediço que os magistrados com competência nas Varas de Fazenda, Cível e Juizados Especiais, os quais analisam ações judiciais com a finalidade de prestação de assistência à saúde e seus procedimentos, necessitam de auxílio nessas demandas.

Na Paraíba, foi aprovada a instalação e funcionamento da Câmara Técnica, ainda em caráter de aperfeiçoamento, que se destina a todas as Unidades Judiciárias, inclusive o segundo grau de jurisdição, compostas por profissionais do quadro efetivo de servidores do Estado da Paraíba e por servidores do Município de João Pessoa, vejamos:

#### **COMPOSIÇÃO DA CÂMARA TÉCNICA:**

02 (dois) Médicos;

04 (quatro) Farmacêuticos;

02 (dois) Nutricionistas;

Entretanto, algumas liminares podem ser analisadas com mais tempo, por não haver risco de vida, mas, quando o Juiz consulta de ofício a câmara técnica ele está abrindo mão da sua imparcialidade?

É óbvio que não, pois não fere a sua independência, visto que o magistrado não deve agir apenas como aplicador do direito, e sim organizar melhor o sistema, obtendo uma resposta mais precisa daquilo que é melhor para o cidadão, atuando como órgão de apoio técnico e de assessoramento ao Poder Judiciário, ao *Parquet* e à Defensoria Pública, referente a medicamentos, internações, procedimentos cirúrgicos e demais questões que dizem respeito ao preceito constitucional do direito

à vida, no prazo máximo de 48 horas, quanto versar acerca de urgência, e até 5 dias úteis, para demais casos.

O jurista Gilmar Mendes assevera:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.<sup>14</sup>

Assim, diante de um problema atual, real, verdadeiro, o desafio de sugerir formas que contribuam com a redução de decisões sem julgamento de mérito, ou que causem elevada repercussão econômica ao ente federado. Nesse contexto, o próximo capítulo será dedicado à obrigação dos entes federativos em prestar cuidados à saúde das pessoas.

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 623.

## 6 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

É comezinho aos entes federativos, quando figuram como litisconsortes passivos em ações judiciais de acesso à saúde, alegarem a ilegitimidade passiva, para responderem pelas demandas.

O processo de judicialização dificulta o planejamento e a programação da contratação do objeto, que não está na obrigatoriedade de fornecimento, pelo ente da federação, de medicamentos solicitados fora do rol existente, ofendendo a ordem jurídica impor aos entes federados provimento e custeio do que o registro da Anvisa não abrange, podendo causar lesão à ordem administrativa.

Outrossim, a Legislação é clara, em especial no que dispõe o “*caput*” do art. 5º da Lei Maior, bem como em vários outros dispositivos constitucionais, entre eles, o artigo 196, que preceitua:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, com legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva garantir o acesso ao direito à saúde.<sup>15</sup>

Sobre o assunto, a Constituição Federal, em seu art. 198, § 1º, assim dispõe:

O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Analisando o supramencionado dispositivo, é imperiosa a obrigação da prestação de serviços, e a prática de ações que visem a resguardar a saúde dos cidadãos é solidária entre a União, os Estados, os Municípios e Distrito Federal, podendo, portanto, ser exigida, isoladamente, de cada um dos entes ora elencados, restando evidente que qualquer um dos entes federativos é responsável pelo alcance das políticas sociais e econômicas que tenham, como finalidade, o acesso universal e igualitário das ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

---

<sup>15</sup> REsp 1017055 / RS, Relator: Ministro Castro Meira, DJe em 18/09/2012.

Outra referência obrigatória para a incidência da responsabilidade solidária dos entes públicos foi na decisão do Ag 1107605/SC, da relatoria do Ministro Herman Benjamin.

Ressalta-se, por oportuno, que o direito à saúde é direito do cidadão e dever do Estado, conforme consta nos arts. 5º e 6º da Constituição Federal, que prescrevem, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Menciona-se, ainda, o entendimento de José Afonso da Silva, na inclusão, mais que no tempo, do direito à saúde, preceito fundamental de toda e qualquer pessoa, prevista no art. 6º da Carta Magna: É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição do direito fundamental ao homem.<sup>16</sup>

Portanto, incumbe ao ente estatal prestar toda a assistência devida ao cidadão que se ache acometido de moléstia grave e não possua condições de tratar-se com os próprios recursos, conforme prescreve o art. 196 da nossa Carta Maior.

Não fossem suficientes tais comandos legais, a Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, determina, em seu art. 2.º, o dever do Estado em dar condições para o exercício do direito à saúde, nos seguintes termos:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

O Tribunal de Justiça da Paraíba já pontificou:

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185.

interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.<sup>17</sup>

Nesse mesmo diapasão, a Egrégia Corte de Justiça da Paraíba assevera ainda que:

Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do estado. Tal premissa impõe ao estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do estado, entendo. Uma vez configurado esse dilema. Que razões de ordem ético jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: O respeito indeclinável à vida.<sup>18</sup>

O STF ratifica o posicionamento da seguinte maneira:

O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário (CF - art. 196), do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos, como já assentou o Supremo Tribunal Federal.<sup>19</sup>

O entendimento quanto à responsabilidade estatal é tão uníssono, que já existem decisões monocráticas a respeito, no sentido de que:

O direito à vida e à saúde engloba o mínimo existencial para uma vida digna. Por esta razão, deve ser prestado pelo ente público o medicamento ou tratamento necessário ao restabelecimento da saúde de seus cidadãos.<sup>20</sup>

Em continuidade ao desenvolvimento do estudo, no capítulo seguinte veremos a teoria adotada para restrições e limitações aos direitos fundamentais.

---

<sup>17</sup> AG INTERNO 001.2010.023610-6/001; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides; DJPB 20/01/2012; p. 8.

<sup>18</sup> MS 999.2011.000630-4/001; TJPB; Rel. Des. João Alves da Silva; DJPB 22/11/2011; p. 6.

<sup>19</sup> RE 195.192/RS- Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>20</sup> AP Cível nº 0004273-65.2012.815.0371 – TJPB - Relator: Des. José Aurélio da Cruz – Decisão monocrática em 12/12/2013.

## 7 DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

### ENTENDIMENTO PACÍFICO DO TJPB

É de valorizar o estudo doutrinário de Luiz Calil, acerca da reserva do possível:

Importa ressaltar que a implementação dos direitos a prestações positivas demanda dispêndio de recursos econômicos, em especial relativamente aqueles consistentes em prestações pecuniárias, de que é exemplo o direito à aposentadoria, ou necessariamente implicam despesas, como no caso dos direitos à saúde, à moradia, à educação, para ficarmos apenas nos mais notórios, de maior ou de menor monta. Daí por que a medida de sua implementação com maior ou menor intensidade varia na razão direta da existência de recursos disponíveis para tais utilizações.<sup>21</sup>

No norte de Mariana Figueiredo, existem restrições do orçamento público, e a intervenção do Poder Judiciário acarreta confrontos no cumprimento dos preceitos constitucionais, como se transcreve abaixo:

A reserva do possível, no que se refere ao orçamento público, impõe restrições em dois sentidos: por um lado, trata da escassez dos recursos financeiros existentes, ou seja, da limitação à efetividade dos direitos sociais a prestações materiais diante da carência ou insuficiência de verbas públicas destinadas ao atendimento dessas prestações; de outro ângulo, a reserva do possível traz a lume a discussão acerca dos limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestações materiais, notadamente dos direitos originários a prestações, uma vez que as decisões alocativas, pela incidência do princípio da separação dos poderes, estão precipuamente afetas à esfera de competência do Legislativo.<sup>22</sup>

É preciso frisar que a vinculação dos direitos fundamentais com a garantia de um mínimo existencial integra uma controvérsia, que tem sido objeto de pesquisas, enfatizando o conjunto de prestações materiais indispensáveis à vida digna do cidadão, especialmente vinculado ao direito à saúde, que é considerado resistente a qualquer intervenção jurídica por parte do ente federativo.

O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes é cristalino quanto à necessidade da intervenção do Poder Judiciário nas demandas oriundas de negativas de fornecimento de medicamentos:

---

<sup>21</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173.

<sup>22</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**: Livraria do Advogado, 2007, p. 133.

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.<sup>23</sup>

O direito torna-se dinâmico diante das decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme é explanado por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Válido mencionar, ainda que a Corte também já apreciou a possibilidade da realização da denominada “diferença de classe”, que permite que o usuário do SUS pague uma diferença de valores e tenha uma prestação de serviços em um padrão diferenciado do normalmente fornecido pela rede pública de saúde.<sup>24</sup>

Com isso, situações antes complexas, hodiernamente, tendem a ser solucionadas da melhor maneira, porém sempre resguardando o direito à saúde de todos e de forma igualitária.

Por outro aspecto, a reserva do possível não é elemento integrante dos direitos fundamentais, é apenas considerada essencial para o cumprimento da prestação administrativa, como sempre alega os gestores públicos, e sim um limite jurídico e fático, que pode atuar em algumas circunstâncias. Por sua vez, depende da situação socioeconômica do ente federativo, deixando ao legislador uma situação *in abstracto*, com um autêntico problema das reservas orçamentais, planos econômicos e financeiros, que é dirimido pelo Poder Judiciário, que age com interventor no orçamento público.

Acerca da disponibilidade dos recursos públicos, é cediço que sua destinação merece maiores aprimoramentos, com uma gestão mais democrática do orçamento público, para zelar pela eficácia dos direitos fundamentais sociais, notadamente quando se cuida de administrar a escassez financeira.

Vale ainda destacar que é dever de todos os órgãos estatais maximizar seus recursos para diminuir o argumento de que a reserva do possível não permite a assistência de saúde ao cidadão, como fator impeditivo, utilizado na omissão estatal, bem como em algumas intervenções judiciais.

---

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 630.

<sup>24</sup> Idem.

Sobre o assunto o jurista Canotilho<sup>25</sup>, aborda:

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

A obrigação dos entes da federação em responder positivamente às necessidades da população, no que tange à área de saúde, é incontestável, devendo inclusive haver iniciativas de soluções, e não se manifestar apenas quando procurado.

Gilmar Mendes ventila em seus ensinamentos doutrinários:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante art. 23, II, da Constituição.<sup>26</sup>

No campo da influência da biotecnologia na judicialização da saúde, é de considerar a mudança dos tempos, onde estudos aprofundados viabilizam, cada dia mais, uma nova esperança de cura, de tratamentos médicos, de diagnóstico satisfativo, em que a evolução da humanidade deve ser acompanhada também pela administração pública, ao permitir a inclusão de outros medicamentos, para um alto grau de satisfação populacional, bem como cumprir com sua prestação material.

Nesse parâmetro, o Gilmar Mendes aperfeiçoou a pesquisa:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalvam, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 477.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 623.

<sup>27</sup> idem, p. 623.

As câmaras cíveis do Tribunal de Justiça da Paraíba são pacíficas, ao considerar que na alegação do ente público, acerca da reserva do possível e do mínimo existencial, a incapacidade financeira deve ser demonstrada, já que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, transcrevo:

Não prospera a alegação de inexistência de previsão orçamentária, dado que é a própria Carta Constitucional que impõe o dever de proceder à reserva de verbas públicas para atender a demanda referente à saúde da população, descabendo sustentar a ausência de destinação de recursos para fugir à responsabilidade constitucionalmente estabelecida. - A Portaria 1.318/2002 do Ministério da Saúde que estabelece a listagem de medicamentos excepcionais a serem fornecidos gratuitamente pelo Poder Público não tem o condão de restringir uma norma de cunho constitucional que, por ser veiculadora de direito fundamental, deve ser interpretada com a amplitude necessária a dar eficácia aos preceitos constitucionais.<sup>28</sup>

Segundo entendimento dos nossos Tribunais Superiores, o direito à vida e à saúde engloba o mínimo existencial para uma vida digna. Por esta razão, deve ser prestado pelo Estado o medicamento ou tratamento necessário ao restabelecimento da saúde de seus cidadãos, não se podendo opor a cláusula da reserva do possível.<sup>29</sup>

Decisões monocráticas também são dominantes no TJPB, vejamos:

É inconcebível que entes públicos se esquivem de fornecer meios e instrumentos necessários à sobrevivência de enfermo, em virtude de sua obrigação constitucional em fornecer medicamentos vitais às pessoas enfermas e carentes, as quais não possuem capacidade financeira de comprá-los. Se é certo que o Estado não pode ser compelido a fazer algo além do possível reserva do possível, é igualmente correto que ele deve, ao menos, garantir o núcleo mínimo existencial a cada indivíduo, sobrelevando-se, destarte, a dignidade da pessoa humana art. 1º, III, da CF.<sup>30</sup>

Não prospera a alegação de inexistência de previsão orçamentária, dado que é a própria Carta Constitucional que impõe o dever de se proceder a reserva de verbas públicas para atender a demanda referente à saúde da população, descabendo sustentar a ausência de destinação de recursos para fugir à responsabilidade constitucionalmente estabelecida. A Portaria 1.318/2002 do Ministério da Saúde, que estabelece a listagem de medicamentos excepcionais a serem fornecidos gratuitamente pelo Poder Público não tem o condão de restringir uma norma de cunho constitucional que, por ser veiculadora de direito fundamental, deve ser interpretada com a amplitude necessária a dar eficácia aos preceitos constitucionais.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> ROAC 00120110094370001; 1ª câmara cível do TJPB; Rel. Des. Leandro dos Santos; Data de julgamento 16/04/2013.

<sup>29</sup> AG INTERNO 00120120058035001; 2ª câmara cível do TJPB; Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque; Data de julgamento 30/04/2013.

<sup>30</sup> Ag. Instrumento, nº 00120120236516001, relator Des. Abraham Linconl da Cunha Ramos, decisão monocrática em 15/04/2013.

<sup>31</sup> Ap. cível nº 02520120004244001, relatora Desa. Maria das Graças Morais Guedes, em 27/03/2013.

Ainda nesse sentido, o Des. José Ricardo Porto também decidiu monocraticamente:

Conforme entendimento sedimentado no Tribunal de Justiça da Paraíba, a falta de previsão orçamentária não pode servir como escudo para eximir o Estado de cumprir com o seu dever de prestar o serviço de saúde adequado à população. - Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>32</sup>

Importante ressaltar que o direito fundamental é consubstanciado na eficácia e aplicabilidade imediata, como Ives Gandra da Silva Martins assevera:

O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.<sup>33</sup>

Nesse diapasão, o TJPB adota o entendimento do STJ, de que os direitos sociais não podem ficar condicionados à boa vontade da administração, vejamos:

Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.<sup>34</sup>

Com esse posicionamento é que Joaquim Andréas Krell, afirma:

As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação de políticas públicas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas tem o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Judiciário.<sup>35</sup>

Comunga com essa afirmativa, Ana Paula Barcellos:

Ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública de saúde por falta de prestações que, por certo,

<sup>32</sup> Rec. Of. e apelação cível nº 00120110162227001, Relator Des. José Ricardo Porto, datado em 18/03/2013.

<sup>33</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Caderno de direito natural – lei positiva e lei natural**, n. 1, 1. ed. Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.

<sup>34</sup> AgRg no REsp 1107511 / RS – Relator Ministro Herman Benjamin – Segunda Turma – Dje 6/12/2013.

<sup>35</sup> KRELL, Andreas Joaquim. Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 55.

estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial. Talvez a omissão na oferta de tais prestações seja imputável a outras razões – que podem ir desde prioridades inconstitucionais na alocação de recursos, má gestão e até a prática de crimes -, que não guardem relação nenhuma com o custo gerado pela decisão referida. É impossível não considerar, entretanto, que a verba necessária ao cumprimento da decisão judicial sai de uma mesma rubrica e reduz recursos disponíveis para o atendimento do restante da coletividade.<sup>36</sup>

É certo que, se o Estado não pode ser obrigado a fazer algo além do possível, porém deve garantir o mínimo existencial a cada indivíduo, sobrelevando-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

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

Conclui-se que o mínimo existencial é importante para o exercício da cidadania, porém não se restringe à satisfação das necessidades físicas do cidadão, como se esse fosse a única necessidade de sobrevivência, quando, na verdade, há uma relação básica com a educação, saúde, alimentação, lazer, entre outros, que estão atrelados ao alicerce do princípio da dignidade da pessoa humana, com vinculação ao domínio político, que tem o condão de viabilizar a igualdade de oportunidades.

---

<sup>36</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpra registrar que o direito à saúde, que possui indiscutível natureza de direito intrínseco ao ser humano, merece tratamento especial, uma vez que goza de certas características, a saber: universalidade, indivisibilidade e essencialidade.

Diante disso, na judicialização da saúde, é cediço que os problemas não estão solucionados, pois a falta de assistência eficaz aos operadores do direito, possibilitando uma decisão adequada e justa, bem como a organização do Sistema Único de Saúde, com atualizações inerentes aos casos concretos, não gera um real responsável pelo problema. Isso também ocorre no tocante à prestação de serviços de saúde, engessando cada vez mais a gestão administrativa, com condenações judiciais, que implicam para cada gestor um caminho sem volta, já que as responsabilidades administrativas não são cumpridas com fiel observância ao preceito constitucional do direito à vida, necessitando o cidadão cada vez mais da aplicação da Justiça, mediante o Poder Judiciário, para lhe conferir um direito unívoco e essencial à sua sobrevivência.

Outrossim, os argumentos, como “substituição de medicamentos”, suscitados pelos entes públicos, sem a prévia análise clínica do cidadão, bem como a comprovação de impossibilidade dos tratamentos disponibilizados pelo Município, Estado ou União, não são convincentes juridicamente, diante da comprovação médica, emanada pelo especialista, de que o paciente necessita dos medicamentos requeridos nas inúmeras ações judiciais, além do problema social, que é a demora injustificada nos atendimentos pelo sistema único de saúde.

Em consonância com o exposto, a utilização de outros medicamentos, constantes na lista do SUS, é limitada demais para combater todas as necessidades da população, atentando ainda à dificuldade de aferir-se com segurança se o medicamento ou procedimento médico oferecido pelo Governo resultará com a mesma eficácia que aquele prescrito pelo médico especialista.

A Portaria 1.318/2002 do Ministério da Saúde estabelece a listagem de medicamentos excepcionais a serem fornecidos gratuitamente pelo Poder Público, não ventilando a possibilidade de restringir um preceito constitucional inerente ao direito fundamental, com necessária eficácia.

Com efeito, diante dessa ausência de medicamentos ou de tratamentos de saúde inclusos no rol do Ministério da Saúde, oriundos de problemas de gestão

pública, que não adquire quantidades suficientes nas farmácias e atualizam os tratamentos, a fim de atender de forma igualitária a todos, não pode a população ter seu direito interrompido, sendo punida por uma administração não condizente com a realidade, passível de efetivação mediante o Poder Judiciário, face à afronta ao direito subjetivo à prestação de saúde, evitando o comprometimento da vida e da saúde do cidadão, por questões meramente burocráticas.

Merece destacar que a possível substituição de remédios ou procedimentos prescritos, por médicos especialistas, só pode ocorrer caso trate da patologia da mesma forma, sem contraindicações, com observância ao critério de ponderação. Entretanto, com a impossibilidade comprovada, a questão faz jus a uma análise pormenorizada, uma vez que cada demanda é um problema diverso, para evitar a inviabilização do Sistema Único de Saúde no total.

Deve-se frisar, por oportuno, ainda que as decisões judiciais obedeçam aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o Estado pode fornecer ou custear tratamentos e medicamentos em desenvolvimento científico, em caráter de experiência aos pacientes, com a devida anuência deste, por escrito, posto que ainda não constituem segurança à população, no que pese a aprovação das autoridades sanitárias. Nesse norte, é de considerar também que, mesmo com descobertas biotecnológicas, nem sempre o novo é sinônimo de melhor e eficiente, e o primordial é analisar se o princípio ativo da medicação corresponde ao indicado na prescrição médica, optando por biossimilares, que possuem um valor econômico mais baixo, porém repisando a eficiência e segurança.

Isso tudo abrange procedimentos cirúrgicos e exames médicos, que podem até ser substituídos por outros meios de tratamento de menor pecúnia, entretanto, para isso, o esgotamento de averiguações é medida que se impõe, com produção de prova e de contraditório contundente, e não meras alegações, sem apresentar à Justiça meios eficazes e céleres, como forma de querer solucionar o problema. Não se devem procrastinar situações, que, na maioria das vezes, são de extrema urgência.

Para o efetivo convencimento do julgador também tem de ser comprovada a real necessidade, como a demanda exigir, não se apresentando apenas uma prescrição médica, que inviabiliza sua aplicabilidade. Isso ensejando, ainda, opções de tratamentos alternativos eficazes, ratificando toda a necessidade da intervenção

do Judiciário na administração pública, ao negar um direito constitucional ao cidadão.

Com efeito, esse procedimento, quando adotado, gera uma inversão de provas, cabendo ao gestor público do serviço de saúde provar o motivo de sua omissão ou negativa, mediante prestação de contas, facultando ao magistrado decidir de qual previsão orçamentária será destinada para dirimir o problema, não podendo, de forma alguma, o cidadão ser penalizado pelas contendas políticas existenciais. Assim, encontram-se protegidas a vida e a integridade física, e a função do Poder Judiciário é zelar pelos direitos fundamentais, com responsabilidade, concedendo, ou não, um direito pleiteado.

Portanto, é satisfatório considerar que nosso país dispõe de uma Carta Magna voltada para os direitos sociais, que são os mais complexos na medida de sua aplicação na área de saúde, todavia o Poder Judiciário não pode ter complacência com os administradores públicos, quem ao dispor do seu poder discricionário, justificam a não efetivação do direito à saúde, como forma de embasar a falta de regulamentação dos recursos financeiros.

No desencadear dessa monografia, verifica-se que a omissão do ente federativo em buscar solucionar a causa das inúmeras demandas judiciais gera um desconforto com o direito individual ou coletivo, juntamente com a afronta ao princípio da dignidade humana, princípio este que torna os indivíduos como cidadãos brasileiros, já que esse é empreendimento basilar do Estado Democrático de Direitos, exigindo do Estado sua ativa participação, sem subterfúgios ou delongas em agir, conforme insculpido na Constituição Federal.

Essa busca incessante por melhores condições de vida está disposta na Carta Maior, sendo o Estado seu principal executor, desempenhando uma atuação de prestador de serviço público, com dotação orçamentária, para ser o efetivo garantidor dos direitos inerentes à população.

Tais direitos são associados aos custos Estatais, e se torna falaciosa a interpretação de que certos direitos exigem do Estado investimentos. Ora, sabemos que, independentemente do exercício, todos os direitos pressupõem a atividade financeira do Estado, por questões lógicas, logo ele precisa manter sua infraestrutura para sua plena atividade.

Por fim, diante das controvérsias existentes acerca do enfrentamento do Poder Judiciário nas funções do Poder Executivo ou Legislativo, como visto em

ações judiciais, é de se considerar que a aplicabilidade da reserva do possível não se sobreporá ao princípio do mínimo existencial, em especial, à saúde, que é uns direitos fundamentais de maior relevância, sempre ressaltando que, no embate jurídico, as chances de manifestação das partes devem ser iguais, considerando como fonte primária de uma decisão justa e eficaz. Em sendo o caso, determina-se o adimplemento das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é de fácil conclusão que a judicialização da saúde, como já foi ventilado, destaca o preceito constitucional essencial, que é a vida, com principal enfoque na influência da biotecnologia, ressaltando a experiência jurídica em uma aplicação limitada do conhecimento específico da farmacologia e da medicina, o que pode acarretar na mitigação indevida da plenitude do maior bem jurídico tutelado, ou seja, quando a prestação à saúde tiver como foco tutelar a vida, que é um bem maior, deverá ser protegida, pois só assim existirá o exercício pleno da dignidade humana.

Assim, em face das considerações decorrentes deste estudo, os princípios da norma constitucional, quando abdicados os direitos fundamentais, ocorre a renúncia de direitos mínimos à vida, oriundos de conquistas de longos tempos, no qual seu afastamento, será causa de jamais readquiri-los.

Por fim, os julgados da Egrégia Corte de Justiça Paraíba vêm contribuindo com a efetiva prestação jurisdicional desse Estado, dirimindo contendas acerca da saúde pública, obedecendo aos critérios da razão e da proporção, além de considerar a incidência constitucional como base em suas decisões, em que a reserva do possível não tem o condão da inaplicabilidade da justiça.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 477.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KRELL, Andreas Joaquim. Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 768.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Caderno de direito natural – lei positiva e lei natural**, n. 1, 1. ed. Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

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

SILVA, J. S. **A biotecnologia e a economia política de sua definição**. Cad. Def. Tecnol., Brasília, ano 7, n. 1-3, jan/dez, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; VIEIRA JUNIOR, Pedro Abel. **Direitos dos Consumidores e Produtos Transgênicos**. Uma questão polêmica para a Bioética e o Biodireito. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

## JURISPRUDÊNCIA

AG INTERNO 001.2010.023610-6/001; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides; DJPB 20/01/2012.

AG INTERNO 00120120058035001; 2ª câmara cível do TJPB; Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque; Data de julgamento 30/04/2013.

Ag. Instrumento, nº 00120120236516001, relator Des. Abraham Linconl da Cunha Ramos, decisão monocrática em 15/04/2013.

AgRg no REsp 1107511 / RS – Relator Ministro Herman Benjamin – Segunda Turma – Dje 6/12/2013.

AP Cível nº 0004273-65.2012.815.0371 – TJPB - Relator: Des. José Aurélio da Cruz – Decisão monocrática em 12/12/2013.

Ap. cível nº 02520120004244001, relatora Desa. Maria das Graças Morais Guedes, em 27/03/2013.

MS 999.2011.000630-4/001; TJPB; Rel. Des. João Alves da Silva; DJPB 22/11/2011.

RE 195.192/RS- Rel. Min. Marco Aurélio.

Rec. Of. e apelação cível nº 00120110162227001, Relator Des. José Ricardo Porto, datado em 18/03/2013.

REsp 1017055 / RS, Relator: Ministro Castro Meira, DJe em 18/09/2012.

ROAC 00120110094370001; 1ª câmara cível do TJPB; Rel. Des. Leandro dos Santos; Data de julgamento 16/04/2013.