



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

RAFAELLA SOUSA NUNES

**O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA
ABORDAGEM SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO RESPONSÁVEL DE
MEDICAMENTOS**

**GUARABIRA
2018**

RAFAELLA SOUSA NUNES

**O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA
ABORDAGEM SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO RESPONSÁVEL DE
MEDICAMENTOS**

Trabalho de Conclusão de Curso ou apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim.

**GUARABIRA
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

N972p Nunes, Rafaella Sousa.

O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde: [manuscrito] : uma abordagem sobre a judicialização responsável de medicamentos. / Rafaella Sousa Nunes. - 2018.

76 p. : il. colorido.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2018.

"Orientação : Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim, Coordenação do Curso de Direito - CH."

1. Direito à saúde. 2. Efetividade. 3. Judicialização responsável.

21. ed. CDD 344.04

RAFAELLA SOUSA NUNES

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA
ABORDAGEM SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO RESPONSÁVEL DE MEDICAMENTOS

Trabalho de Conclusão de Curso ou
apresentada ao Programa de Graduação em
Direito da Universidade Estadual da Paraíba,
como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito
Constitucional.

Aprovada em: 11 / 06 / 2018 .

BANCA EXAMINADORA

Jossano Mendes de Amorim
Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Thiago Maranhão P. Diniz Serrano
Prof. Me. Thiago Maranhão P. Diniz Serrano (Examinador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Darlene S. Oliveira de Souza
Profa. Me. Darlene S. Oliveira de Souza (Examinadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu pai do céu e aos que Ele designou para serem os meus pais aqui na terra, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que é digno de toda honra e glória, por ter me sustentado e sido o maior companheiro e melhor ouvinte nos momentos de aflição.

Aos meus pais, Geane e Rosinaldo, os maiores incentivadores que encontrei na vida! Por quem nutro: respeito, admiração e, sobretudo, amor inesgotável.

A minha irmã Raissa, por ser, desde que nasceu, um presente tão maravilhoso.

A minha extraordinária família, pelos tão bons momentos que me proporcionam viver!

A Lucas, parceiro de vida, que tanto auxiliou no processo de feitura do presente trabalho.

Ao Professor Jossano Mendes de Amorim, pelo compartilhar de conhecimentos durante a graduação, especialmente, pelo aceite e magistral orientação.

A todos os mestres e demais funcionários, que contribuíram para a minha formação, muito obrigada!

“Somos craques em fazer leis. A nossa
dificuldade é cumpri-las”. Carmen Lúcia
Antunes Rocha

RESUMO

O direito à saúde é consagrado como direito fundamental do cidadão pela Constituição Federal em seu artigo 6º. Por se tratar de direito intimamente relacionado à manutenção da vida, a Carta Magna não se contenta em apenas fazer menção ao mesmo, vindo a ditar o caminho pelo qual o Estado deve trilhar para garantir a plena eficácia desse direito em seu artigo 196. Contudo, mesmo contando com o respaldo constitucional, o cidadão não encontra na prestação médico-farmacêutica realizada pelo Estado um serviço de saúde digno, fazendo com que o usuário tenha de recorrer ao Judiciário para obter as prerrogativas que lhe são garantidas por direito. O texto versará sobre a dicotomia entre a proteção jurídico-constitucional à saúde, a disciplina do SUS e as dificuldades à efetivação desse direito, pelo fato de processos que ensejam a proteção do direito à saúde estarem cada vez mais sendo levados ao crivo do Judiciário. Esse crescimento substancial do número de processos tem gerado intensos debates sobre o tema, de modo que se faz imperioso pensar estratégias para a matéria, uma vez que judicialização, pensada para ser a “solução”, pode vir a se tornar um grande problema se manejada de forma indiscriminada. Nessa feita, o presente trabalho monográfico pretende abordar brevemente a evolução do Estado Constitucional de Direito, pois deriva dessa evolução o nascimento dos direitos sociais, que como já visto, dentre eles está o direito à saúde, alvo desse escrito. Além disso, intenciona confrontar a penúria vivida pelos usuários do SUS, causada pela falta de uma prestação material adequada para que se alcance o pleno potencial do direito à saúde; os vários desafios enfrentados pelo Poder Público para garantir tal prestação; e a judicialização como instrumento viável para salvaguardar o já referido direito. Essa pesquisa se desenvolveu por intermédio dos métodos dedutivo, histórico-evolutivo e hermenêutico, através de revisão bibliográfica, doutrinária, legal e jurisprudencial. Além da análise de artigos, monografias, revistas e periódicos. Concluindo-se, desse modo, que o presente trabalho trará reflexões acerca do aludido tema, com o intuito de abordar os aspectos mais relevantes advindos da judicialização da saúde e perscrutar os mais satisfatórios resultados possíveis que ela, quando desempenhada de maneira responsável, pode apresentar.

Palavras-Chave: Direito à saúde. Efetividade. Judicialização responsável.

ABSTRACT

The right to health is consecrated as a citizen's fundamental right by the Federal Constitution in its 6th article. Being an assurance closely related to the maintenance of life, the Constitution is not content to just mention it, and it dictates the way in which the State must tread to ensure the full effectiveness of this right in the article 196. However, even with the constitutional support, the citizen does not find in the medical-pharmaceutical service performed by the State a proper health service, causing the user to have recourse to the Judiciary to obtain the prerogatives that are guaranteed by legislation. This text will focus on the foul-up between the legal-constitutional protection of health, the discipline of the SUS and the challenges to safeguard this right, due to the fact that processes that promote the protection of right to health are increasingly being brought to Judiciary. This substantial growth in the number of cases has generated intense debates on the subject, so it is imperative to think strategies for the subject-matter, since judicialization, thought of to be the "solution", can become a big problem if handled indiscriminately. The present monographic work intends to briefly discuss the evolution of the Constitutional State of Law, once derives from this evolution the birth of social rights, which as we have seen, among them is the right to health, the target of this writing. In addition, it intends to confront the shortage experienced by the users of the SUS, caused by the lack of adequate material provision to reach the full potential of the right to health; the various challenges faced by the Government in order to guarantee such provision; and judicialization as a viable instrument to safeguard the aforementioned right. This research was developed through the deductive, theoretical-evolutionary and hermeneutic methods, through bibliographical, doctrinal, legal and jurisprudential review. In according to the above, this paper will reflect on the aforementioned theme, in order to bring the most relevant aspects arising from the judicialization of health and to examine the most possible satisfactory results that, when performed responsibly, can present.

Keywords: Right to health. Effectiveness. Responsible judicialization.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Gráfico1	55
Figura 2 – Gráfico 2.....	55

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	15
2.1 Direitos Fundamentais No Estado Liberal De Direito: A Primeira Dimensão	17
2.2 Direitos Fundamentais no Estado Social de Direito: A Segunda Dimensão	19
2.3 Direitos Fundamentais no Estado Constitucional de Direito: A Terceira Dimensão	22
3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	27
3.1 O desafio da efetivação do direito à saúde	32
3.1.1 O Mínimo Existencial e a Reserva Do Possível	35
4. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	39
4.1. Discussões em torno da “judicialização” da saúde	41
4.1.1 Os fatores que perfazem a judicialização	43
4.1.2 A Judicialização da Assistência Farmacêutica: o acesso aos medicamentos não disponibilizados pelo SUS.....	46
4.1.3 A ANVISA	48
4.1.4 O Provimento de Medicamentos Essenciais.....	51
4.1.4.1 E quando o medicamento não está contido na RENAME?	53
4.2 Os números da judicialização	54
4.2.1 Os Tribunais Superiores frente aos números da Judicialização	57
4.2.2 O governo frente aos números da judicialização.....	62
4.3 Afinal: a judicialização é boa ou má?	63
5. CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Garantir direitos fundamentais sociais não é um processo simplificado, pelo contrário, é uma atividade complexa e extensa. O início dessa garantia está na atividade do Poder Legislativo, que confere ao legislador o compromisso de editar normas com feições de garantias. Então, a partir do momento que o legislador edita as normas, elas já permeiam instantaneamente o seio social? Estar no texto constitucional é estar, necessariamente, com o povo? Não! A atividade legislativa é o primeiro crepito, o primeiro sopro! Com isso não se quer desmerecer esse primeiro momento, mas apenas sustentar a ideia de que os direitos fundamentais não se perfazem completamente por intermédio apenas daquela atividade.

Após serem positivados no texto constitucional, os direitos fundamentais sociais precisam saltar do papel, incidindo sobre àqueles a quem deve resguardar: os seres humanos. E como tais direitos alçam os que necessitam de sua eficácia e proteção? Bem se sabe que é por meio de políticas públicas eficientes e oportunas implementadas pelo Poder Executivo, contudo, essas políticas não ocorrem de maneira pertinente na prática e não raramente ouve-se, lê-se e pensa-se “no Brasil nada funciona”.

Essa improficuidade atinge as políticas públicas mais elementares, como a prestação do direito à saúde, tema sobre o qual se debruçará a presente monografia. Ainda nesse contexto, cabe salientar que efetivar o direito à saúde a todos os usuários é uma atividade bastante onerosa e, apoiado nessa justificativa, o Estado constantemente alega não haver recursos suficientes destinados a esse fim, já que um grande número de pessoas se utiliza do serviço, e, de fato, existem necessidades infinitas a serem custeados por um orçamento limitado e, conseqüentemente, finito.

A saúde recebeu diversas acepções ao longo da história brasileira do ponto de vista político, social e jurídico. Até se consubstanciar enquanto direito na Constituição de 1988, podendo assim ser considerada como assunto típico de Estado relativamente novo, uma vez que nossa primeira Constituição data de 1824, época do Brasil Imperial, e apenas na Constituição de 1988, longos 164 anos depois, a saúde tomou forma de direito fundamental.

É nesse cenário de constitucionalização e fundamentalização tardia do direito à saúde e da adoção de políticas públicas ainda muito superficiais, que se observa o exponencial crescimento do papel Poder Judiciário na efetivação de tal direito. Essa atividade recebe a denominação de “judicialização” da saúde e teve início na década de 90, com as

reivindicações das pessoas vivendo com HIV/Aids para receber medicamentos e realizar procedimentos médicos por intermédio do poder público.

Mesmo tendo havido alguns avanços, a exemplo da instituição da Lei nº 8.080/1990, que disciplina vários segmentos da saúde, inclusive a política de distribuição de medicamentos, ainda hoje é tangível a omissão estatal para com o sistema de saúde pública, cujas falhas são perceptíveis em suas principais ações: faltam médicos, faltam medicamentos, faltam leitos nos hospitais e a espera por uma consulta, exame, ou por uma cirurgia pode durar meses, senão anos!

Uma das particularidades da assistência médica que mais tem sido impactada por ações judiciais é a assistência farmacêutica, pelo fato da garantia do acesso a medicamentos não ser totalmente disponível nos serviços públicos, a atuação do Judiciário torna-se a via de acesso daqueles que necessitam com urgência da garantia do direito à saúde, por meio da aquisição de medicamentos.

Assim, pode-se inferir, que quanto maior for a amplitude das omissões estatais para com o direito à saúde, maior será a atuação do Poder Judiciário para garantir a concretização do bem jurídico mais primordial tutelado: a vida! E em momentos tão obscuros, como o da ausência de saúde.

Devido ao crescimento exponencial do número de processos com vistas a auferir medicamentos, faz-se mister ressaltar que essa atividade necessita estar adstrita a critérios e paradigmas que façam jus a intervenção judicial na seara das políticas públicas de saúde, uma vez que a judicialização indiscriminada acaba por acarretar ainda mais desigualdades.

Tendo em vista tal conjuntura, esse trabalho busca dar resposta ao seguinte questionamento: quais critérios deveriam orientar a judicialização responsável em matéria de fornecimento de medicamentos?

Para trazer resolução ao questionamento supra, é necessário que se faça uma construção metodológica, e para tanto, utilizou-se do método dedutivo de abordagem, dos métodos lógico-sistemático, histórico e hermenêutico de procedimento e ainda da análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária, além de pesquisas em artigos, revistas, periódicos e monografias, tendo como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica, fez-se emprego de tais técnicas com o escopo de elencar e trazer explicações sobre as particularidades contidas na judicialização da prestação da assistência farmacêutica, como meio efetivador do direito à saúde.

Com vistas ao exposto, percebe-se que o Judiciário ocupa destacada atribuição na efetivação dos direitos sociais, especialmente na efetivação do direito à saúde. A

judicialização quando realizada de forma responsável é instrumento hábil para garantir direitos, vislumbrando a necessidade de se estabelecer um padrão de assistência e/ou pressupostos para o acesso a medicamentos na assistência pública, conduz à equidade e integralidade no acesso ao direito à saúde, dando forma ao que está previsto na Constituição.

Nesse contexto, intenta-se por meio do presente trabalho, abordar perspectivas com vistas a equilibrar tais demandas no tênue limite entre as necessidades e os excessos, a fim de aproximar a premissa de um posicionamento judicial responsável e efetivador de direitos constitucionalmente garantidos, sem afrontar o direito individual, mas, também, sem ofender a isonomia e a estabilidade do coletivo.

2 CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Será abordada no presente estudo, sucintamente, a evolução da construção moderna de Estado, que culminou no modelo do Estado constitucional de direito, caracterizado pela consolidação da força normativa da constituição como carta incorporadora de tangíveis vínculos destinados ao exercício do poder estatal. Esse modelo de Estado, possui uma evolução gradual, resultante de diversos embates ideológicos até que se perfizesse a sua configuração atual. Portanto, para a melhor percepção do atual modelo é necessário que se faça um encadeamento de fatores históricos e jurídicos na evolução do conceito de Estado de direito.

Como marco de disseminação de ideais constitucionais, tomar-se-á a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, pois este foi o primeiro movimento a defender com clareza os sustentáculos do constitucionalismo, quais sejam: o Estado de Direito, a separação dos poderes e a garantia de direitos aos cidadãos. A *rationalization du pouvoir*¹ deu solidez aos pilares do constitucionalismo moderno.

Ao defender ideais como “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, a Revolução foi fonte inspiradora para a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão² de 1789, instrumento primordial para o desenvolvimento da consciência da luta por direitos por parte dos cidadãos, pois definia os direitos individuais e coletivos dos homens como universais.³ Inclusive servindo como preâmbulo da primeira Constituição escrita da Europa, a Francesa de 1791.

Vale destacar, que antes da Revolução Francesa, a *Magna Charta Libertatum* já havia sido assinada pelo Rei Inglês João Sem Terra em 1215, com o objetivo de limitar o poder dos reis ingleses, inclusive o de tributar, e dar algumas garantias quanto à terra aos senhores feudais. O *Bill of Rights*, também assinado na Inglaterra, em 1688/1689, previa direitos e garantias para mais cidadãos e não apenas para uma classe deles, como a Carta de 1215. Também foi esse documento que estabeleceu a supremacia do Parlamento Inglês, que divide a tarefa de governar o Reino Unido com o Monarca. Apesar da relevância de tais diplomas, os

¹A expressão que quer dizer “a racionalização do povo” era constantemente citada pelos filósofos que defendiam a Revolução. Sobre o tema escreve Santi Romano em: ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1977.

²BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-à-criação-da-sociedade-das-nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

³COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva 2015, p. 107-120.

ideais não eram muito próximos do que conhecemos hoje por Constituição, e por isso, alguns autores consideram a Constituição Americana, que foi escrita mais de quinhentos anos depois, em 1787, como a primeira Constituição escrita com ideais congruentes com os atuais.

Antes disso, até meados do século XVIII, não havia um único documento escrito que normatizasse a convivência em sociedade, até então baseada nos costumes, hábitos, tradições e em alguns documentos e leis esparsas.

Sumariamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição Americana, lançaram as primeiras sementes dos direitos fundamentais de primeira dimensão, quais sejam: os civis e políticos.

2.1 Direitos Fundamentais no Estado Liberal De Direito: A Primeira Dimensão

As teorias liberais clássicas surgiram a partir do século XVII influenciadas pelo iluminismo europeu e revoluções burguesas, opondo-se às formas de Estado de matriz absolutista. Tais teorias concebiam como ideais a representatividade das instituições e a autonomia da sociedade civil, do espaço econômico e cultural frente ao Estado. A premissa básica do Estado liberal seria a garantia dos direitos do indivíduo contra o autoritarismo político e, para lograr esta finalidade, exigiria certa forma de representação política.⁴

O Estado Liberal consagra os direitos de primeira dimensão, de vertente individualista, pois entende que o indivíduo tem prioridade sobre o coletivo⁵, logo, nutria o propósito da proteção do indivíduo contra o poder do Estado. Aqui os súditos foram reconhecidos como cidadãos e o Estado não mais podia interferir em questões particulares de suas vidas. Em suma, os liberais opuseram-se ao conservadorismo tradicional e procuraram substituir o governo absolutista pela democracia representativa e pelo Estado de direito.

Porém, os compromissos liberais tornaram-se vãs promessas, ao ponto que só alcançaram às elites, não acompanhando as recorrentes lutas populares, que ansiavam por mais voz, garantias e liberdades, tendo em vista que diversos fatores, a exemplo da ascensão da industrialização, o aumento da classe operária, além da criação de sindicatos e do pós I Guerra Mundial, acirraram as desigualdades sociais.

A liberdade conquistada pelo Liberalismo, estava, paradoxalmente, aprisionando o indivíduo. Nos dizeres de Sahid Maluf:

eram anti-humanos os conceitos liberais de igualdade e liberdade. Era como se o Estado reunisse num vasto anfiteatro lobos e cordeiros, declarando-os livres e iguais perante a lei, e propondo-se a dirigir a luta como árbitro, completamente neutro⁶.

Desse modo, o homem carecia que o Estado interviesse perante os embargos que se opunham à verdadeira liberdade⁷, a exemplo dos percalços socioeconômicos decorrentes do método liberal. Quanto à economia, se fundamentava na delegação da capacidade de autogestão do mercado, sem qualquer interferência por partes dos governantes, a ideia

⁴BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I** Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1^a ed., 1998. Vol. 1: 674 p. (total: 1.330 p.) Vários Colaboradores. Obra em 2v, p. 56.

⁵ POPPER, Karl. **A Sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 3^a Ed., 1998, p. 87

⁶ MALUF, Sahid. **Teoria Geral Do Estado**, São Paulo: Saraiva, 33^a Edição, 2017, p 120

⁷ BILLOT, Louis. **El Error del Liberalismo**. Argentina: Cruz e Fierro Editores, p. 38.

central era a defesa da emancipação econômica, sem que qualquer dogma externo a ela viesse a interferir.⁸

Aqui já não se buscava a liberdade escrita na lei, e sim uma liberdade efetiva, que transpassasse do legal para a convivência entre os povos. Por estes motivos o Estado Liberal, presente nas constituições burguesas, não acompanhou a evolução social e entrou em crise no século seguinte, pois os ideais de racionalização da sociedade fracassaram. Além disso, as liberdades conquistadas ficaram restritas àqueles que detinham posses econômicas consideráveis para delas gozar e esta abundância de recursos financeiros estava concentrada numa parte muito ínfima da população.

⁸ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982, p. 137

2.2 Direitos Fundamentais no estado Social de Direito: A Segunda Dimensão

Como exposto alhures, a população buscava por uma igualdade fática, que se consubstanciaria com a implantação do Estado Social:

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso a prestações positivas; a promover meios, se necessários, para concretizar comando normativos de isonomia⁹

Aqui, o Estado não mais assistia às relações sociais como um terceiro imparcial, pelo contrário, pois para a efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão denominados também de direitos positivos, fez-se necessário uma conduta material do Estado asseverando a sua presença nas relações intersubjetivas sociais.

Pablo Lucas Verdu leciona:

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.¹⁰

Também o Ministro Celso de Mello:

Sob essa perspectiva, a chamada liberdade-autonomia, que impõe ao Estado um dever de abstenção na esfera de atuação dos indivíduos, nenhuma importância passaria a ter se o Estado, previamente, se não criasse condições materiais adequadas que satisfizessem as necessidades vitais de indivíduo, como o direito à alimentação, o direito à habitação, o direito à saúde, o direito à educação, o direito ao lazer, etc. Impunha-se ao Estado, portanto, cumprir, em favor das pessoas, uma série de encargos, prestações ou deveres, que, adimplidos, tornariam possível, então, o gozo das chamadas liberdades clássicas.

Processou-se, daí, uma evolução jurídico-política na própria concepção de Estado. Do Estado Liberal evoluiu-se para o Estado Social, caracterizando-se este por sua ação interventiva na ordem econômica e social. De simples espectador da cena sócio-econômica, o Estado passou a ser um de seus mais importantes protagonistas. (STF. Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 319-4, DJU 10.03.1993).

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1980, p. 343.

¹⁰ VERDU, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonha. Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 94.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais refere-se às prestações positivas sociais, ou seja: há reclamações pela prestação de serviços estatais que visem a erradicar ou reduzir as desigualdades sociais, favorecendo o processar-se da aclamada justiça social, para que seja materializada a igualdade formal, prevista desde o sistema liberal.

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funciona como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.¹¹

Garantir dignidade à pessoa humana era a máxima do Estado Social. “A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana”.¹² A dignidade, que não se adquire por si só, é auferida pela efetivação dos demais direitos sociais, a exemplo do direito à saúde, sobre o qual se debruçará o presente trabalho.

As prestações positivas exigidas pela população visavam à efetividade das liberdades pleiteadas pela primeira dimensão dos direitos fundamentais, posto que sem qualidade de vida, educação, saúde e igualdade fática ocorreria desqualificação dos direitos fundamentais consagrados anteriormente.

O filósofo e economista inglês John Maynard Keynes é autor de proposições que fundamentaram o Estado Social. Ele propunha uma nova organização político-econômica que defendia a intervenção do Estado como agente imperioso à economia. Para Keynes, o Estado tinha o dever de conceder benefícios sociais com vistas a conferir um padrão mínimo de vida à população.¹³

Apesar de trazer uma gama de garantias, o Estado Social enfrentou entraves na concretização das mesmas, sobretudo pela carência de recursos financeiros, uma vez que prestar garantias exige o dispêndio estatal. Além disso, no período de vigência do Estado Social ocorreu a II Guerra Mundial, a qual, bem se sabe, foi marcada por regimes totalitários, a exemplo do nazismo e do fascismo, que deixaram os direitos fundamentais sociais em

¹¹ LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51 e 52.

¹² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 248.

¹³ ANDRADE, Rogério. A Agenda do Keynesianismo Filosófico: Origens e Perspectivas. **Revista de Economia Política**, vol. 20, nº 2 (78), abril/junho 2000, p. 91

segundo plano, na verdade, tiraram-nos de cena. Estima-se que foram mortas, no período da II Guerra, entre 40 e 70 milhões de pessoas, sendo ela considerada o conflito armado que mais matou pessoas na história da humanidade.¹⁴

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a então recém nascida, Organização das Nações Unidas (ONU), se viu no dever de firmar um diploma com vistas a tutelar os direitos humanos entendidos como básicos e primários dando resposta às atrocidades ocorridas no período, e de tal preocupação, resultou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), fruto da ideologia propagada pelo Estado Social.

A crise nesse modelo de Estado assenta-se, principalmente, na falta de equilíbrio entre as despesas sociais, que se expandiram consideravelmente, e o declínio da produção, o que culminou na redução na capacidade do Estado de manter os direitos sociais, assim como de manter a si próprio. O aumento do déficit público provocou instabilidade econômica, inflação, instabilidade social, reduzindo os objetivos do Estado Social a uma doutrina que assim como o Estado Liberal, não conseguiu se manter.

Cumprir registrar que a primeira Constituição a institucionalizar os direitos sociais foi a do México de 1917, contudo foi na Alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, que eles foram sistematizados. Ao garantir tanto liberdades públicas como prerrogativas de caráter social, a Constituição de Weimar tornou-se o mais notável diploma da época, inspirando textos constitucionais por todo o mundo, inclusive no Brasil, que em 16 de julho de 1934 promulgaria a primeira Constituição a reconhecer os direitos sociais, na época do governo de Getúlio Vargas.

¹⁴SUPER INTERESSANTE. **Os 12 conflitos armados que mais mataram pessoas**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/blog/superlistas/os-12-conflitos-armados-que-mais-mataram-pessoas/>>. Acesso em: 25 abr. 2018

2.3 Direitos Fundamentais no Estado Constitucional de Direito: A Terceira Dimensão

O pós Segunda Guerra causou várias tensões ao redor do mundo, devido às diversas instabilidades que a destruição em massa provocou. Todas as partes do globo debatiam formas de deixar aquele infortúnio no passado. O mundo ansiava pela consecução da fraternidade entre os povos, de modo que os conflitos futuros viessem a ser dirimidos por meio da cooperação.

Nesse contexto, o constitucionalismo do pós-guerra desenvolveu um processo de democratização, trazendo consigo um amadurecimento das ideias de Estado Constitucional de Direito – evidenciando-se a Constituição Alemã de 1949; a implementação do Tribunal Constitucional Federal a partir de 1951; e a Constituição Italiana de 1947 - e, principalmente, a necessidade da efetivação dos direitos fundamentais mutilados pelos regimes totalitaristas¹⁵

Dessa maneira, a Constituição é colocada em evidência, pois foi vislumbrada como o diploma legal que imporia limitações aos legisladores e aos gestores, assim como aquele que traz e determina os deveres de atuação de cada poder: executivo, legislativo e judiciário, com o intuito de suprimir as desigualdades e fazer prevalecer à justiça em todos os âmbitos. Hoje esta ideia pode até parecer simples, mas não se pode olvidar que, nas palavras de Ferrajoli,¹⁶ “até 50 anos atrás, não existia no senso comum dos juristas, a ideia de uma lei sobre as leis e de um direito sobre o direito”.

Já no preâmbulo¹⁷ da Constituição Federal de 1988¹⁸ vê-se que o Brasil se assenta num Estado Democrático de Direito, assim como em seu primeiro artigo, que inaugurara o corpo constitucional propriamente dito. E esta não é uma norma programática, que “são aquelas que traçam princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais, visando à realização dos fins

¹⁵TORRES, Raissa Brindeiro Araújo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. A Expansão Do Papel Do Judiciário através Do Uso Da Interpretação Constitucional: O Ativismo Judicial. **Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico** | e-ISSN: 2525-9601. Minas Gerais v. 1 n. 2, p. 280 Jul/Dez. 2015.

¹⁶FERRAJOLI, Luigi. **O estado de direito entre o passado e o futuro**. Apud COSTA, Piero; ZOLO, Danilo. **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁷ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

¹⁸ Sétima a reger o Brasil desde a sua Independência.

sociais do Estado”.¹⁹ Ou seja, não é uma promessa de organização do Estado, é propriamente a fundação.

A Carta Constitucional Brasileira celebra o princípio da separação de poderes,²⁰ que é um dos sustentáculos do movimento constitucionalista, um dos cânones do Estado moderno, não sendo fruto do acaso que a Declaração de Direitos da Virgínia de 1786, a Constituição dos Estados Unidos de 1787, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²¹ e a Constituição Francesa de 1848 positivaram tal princípio em seus respectivos textos. A Constituição Federal de 1988, não se contrapondo a esse legado, consagrou o princípio em seu artigo 2º e o enalteceu, dando-lhe o status de cláusula pétrea, que consoante glossário disponível no site do Senado Federal é:

Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.²²

E para Maria Elizabete da Rocha:

As cláusulas pétreas são formulações jurídicas destinadas a evitar a destruição ou a radical alteração da ordem constitucional. Constituem, pois, normas de controle, que permitem aferir a compatibilidade da revisão constitucional. Busca-se evitar o desmantelamento da ordem constitucional, bem como preservar a credibilidade histórica da Lex Magna do aviltamento de uma reforma excessiva²³

Logo, aventar o dispositivo como cláusula pétrea equivale a blindá-lo contra reformas constitucionais levianas, que poderiam depreciar uma norma de tão distinto valor para as sociedades do ocidente. Sublinhe-se que a separação dos poderes exerceu fundamental posição de antagonismo aos monarcas e seus abusos, que caracterizava o Absolutismo, portanto, desse princípio da separação dos poderes desenvolvido por Montesquieu se depreende a essencialidade da preservação do Estado de Direito. Além disso, a separação dos poderes, por si só, sagra outros preceitos, a exemplo dos direitos e garantias individuais, concretizadores da dignidade da pessoa humana.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 138

²⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **Do Espírito Das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Regina Mrachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 59

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo. Saraiva. p. 220

²² SENADO FEDERAL. **Glossário Legislativo**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>. Acesso em: 25 Abr. 2018.

²³ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **O Controle de Constitucionalidade e o Exercício do Poder reformador no Brasil**. Disponível em < www.planalto.gov.br >. Acesso em 25 abr. 2018.

Conforme entendimento do professor Canotilho, “O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes”, afinal, “Estado de direito é um Estado ou forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito”, em que a segurança jurídica do cidadão se torna mais evidente, em termos de direitos individuais.²⁴

O constitucionalismo, tal como se conhece, tem por finalidade basilar assegurar os direitos fundamentais contra os abusos de poder, inclusive é o que prescreve o artigo 16 da Declaração de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida à separação dos poderes não tem Constituição”.²⁵ Tal luta para dar efetividade aos direitos fundamentais persiste ainda hoje: o Estado, que tem o dever de efetivar os direitos sociais e a constituição como um todo, não raras vezes, se mostra como potencial violador dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere às atividades do Executivo e do Legislativo, por este motivo, o direito constitucional esforça-se com o intuito de criar barreiras que impeçam essas violações.

Desse escrito se depreende que a supremacia da Constituição é também a supremacia dos direitos fundamentais, e que estes são os pilares do Estado Constitucional, culminado num modelo estatal baseado na força normativa dos princípios e na consolidação de uma justiça substancial.²⁶ Em decorrência dessa afirmação de normatividade da constituição, a relação entre o poder político e o direito teve um novo enfoque: a transição do Estado legislativo para o Estado constitucional. Havia a predominância do Poder Legislativo, pela existência da ideia de que a produção de normas legislativas eram consideradas suficientes para assegurar um rol mínimo de direitos aos indivíduos por si só. Esta transição confere ao Judiciário a incumbência de coibir arbitrariedades do Poder Legislativo, assegurando, deste modo, a constituição e a unidade do ordenamento jurídico:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil – partidos – representação – formação

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito. Cadernos Democráticos**. 1ª ed. Publicação/Produção. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 09-11.

²⁵ BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-à-criação-da-sociedade-das-nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

²⁶ Conforme pensado pelas teorias pós-positivistas que sustentam o Neoconstitucionalismo, que caracteriza um novo modelo teórico surgido a partir da segunda metade do século XX, no pós II Guerra, que se baseia na superação das idéias que marcam o positivismo jurídico puro, implicando num enlace entre direito e moral. Ou seja, aplicar as leis puramente pode gerar injustiças, cabe averiguar cada caso *in concreto* para a mais adequada subsunção do fato a norma.

da vontade majoritária”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas –, em um tipo de manifestação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria o seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo²⁷

Tal poder exerce relevante encargo no sentido de assegurar proteção para os dispositivos constitucionais, velando por sua concretização. Uma vez que a independência de seus membros, tem por finalidade promover um julgamento imparcial e vinculado à aplicação do Direito, porquanto desvinculado da política. Essa independência do judiciário constitui uma forma viável de preservar os direitos individuais contra abusos ou omissões provenientes do próprio Estado e, eventualmente, contra particulares.

No que concerne ao direito à saúde, objeto do presente trabalho, que é direito fundamental social, é latente a omissão estatal, pois o sistema de saúde pública que tem a pretensão de atender a todos os brasileiros, sem distinção, apresenta falhas em suas principais ações: faltam médicos, faltam medicamentos, faltam leitos nos hospitais, a espera por uma consulta, exame, ou por uma cirurgia pode durar meses, senão anos!²⁸

Assim pode-se inferir, quanto maior for a amplitude das omissões estatais aos direitos fundamentais, maior será a atuação da Poder Judiciário para garantir a sua concretização, o que legitima e direciona a expansão da atuação do Judiciário.

[...] zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).²⁹

Visto isso, pode-se inferir que umas das grandes conquistas da modernidade é a consagração do modelo democrático como regime político dominante nas sociedades, “De

²⁷VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-23. Disponível em: <http://a-ponte-aponte.blogspot.com.br/2007/10/o-terceiro-gigante.html> Acesso em 24 de abril de 2018

²⁸JORNAL CRUZEIRO. **Pacientes esperam por mais de 2 anos por consulta com especialista**. Disponível em: <https://www.jornalcruzeiro.com.br/materia/759800/pacientes-esperam-por-mais-de-2-anos-por-consulta-com-especialista>

²⁹CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Apud. SCHULMAN, Gabriel. **Jurisdição Constitucional e Democracia na Constituição Brasileira: entre o Ativismo Judicial e a Auto-Contenção**, p. 25

facto, com a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático”.³⁰

Levando em conta que a legitimidade desse regime reside na autoridade do povo e na consagração dos direitos das maiorias e minorias, sendo o próprio regime meio de consecução de valores essenciais à preservação da existência humana e fundado na supremacia popular, na preservação da liberdade e na igualdade de direitos, construindo um paradigma de implantação de políticas públicas arrimador de uma ordem democrática, cujos valores percorrem um núcleo fundamental, que é a dignidade da pessoa humana.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 210

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Feitas estas breves considerações em torno do Estado Constitucional de Direito, assim como sobre a evolução do constitucionalismo, este capítulo deter-se-á a tratar sobre a saúde como direito fundamental do indivíduo, indispensável para a consecução do princípio da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é considerada um atributo inerente a todo ser humano, é uma qualidade particular. Rotulá-la como apenas um direito positivado pelo ordenamento jurídico é o mesmo que desprestigiar todo o contexto e lutas históricas que a envolvem. Assim, para corroborar com os argumentos supra, cite-se o jurista José Afonso da Silva, que traz em sua obra que a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.³¹

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é a:

Qualidade intrínseca de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra o todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³²

Dando relevo à concepção kantiana sobre a dignidade,³³ como atributo intrínseco e indissociável ao ser humano, Ingo Wolfgang Sarlet dá passos largos na seara jurídica, alegando ser plenamente viável a efetivação pelos órgãos jurisdicionais da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana em caso de violação desta.

³¹SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998

³²SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 35.

³³Na filosofia de Kant, a dignidade é o valor de que reveste tudo aquilo que não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que possuem autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 52.

Constitui a dignidade máxima universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, pela sua humana condição, apresentam a mesma dignidade.³⁴ Nesse raciocínio, é notável que a agregação de direitos existenciais que compõem a dignidade pertence aos homens em igual proporção.

Robert Alexy afirma que o princípio³⁵ da dignidade da pessoa humana, de forma semelhante aos demais princípios, comporta graus de realização, e que o fato de preceder os demais princípios não lhe confere caráter absoluto.³⁶ Vale ressaltar que a ideia desse autor faz parte da corrente minoritária sobre a relatividade axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar o exposto, constata-se que Daniel Sarmiento ao tratar do assunto, assume posição discordante da de Alexy:

nenhuma ponderação de bens pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem³⁷

À luz da visão jurídico-formal, o princípio da dignidade da pessoa humana tem caráter absoluto, pois é norteador das demais regras e princípios constitucionais. Nessa perspectiva, a problemática está, sobremaneira em sua ineficiência objetiva, que se estampa, por conseguinte, na esfera político-social que se põe o Brasil atualmente.

Sujeitando-se ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o texto Constitucional Brasileiro, em seu artigo 196 traz a saúde como “direito de todos e dever do Estado”. A redação do artigo em tela exprime o compromisso por parte do Estado de assegurar a todos os cidadãos o irrestrito direito à saúde. Essa garantia, em conformidade com o sentido objetivo do artigo, será efetivada “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”.

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**, 2002, p. 8.

³⁵ Alexy conceitua os princípios como “mandados de otimização”, que fazem parte da deontologia, ou seja, fazem parte do que é obrigatório. Se vê, portanto, que os princípios são tratados aqui como categoria deontológica, e não axiológica ou antropológica. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 90

³⁷ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.76.

De forma análoga, dispõe a Lei nº 8.080/90, que trata das condições para a proteção, promoção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes, em seu artigo 2º, caput: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

A saúde pode, então, ser considerada como genuíno direito fundamental social, tão logo a inobservância ao direito a saúde é também a inobservância ao Princípio da Dignidade Humana, cujos conceitos estão entrelaçados, assim com traz um fragmento da definição de saúde oferecido pela OMS³⁸ “completo estado de bem-estar físico, mental e social do homem, sem o qual não se imagina possível uma vida digna.” Assim, sem saúde o ser humano torna-se indigno e infeliz. Ora, como ser feliz mediante a gama de restrições e os incontáveis limites que a falta de saúde impõe? Lênio Streck alerta em sua hermenêutica, que se revela como obra extrema importância para o tema:

Do mesmo modo, percebemos a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os tem³⁹

Aristóteles já afirmava ser obrigação do Estado garantir uma boa qualidade de vida, sinônimo de felicidade, da qual só não participavam os escravos e os animais, privados da liberdade de escolha.⁴⁰

Afirmar que o direito à saúde é um direito fundamental significa, acima de tudo, que ele vincula os Poderes Públicos, obrigando o Estado a fazer tudo que estiver ao seu alcance para promover integralmente o direito à saúde.⁴¹ Além disso, os direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, foram considerados cláusulas pétreas, como já exposto, dispositivos que não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda.

³⁸ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **O que é saúde?** Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em : 18 de Abr. 2018

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 310

⁴⁰ ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 69

⁴¹RIOS, Roger Raupp. **O Direito Fundamental à Saúde e a Atividade Legislativa**. In: **Direito Sanitário em Perspectiva**. Org. Sandra Mara Campos Alves, Maria Célia Delduque, Nicolau Dino Neto. Brasília: Fiocruz, 2013, p. 171.

Além do artigo 196 da Constituição Federal, há outros que também tratam e abrangem o tema do direito a saúde, dentre eles o artigo 6º, que é responsável por conceber a saúde como um direito fundamental social, tal qual a educação, a moradia, dentre outros, *in verbis*

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

Cumprir inferir que as normas constitucionais atinentes aos direitos sociais são tidas como programáticas, segundo Paulo Roberto Lyrio Pimenta, as quais:

podem ser definidas, de maneira sintética, como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir⁴²

A matéria “saúde” não era de todo estranha ao que vigorava no Direito Constitucional Brasileiro antes de 88⁴³, pois a União possuía competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde, mas essa menção à saúde objetivava a organização administrativa e a prevenção e combate às endemias e epidemias, não vislumbrando a saúde como um direito.

Atualmente a concepção de direito à saúde está intrinsecamente relacionada ao cidadão e não meramente a organização administrativa. Como escreve José Afonso da Silva: “Agora é diferente, trata-se de direito do homem”.⁴⁴ A Constituição em seu artigo 5º dá aplicabilidade imediata às regras que tratam dos direitos humanos fundamentais, que por estarem relacionados à Dignidade da Pessoa Humana, elevada a qualidade de Princípio, tem eficácia plena e irrestrita.⁴⁵ Verifica-se que todos os direitos sociais previstos no Capítulo II do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscam proporcionar

⁴²PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999. P. 173

⁴³Segundo Luís Roberto Barroso, a trajetória da saúde pública no Brasil tem início no século XIX, com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil. Neste período, o objeto albergado pela saúde pública era ainda muito incipiente, limitando-se a ações de combate à lepra, à peste e a algum combate sanitário. BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁴⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 308-309.

⁴⁵ALEXYS, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Colección El Derecho y la Justicia.v.17. Enero-Abril. 1994. P. 83 – 90.

a dignidade no cotidiano dos jurisdicionados. “Essa relação com o princípio da dignidade da pessoa humana justifica a caracterização dos direitos sociais como fundamentais”.⁴⁶

Logo, estes direitos devem ser executados instantaneamente, já que derivam da própria constituição, configurando norma pronta e autossuficiente, vinculando os Poderes Públicos, e também as entidades públicas e privadas.

O princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua autossuficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos os deveres dos juizes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa⁴⁷

Dessa forma, conclui-se que o direito fundamental social à saúde abrange um conceito amplo e complexo em que constam âmbitos variados que se relacionam para um único fim, demonstrando-se como um notório e essencial valor intimamente entrelaçado ao maior bem jurídico protegido pelo direito, o direito à vida.

⁴⁶MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Revista Virtual da AGU, Ano XI, nº 116, setembro de 2011, disponível em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁴⁷CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Kumen Juris, 2005, p. 132-133.

3.1 O desafio da efetivação do direito à saúde

Como exposto, a partir da vigência da Constituição de 1988, observaram-se avanços essenciais no plano das liberdades individuais, civis e políticas. Contudo, ao mesmo tempo do avanço, verificou-se um grande afastamento quanto à garantia dos direitos sociais básicos. Uma vez que o Estado não promove a devida prestação material e assistencial, aquilo que está positivado na Constituição inerente à dignidade da pessoa humana e ao direito a saúde, torna-se apenas um texto destituído de qualquer conotação jurídica, e o direito à saúde, que é direito social subjetivo, acaba por ser maculado devido aos grandes fardos de burocracia e ineficiência, ficando significativa parte da população desassistida em algo tão essencial ao ser humano.

É nesse cenário que, ainda hoje, subsiste a desarmonia entre as normas constitucionais que tratam sobre direitos sociais de conteúdo jurídico-propositivo⁴⁸ e a realidade. Nesta controvérsia se apóia um dos maiores desafios do Estado democrático de Direito: a ausência de efetividade dos preceitos da Constituição garantidores dos direitos sociais.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados⁴⁹

Instalou-se uma cultura de *pseudogarantia* constitucional, resultando que a invocação da regra ou do princípio extraído da Carta Magna, enseja, muitas vezes, nenhuma consequência jurídica prática. A falta de efetividade é decorrente do não-reconhecimento de uma suficiente densidade normativa. Esse não reconhecimento faz com que se perpetuem situações de injustiça social, que faz perceber que o direito não vem sendo operado para suprimir ou corrigir injustiças de maneira concreta.

Segundo Luís Roberto Barroso em nenhuma esfera jurídica é tão grande o abismo entre a validade e a vigência do direito como na competência constitucional. O autor ainda traz algumas das causas geradoras dessa distância entre validade e vigência:

⁴⁸ Normas programáticas

⁴⁹BOBBIO, Norberto, 1909- **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão, p. 16

Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por chocar-se com o interesse político. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes.⁵⁰

A garantia da proteção jurídica implica uma atuação positiva dos órgãos dos poderes públicos, necessitando que tanto as leis como as políticas públicas venham a contemplá-los.

[...] o Estado moderno tem que ser capaz de identificar as diferenças e singularidades dos cidadãos, promover justiça social e corrigir as disparidades econômicas, dando condições de igualdade (de oportunidades) aos cidadãos, o que será realizado mediante a concretização dos direitos sociais.⁵¹

Como abordado acima, a efetivação dos direitos constitucionais de segunda dimensão, reconhecidos como direitos fundamentais, exige a realização de prestações positivas do próprio Estado, traduzidas, em políticas públicas, que exigem comprometimento financeiro-orçamentário, dispêndio de capital e investimentos básicos em projetos que vislumbrem a coletividade. Logo, o Estado tem o dever de garantir o mínimo necessário para manter a saúde de todos os usuários, mas, em contrapartida alega não haver recursos suficientes⁵² destinados a esse fim, já que um grande número de pessoas se utiliza do serviço: são necessidades infinitas a serem custeados por um orçamento finito.

Contudo, conforme notícia veiculada em 23 de maio de 2018 no UOL Notícias,⁵³ nem mesmo os recursos que governo compromete para serem empregados na saúde, vem sendo totalmente utilizados. Muitas despesas prometidas pelo governo a cada ano não são adimplidas.⁵⁴ A essa prática dá-se o nome de “restos a pagar”, que é a dívida do Ministério da Saúde para com o SUS e já soma 20,9 bilhões de reais entre os anos de 2013 a 2017.

⁵⁰BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 61.

⁵¹ REISSINGER, Simone. *Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf. Acesso: 18 abr. 2018.

⁵² Os percentuais de investimento financeiro dos municípios, estados e União no SUS são definidos atualmente pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, resultante da sanção presidencial da Emenda Constitucional 29. Por esta lei, municípios e Distrito Federal devem aplicar anualmente, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos em ações e serviços públicos de saúde cabendo aos estados 12%. No caso da União, o montante aplicado deve corresponder ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido do percentual relativo à variação do Produto Interno Bruto (PIB) do ano antecedente ao da lei orçamentária anual. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/financiamento> Acesso em 09 mai. de 2018

⁵³UOL. *Governo deve R\$ 21 bi ao SUS*. - Disponível em: <https://www.uol.com.br/noticias/especiais/divida-do-governo-federal-com-o-sus-dispara-e-bate-r-209-bilhoes.htm>? Acesso em: 23 mai. 2018.

⁵⁴ Ao realizar um contrato com uma empresa, o governo já deve deixar o valor de adimpli-lo reservado, efetuando o pagamento quando da execução do serviço.

Diversas discussões permeiam essa não aplicação adequada dos recursos destinados à saúde, uma vez que são realizadas projeções para receitas e despesas, que podem ou não corresponder ao previsto pelo governo.

Para que se verifique se os recursos estão sendo empregados de maneira viável, é necessário que haja uma fiscalização dos órgãos incumbidos por fazê-la,⁵⁵ uma vez que se não houver a chancela do Parlamento, a prática poderá, inclusive, ser caracterizada como crime fiscal.⁵⁶

Enquanto isso, vários segmentos se viram desassistidos, dentre eles a assistência farmacêutica, tema que será melhor desenvolvido adiante.

⁵⁵O Poder Legislativo da União, Estados e Municípios, os Tribunais de Contas da União e dos Estados e o próprio Ministério Público são órgãos com poder-dever de exercer fiscalização quanto a aplicação do erário público.

⁵⁶São operações atípicas realizadas pelo Tesouro Nacional, não previstas na legislação, utilizadas para maquiar o resultado das contas públicas, consistindo em atrasar o repasse de verba, apresentando melhores indicadores econômicos ao mercado financeiro.

3.1.1 O Mínimo Existencial e a Reserva Do Possível

Tratar de questões orçamentárias, dispêndio de capital e investimentos equivale a dizer que a efetivação desses direitos implica custos, por isso a necessidade de abordar o problema sob a ótica das Teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. De maneira sucinta pode-se dizer que essas teorias impõem limites aos direitos fundamentais.

Apesar de não estar normatizado na lei, o mínimo existencial está imbuído em vários princípios, especialmente no que se refere ao respeito à Dignidade Humana, posto que como a própria denominação infere, esse princípio tem como objetivo precípua garantir o mínimo necessário à possibilidade de sobrevivência, caso contrário a dignidade da pessoa humana restaria seriamente violada. Conforme leciona Ricardo Lobo Torres:

Há 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. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão⁵⁷

Na visão do autor, o mínimo existencial não é um valor, nem um princípio jurídico, mas sim, uma regra jurídica coincidente com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais:

O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nada obstante está impregnado pelos valores e princípios jurídicos os mais relevantes. O mínimo existencial não é um valor, por não possuir a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores. Mas o mínimo existencial se deixa tocar e imantar permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade. O mínimo existencial também não é princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento. O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação⁵⁸

⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro, In: 29-49 jul/set.1989. p. 29

⁵⁸TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. In: SOUZA NETO, Claudia Pereira de e SARMENTO, Daniel (org). **Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-339

Ingo Sarlet ressalta que o mínimo existencial não diz respeito, estritamente, às condições de sobrevivência física do indivíduo, mas também às condições que preservem a dignidade humana:

Tomando-se o exemplo do direito à educação, poder-se-á sempre afirmar que negar, em face de argumentos como o da ausência de recursos, até mesmo o acesso ao ensino fundamental não chega a comprometer a existência do indivíduo. A resposta a esta indagação, contudo, passa pelo princípio da dignidade humana, que indubitavelmente pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal (...) constitui exigência indeclinável da própria dignidade. Neste sentido, não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência. O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais⁵⁹

É nas declarações internacionais dos direitos humanos que tem sido notado com mais frequência o direito ao mínimo existencial positivado. Assim, está no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle

Uma necessária ponderação é que o direito ao desenvolvimento humano passa a ter grande respaldo para o conteúdo do mínimo existencial, uma vez que diligencia as despesas orçamentárias que se farão imprescindíveis para a garantia da liberdade humana.

o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político-abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.⁶⁰

Ana Paula de Barcellos aponta tais prestações como integrantes do núcleo da dignidade da pessoa humana, necessárias ao mínimo existencial e com plena exigibilidade

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 312-313

⁶⁰ Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1986

judicial: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça, este último, como elemento instrumental.⁶¹

O Supremo Tribunal Federal tem utilizado a ideia do “mínimo existencial” para avaliar a proporcionalidade das condutas ou omissões do Estado consistentes em, sob o argumento da reserva do possível, restringir direitos sociais.⁶²

Tendo sido abordado brevemente sobre o mínimo existencial, é necessário que se faça um recorte sobre a reserva do possível. A construção da teoria da reserva do possível teve origem na Alemanha, a partir da década de 70. A Corte Constitucional Alemã proferiu célebre decisão que assinalou a aplicação da Teoria da Reserva do Possível, conhecida como o *numerus clausus*, dado que discutia a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs.⁶³

Da mesma forma que se submetem ao mínimo existencial, os direitos sociais também necessitam sujeitar-se à cláusula de reserva do financeiramente possível ou reserva do possível, pelo fato de sua efetivação exigir disponibilidade financeira do Estado, os direitos sociais devem ser concretizados pelo Poder Público, mas não indiscriminadamente, os critérios estabelecidos pela reserva do possível devem ser observados.

Como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, é necessário eleger as políticas públicas a serem implementadas, tarefa que deve ser realizada pelos órgãos de representação dos cidadãos. Ou seja, cabe aos governantes e aos parlamentares – discricionariamente – a decisão acerca da disponibilidade dos recursos financeiros do Estado, por meio da escolha das políticas públicas.

Por se tratar de um limite, a cláusula da reserva do possível vem sendo utilizada como cláusula de barreira, com vistas a justificar a ausência estatal. Essa prática não é lícita, pois não pode o Poder Público criar obstáculo artificial para não cumprir as atribuições que a Constituição lhe confere. Assim, cumpre ressaltar que a cláusula da “reserva do possível” – excetuada 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, especialmente quando dessa conduta governamental negativa, puder resultar em lesão aos

⁶¹BARCELLOS, Ana Paula. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11- 15.

⁶²A exemplo da Decisão monocrática proferida pelo Min. Dias Toffoli, no julgamento do RE 491121, em 27/08/2010, publicado no DJe 174, data de divulgação 7/09/2010, data de publicação 20/09/2010.

⁶³KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002. P. 52-60

direitos fundamentais. Não se pode negar, contudo, que em alguns casos, efetivamente, faltam recursos.⁶⁴

Mais uma vez, as lições de Ana Paula de Barcellos são pertinentes ao tema:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.⁶⁵

Assim, o mínimo existencial constitui-se como a linha que delimitará a aplicação da reserva do possível, pois preserva a parcela do direito fundamental que não pode ser cerceada. Inclusive, quando aplicados proporcionalmente, ambos se complementam e salvaguardam a dignidade da pessoa humana em conjunto.

Dos escritos de Ana Paula de Barcellos ainda pode-se extrair, que por ser a meta central da Constituição, as garantias constitucionais que visem o bem-estar do homem devem ser prestadas de forma honrosa e integral: é o próprio direito a ter uma vida minimamente digna, previsto pelo mínimo existencial, quando isso não ocorre, o indivíduo poderá recorrer ao Judiciário para exigir essa prestação. O que será explorado a seguir.

⁶⁴ Sobre o tema: CONJUR. “**Para desembargador, falta de recursos faz Constituição se tornar “regra fictícia”**”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/juiz-rs-falta-recursos-transforma-constituicao-ficcao>> Acesso em: 06 mai. de 2018.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 245-246.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito de acesso à justiça passou a ser reconhecido como um direito humano imprescindível ao homem, uma vez que é com base nesse princípio que a Carta Constitucional de 1988 conferiu o direito de petição aos órgãos públicos em defesa dos direitos, contra a ilegalidade e abuso de poder, impedindo a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito. A garantia constitucional do acesso à justiça conhecida também por princípio da inafastabilidade da jurisdição, está consagrado no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição Federal, *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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos

A luta pela efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo pela efetivação do direito à saúde, pelo interesse público e pelo bem-estar da sociedade encontra-se relacionada à atividade jurisdicional, que se perfaz através do princípio do acesso à Justiça:

[...] num Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça deve ser entendido como a possibilidade posta ao indivíduo de obter uma prestação jurisdicional do Estado, sempre que houver a necessidade para a preservação do seu direito. Essa prestação deve ser realizada de modo imparcial, rápido, eficiente e eficaz.⁶⁶

O princípio do acesso à justiça também está disposto nas normas de ordem jurídica internacional, o conteúdo disposto na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, artigos VIII e X, declara que:

Artigo VIII: Toda pessoa tem o direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

⁶⁶ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002. p. 34.

Para Uadi Lammêgo Bulos, o objetivo da garantia constitucional do acesso à justiça é “difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade.”⁶⁷

Ao avocar para si a prerrogativa de dizer o Direito, o Estado tornou-se o responsável pela garantia do acesso à justiça. É através do fortalecimento democrático que se compreende a sua atuação quanto às alterações relevantes em favor da realidade social do povo e da existência de instituições atuantes que possam salvaguardar e garantir os direitos fundamentais normatizados. “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁶⁸

Mediante esse exposto, faz-se necessário trazer ao debate a existência de real legitimidade ao cidadão brasileiro de poder desfrutar de seu direito fundamental de acesso à justiça para uma possível reivindicação – ao Poder Judiciário – quando ausente seu legítimo direito fundamental social à saúde, tendo em vista expressa previsão constitucional.

Logo, pode-se concluir que a garantia constitucional do acesso à justiça está diretamente relacionada com os demais princípios constitucionais, tais como, o da isonomia,⁶⁹ visto não é pré-requisito nenhuma característica pessoal ou social para que se tenha acesso à justiça, portanto, trata-se de uma garantia ampla, geral e irrestrita, o que eleva o princípio ao patamar de instrumento formal para a realização de uma ordem jurídica justa, compreendido como um direito fundamental de um sistema jurídico igualitário e contemporâneo, que tem por fim garantir e não somente declarar os direitos de todos os indivíduos, independente de qualquer diferença econômica ou social.

Nas especificações do presente trabalho, o acesso à justiça será tratado como efetivador do direito social fundamental à saúde e à assistência farmacêutica.

⁶⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 12.

⁶⁹ O princípio da isonomia está contido no artigo 5º da Constituição Federal, cuja redação prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

4.1 Discussões em torno da “judicialização” da saúde

Quando há desrespeito pela via administrativa ao direito à saúde, não há como realizá-lo legitimamente senão através do devido processo legal. Adotando, destarte, uma visão instrumentalista do direito processual, pode-se afirmar que todas as suas normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas sob o prisma de garantir efetividade aos direitos sociais.

Pelos fatores já explanados: descaso, negligência, falta de gestão, falta de recursos, torna-se cada vez mais comum que os cidadãos, invocando o princípio do acesso à justiça, acionem a ingerência do Poder Judiciário em questões que, de primeira via, são da competência dos poderes Executivo ou Legislativo. Ademais, o aumento da procura pelo Judiciário para tais fins advém também da atuação do Ministério Público e da estruturação e crescimento do papel das Defensorias Públicas.

A este novo papel exercido pelo Judiciário na garantia de direitos individuais tem sido atribuída a noção de: judicialização. Essa prática consiste na tentativa de obter medicamentos, exames, cirurgias ou tratamentos, aos quais os pacientes não conseguem ter alcance na via administrativa, por meio de ações judiciais. A intensificação desse instrumento adquiriu maiores proporções a partir da década de 1990, com a preocupação para a constitucionalização dos direitos sociais e as dificuldades enfrentadas pelo Estado para dar efetividade a esses serviços, como já foi abordado.

Ainda da atuação do Poder Judiciário, advém o ativismo judicial, que muitas vezes é equivocadamente confundido com a judicialização, para servir de auxílio ao esclarecimento de tal questão, faz-se uso do magistério de Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e

independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁷⁰

É necessário esclarecer, todavia, que a judicialização deve ser manejada de maneira consciente, fundamentada em preceitos sólidos. A indiscriminação das ações judiciais pode gerar ainda mais desigualdade quanto ao acesso à saúde pública.

⁷⁰BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. jan. 2012, p.6. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/fkceimagens/file/artigobarroso_para_selecao.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2018.

4.1.1 Os fatores que perfazem a judicialização

Para ilustrar tais fatores é pertinente que se faça, preliminarmente, referência a canção “sem saúde”, composta pelo *rapper* brasileiro: Gabriel, o Pensador, em parceria com os também músicos Memê e Fábio Fonseca.

Tá muito sinistro!
Alô, prefeito, governador, presidente, ministro, traficante, Jesus Cristo, sei lá...
Alguma autoridade tem que se manifestar!
Assim num dá! Onde é que eu vou parar?
Numa clínica pra idosos? Ou debaixo do chão?
E se eu ficar doente? Quem vem me buscar?
A ambulância ou o rabeção?

Eu Tô sem segurança, sem transporte, sem trabalho, sem lazer
Eu num tenho educação, **mas saúde eu quero ter**
Já paguei minha promessa, não sei o que fazer!
Já paguei os meus impostos, não sei pra quê?
Eles sempre dão a mesma desculpa esfarrapada:
"A saúde pública está sem verba"
E eu num tenho condições de correr pra privada
Eu já tô na merda (grifos nossos)

O trecho da música “sem saúde”, infelizmente, traduz a situação de muitos cidadãos quanto à prestação material da saúde pelo Estado brasileiro: uma verdadeira gama de intempéries se atravessa entre o usuário e o sistema público de saúde. As intempéries, que podem ser entendidas como problemas que afetam determinados grupos, são enxergadas a partir de uma enumeração de fatores, como já foi ressaltado no capítulo que tratou da saúde como direito fundamental.

Perante as desigualdades econômicas e sociais ainda persistentes nas sociedades contemporâneas, a pobreza é sinônimo de privação. Não privação apenas de luxos, mas privação de condições básicas, que transcendem à insuficiência de renda, atingindo outros direitos sociais como a educação, a alimentação, a moradia, o lazer, e, principalmente, o acesso à justiça e a proteção à saúde.

Afinal, como já posto outrora, esses direitos acarretam grandes custos ao Estado, mas observe-se: se o Estado, grande arrecadador de receita⁷¹ se abstém de garantir direitos sociais pela escusa da falta de recursos, como poderá o indivíduo hipossuficiente custeá-los? Qual

⁷¹O valor pago pelos brasileiros em impostos no ano de 2017 alcançou R\$ 2 trilhões por volta de 11h10 do dia 06 de dezembro de 2017, segundo o “Impostômetro” da Associação Comercial de São Paulo (ACSP). No ano de 2016, o mesmo montante foi registrado somente em 29 de dezembro, o que revela crescimento da arrecadação tributária. A marca de R\$ 2 trilhões equivale ao montante pago em impostos, taxas e contribuições no país desde o primeiro dia do ano. O dinheiro é destinado à União, aos estados e aos municípios. Disponível em: G1. Brasileiros já pagaram mais de 2 trilhões em impostos em 2017. <<https://g1.globo.com/economia/educacao-financieira/noticia/brasil-ja-pagaram-r-2-trilhoes-em-impostos-em-2017.ghtml>> Acesso em: 07 mai. 2018.

seria a escolha dos indivíduos, principalmente dos ditos hipossuficientes economicamente, quando os direitos precípuos à vida lhe forem negados? Buscar a prestação material do Estado por via diversa da administrativa, uma vez que esta não foi profícua para trazer a efetividade que os direitos sociais exigem. Em consonância com o escrito está o entendimento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

[...] de que vale o Estado assegurar direitos aos deserdados, se ele próprio não oferece quem os defenda e os garanta? De que vale o Estado prometer jurisdição, se somente os afortunados podem invocar-lhe a prestação? Por onde andará a Justiça? Justiça para alguns não é Justiça para outros e, sim, odiosa discriminação, incompatível com os conceitos de Estado Moderno.⁷²

O direito fundamental social à saúde compreende um conceito amplo e complexo, englobando vários elementos que se fundem ao resultado final, desvelando-se como um notório e essencial valor profundamente conectado ao primordial bem jurídico resguardado pelo Direito: a vida. Incorpora o rol do mínimo existencial em situações em que a vida do indivíduo encontra-se em risco, como já reiterado, integra o princípio da dignidade da pessoa humana. Compreende-se como um direito personificado pela proteção à saúde através de ações positivas prioritariamente estatais, sendo necessário que a alocação de recursos e a sua posterior execução, sejam realizadas de maneira eficiente e eficaz pelo Estado, o que na prática, nem sempre ocorre.

É inegável que essa latente ausência da prestação material, macula o direito à saúde, atinge o direito à vida, acabando por afetar, por conseguinte, o princípio da dignidade humana. Assegurar o direito à vida não é apenas manter o direito do indivíduo permanecer vivo, essa é apenas uma das acepções do preceito, como prevê Alexandre de Moraes, “cabe ao Estado assegurar o direito à vida em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida plena e digna, respeitados seus valores e necessidades”.⁷³

Confirmando a importância do direito à saúde, a pesquisa “O que é para o brasileiro viver ao máximo?”, feita em parceria pela *Abbott* com a Revista Saúde, da Editora Abril, trouxe o resultado que para 75% dos brasileiros, o estado de saúde influi bastante na

⁷²LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. apud CRUZ, José Rogério da, e Tucci. **Garantias do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. 1ª ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999. p. 87.

⁷³MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35.

capacidade de viver ao máximo.⁷⁴ Logo, ao buscar defender esse direito, o indivíduo está protegendo a sua própria capacidade de viver ao máximo, é válido trazer ao contexto as lições do professor português Fernando José Bronze: “o indivíduo que defende seu direito, defende as condições éticas da sua vida”.⁷⁵

Em suma, a falta de efetividade nas políticas públicas estatais, a existência de *déficits* orçamentários e a necessidade de defesa do direito à vida, são alguns dos fatores preponderantes no que diz respeito à busca de efetivação de direitos pela ação do Poder Judiciário.

⁷⁴ABOTT. **É possível viver ao máximo sem saúde?**. Disponível em: <<https://www.lifetothe fullest.abbott/pt/inspire-se/e-possivel-viver-ao-maximo-sem-saude.html>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

⁷⁵BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 14.

4.1.2 A Judicialização da Assistência Farmacêutica: o acesso aos medicamentos não disponibilizados pelo SUS⁷⁶

Uma das particularidades da assistência médica que mais tem sido impactada por ações judiciais é a assistência farmacêutica, pelo fato da garantia do acesso a medicamentos não ser totalmente disponível nos serviços públicos. Várias são as razões alegadas, dentre elas: os preços exorbitantes praticados pelos fabricantes ou falta de estoque, padronização do uso, registro no país e comprovação científica de eficácia. A atuação do Judiciário torna-se a via de acesso daqueles que necessitam com urgência de fazer uso de determinado fármaco.

O artigo 200 da Constituição Federal estabelece as funções do SUS, que por estar intrinsecamente relacionado ao tema, merece ser transcrito:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

As transcritas previsões constitucionais foram regulamentadas posteriormente, através da Lei n.º 8.080/1990, denominada, oportunamente, de Lei Orgânica da Saúde e também conhecida como Lei do SUS. Essa lei dirige todo o sistema de saúde no Estado brasileiro por meio de previsões aplicadas a todos os entes federativos, uma vez que prevê a repartição de competência entre a União, estados e municípios. O direito à saúde no Estado brasileiro é garantido por um sistema gratuito e universal, com vistas a proporcionar um acesso à saúde em maior extensão a todos os indivíduos.

⁷⁶O Sistema Único de Saúde foi instituído pelo artigo 198 da Constituição Cidadã, que prevê que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo seguintes diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo; do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e da participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde, criado no Brasil em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, tornou o acesso gratuito à saúde direito de todo cidadão. Até então, o modelo de atendimento era dividido em três categorias: os que podiam pagar por serviços de saúde privados, os que tinham direito à saúde pública por serem segurados pela previdência social (trabalhadores com carteira assinada) e os que não possuíam direito algum.⁷⁷

Seguindo a linha estabelecida pela Carta Magna, a Portaria 204/2007, do Ministério da Saúde, determina que as três esferas de governo – federal, estadual e municipal – financiem o Sistema Único de Saúde (SUS), concebendo a receita necessária para custear as despesas com ações e serviços públicos de saúde.

Conduzindo o exposto para o ponto superno do presente tópico, é imprescindível ressaltar o artigo 6º da já mencionada Lei Orgânica da Saúde, uma vez que é proveniente dele uma das primeiras menções sobre o direito à assistência farmacêutica como parte do campo de atuação do SUS: “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: [...] d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; [...]”.

Ao inserir em seu texto o vocábulo “integral”, a Lei 8080/1990 expandiu a assistência farmacêutica para além do que viesse a ser taxado numa lista de medicamentos instituída pelo governo, que por mais extensa que venha a ser, não atinge a totalidade de fármacos e intervenções terapêuticas disponíveis no mercado.

Ainda contemplando o aspecto da integralidade, Reinaldo Guimarães,⁷⁸ médico sanitário, elege como fato mais relevante no campo da judicialização nos últimos anos a sanção presidencial da Lei 12.401, em 28 de abril de 2011 que visa superar a falha legislativa que propiciou a explosão do processo de judicialização, a saber, a regulamentação do preceito constitucional da integralidade. A lei 8.080/1990 não estabeleceu contornos nítidos capazes de orientar com clareza as políticas de acesso a bens e serviços de saúde e de incorporação tecnológica no sistema público de saúde.

⁷⁷PORTAL BRASIL. **SUS democratiza o acesso do cidadão aos serviços de saúde**, Fonte: Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/sus-democratiza-o-acesso-do-cidadao-aos-servicos-de-saude>> Acesso em: 08 mai. 2018

⁷⁸GUIMARÃES, Reinaldo. **Judicialização na saúde: o que há de novo?** Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/sistemas-de-saude/judicializacao-na-saude-o-que-ha-de-novo/1733/>> Acesso em: 11 mai. 2018

4.1.3 A ANVISA

Além da perspectiva normativa, existe também a atuação de agências públicas reguladoras, vinculadas ao Ministério da Saúde, com destaque à ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.⁷⁹

Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é uma autarquia sob regime especial, ou seja, uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira. A Agência tem como campo de atuação não um setor específico da economia, mas todos os setores relacionados a produtos e serviços que possam afetar a saúde da população brasileira. Sua competência abrange tanto a regulação sanitária quanto a regulação econômica do mercado. Além da atribuição regulatória, também é responsável pela coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), de forma integrada com outros órgãos públicos relacionados direta ou indiretamente ao setor saúde. Na estrutura da administração pública federal, a Anvisa encontra-se vinculada ao Ministério da Saúde e integra o Sistema Único de Saúde (SUS), absorvendo seus princípios e diretrizes[...]

A autorização prévia⁸⁰ da ANVISA é indispensável para que qualquer medicamento venha a ser comercializado no território brasileiro. Dessa autorização, o medicamento será registrado diretamente pela GGMed - Gerência-Geral de Medicamentos,⁸¹ conforme o setor específico a que pertence.

Essa prévia inspeção realizada pela ANVISA garante segurança ao paciente, uma vez que é pressuposto para o uso racional do fármaco e um componente muito importante de uma política nacional de medicamentos, que pode ser constatada sempre que um usuário recebe o medicamento apropriado à sua necessidade clínica. Entretanto, inspeção e posterior autorização para que o medicamento seja comercializado não acontece de maneira célere, levando muitas vezes anos até que o fármaco esteja disponível à venda.

O que se verifica na prática, quando da judicialização, é que vários medicamentos sem registro na ANVISA são pleiteados, e em quantidade massiva de vezes, concedidos. O fato de ser experimental, não ser internalizado no mercado nacional ou não poder ser aqui comercializado, não tem constituído cláusula de barreira para o Judiciário. Como se pode

⁷⁹Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional. Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

⁸⁰ Ela fará as análises: farmacotécnica; de eficácia e de segurança do medicamento.

⁸¹ANVISA. **Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/quem-e-quem>> Acesso em: 08 mai. 2018

averiguar no julgamento do Agravo Interno Nº 0259330-32.2009.8.26.0000, proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO MEDICAMENTO NA ANVISA. O fornecimento do medicamento importado e sem registro na Anvisa ao portador de doença grave é atualmente o único tratamento existente, conforme demonstrado nos autos. A ausência de registro do medicamento junto à Anvisa ou a falta de autorização de uso pelo Ministério da Saúde, não equivale a proibição de seu consumo. E mais, sendo atualmente o único remédio indicado para a enfermidade, recusá-lo ao impetrante significaria abandoná-lo à própria sorte, sem nenhuma assistência. MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTOS OU INSUMOS DE QUE A PARTE NECESSITA. Direito à saúde é assegurado pela regra do artigo 196 da Constituição Federal, que constitui norma de eficácia imediata. Dever do Estado. Obrigação solidária da União, Estados e Municípios, isolada ou conjuntamente, de garantir assistência à saúde da população. Na verdade, é da essência do papel do Poder Judiciário atuar sem qualquer restrição ou limite diante da situação de litígio, como ocorre em relação ao pedido para fornecimento de medicação não redunda, absolutamente, em decisão que fere o princípio da autonomia entre os poderes. Diante da parcimônia ou omissão do Estado, o desenvolvimento da atividade jurisdicional não expressa qualquer ingerência indevida na área de competência do Poder Executivo, vez que a parte pretende tão somente o cumprimento do dever constitucional do Estado de preservar e recuperar a saúde, valendo-se, para tanto, da interpretação empregada para a regra do artigo 196 da Constituição Federal. Princípio da reserva do possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. Negado provimento ao recurso.

No mesmo sentido, o Agravo Regimental Nº 1 20140020217668 DF 0021906-89.2014.8.07.0000, proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. DOENÇA GRAVE. DIREITO À SAÚDE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MÍNIMO EXISTENCIAL. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. VEDAÇÃO DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO PELO SUS SEM REGISTRO NA ANVISA (LEI N. 8.080/90). DISPENSA DE REGISTRO DE MEDICAMENTO PELA ANVISA (LEI N. 9.782/99). INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - O direito à saúde, inserto na Constituição Federal em seus artigos 6º e 196, é dever do Estado estendido de forma solidária a todos os entes da federação, de observância obrigatória pelos responsáveis pela garantia dos direitos fundamentais em nossa sociedade, mormente os operadores do Direito, e também disposto Lei Orgânica do Distrito Federal, nos artigos 204, inciso II, e 205, inciso I. 2 O direito à saúde está intimamente vinculado ao direito constitucional à vida (artigo 5º, caput), bem como ao fundamento da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, devendo salientar que a doutrina consagra como núcleo da dignidade da pessoa humana o mínimo existencial, que abrange o conjunto de prestações materiais absolutamente necessárias para que o indivíduo tenha uma vida digna. 3 - Um dos instrumentos utilizados para dar exequibilidade ao direito em questão é a Lei nº 8.080/90, que regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por

peessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado, conforme disposto em seu artigo 1º. 4 - Não obstante o disposto no inciso II do art. 19-T da Lei nº 8.080/90, que estabelece que é vedada a dispensação de medicamento pelo SUS sem o devido registro na ANVISA, o § 5º do artigo 8º da Lei nº 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, permite a dispensa de registro de medicamentos na ANVISA quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas. 5 - As normas devem ser analisadas à luz da Constituição Federal, de modo que não pode ter seu alcance restringido a uma norma infraconstitucional. Nesse sentido, deve-se fazer interpretação conforme a Constituição a fim de que prevaleça o entendimento no tocante à disponibilização dos meios necessários ao exercício do direito à saúde. 6 - Agravo Regimental conhecido e desprovido. Acórdão: CONHECER. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME

Essa realidade, apesar de ser majoritária, todavia não é unânime, conforme o julgamento do agravo de instrumento Nº 70052794492 na Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, em 29 de agosto de 2013:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. - Possível, durante o trâmite do feito, a substituição de fármacos em virtude de alteração do tratamento inicialmente indicado ao paciente, sem que isso represente alteração da causa de pedir e pedido, afastando, assim a ofensa ao disposto no art. 264 do CPC. - Medicamento que não possui registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, órgão competente para estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, diretrizes e ações de vigilância sanitária, sendo vedado o seu fornecimento, nos termos da Lei nº 12.401 /2011. - Precedente do STJ reconhecendo que a entrada de medicamento no território nacional, sem o devido registro na ANVISA configura o crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70052794492, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 29/08/2013).

4.1.4 O Proveniente de Medicamentos Essenciais

A Portaria n.º 3.916, editada pelo Ministério da Saúde começou a vigorar a partir do primeiro semestre de 1999 e estabeleceu a Política Nacional de Medicamentos no Brasil.⁸²

A primeira diretriz foi à adoção da relação de produtos essenciais e indispensáveis ao atendimento da maior demanda dos problemas de saúde no Brasil, é personificada atualmente através da RENAME,⁸³ Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, que é segundo o Conselho Federal de Farmácia, uma lista de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira. Deve ser um instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no SUS e é uma das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos. Foi adotada há quase 40 anos, em 1978, pela OMS e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros.

Essa relação nacional de referência servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. Além disso, a RENAME constituirá meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, configurando, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Nesse sentido, será continuamente divulgada, de modo a possibilitar, entre outros aspectos, a aquisição de medicamentos a preços menores, tanto por parte do consumidor em geral, quanto por parte dos gestores do Sistema. [...]⁸⁴

Em 2011, houve uma ampliação no conceito de RENAME através do Decreto n.º 7.508, que regulamentou a Lei n.º 8.080/ 1990:

o conceito de RENAME foi ampliado, para dispor que a mesma deve contemplar o conjunto dos medicamentos que o SUS disponibiliza por meio de suas políticas

⁸² "Têm como objetivos a garantia da necessária "segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais" Revista de Saúde Pública. Política Nacional de Medicamentos - Secretaria de Políticas de Saúde. vol.34 n.2. São Paulo: 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102000000200018>> Acesso em: 08 mai. 2018.

⁸³ PORTAL SAÚDE. Versões RENAME. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/0-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/471-sctie-raiz/daf-raiz/daf/13-daf/18892-teste-versoes-renom>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

⁸⁴ ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **A Agência**. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_A3cPQ6B8JE55A38jYnQb4ACOBgR0e-IHZ.Sbl6pUn5-oZ6JmaGhoYWlgaGpoYm5pamumHg7yC32kgeTyW-3nk56bqFSGRIQGB6QDAESGAal!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/agencia/publicacao+agencia/a+agencia. Acesso em: 08 mai. 2018.

públicas, que serão ofertados a todos os usuários do SUS, visando à garantia da integralidade do tratamento medicamentoso.⁸⁵

A RENAME é editada periodicamente pela COMARE,⁸⁶ tendo em vista as necessidades da população, as patologias mais recorrentes e seus respectivos tratamentos, levando em consideração alguns critérios: a demonstração da eficácia e segurança do medicamento; a vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada; e o oferecimento de concorrência dentro do mesmo subgrupo, como estratégia de mercado.

A última renovação da lista se deu em setembro de 2017, por meio da publicação a Portaria nº 1.897/GM/MS, de 26 de julho de 2017, que estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Renome 2017 no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), trazendo atualização ao elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

Além dos medicamentos disponibilizados na RENAME, sujeitos acometidos de determinadas enfermidades encontram nos Centros Especializados de Dispensação de Medicamentos Excepcionais (CEDMEX) uma possibilidade a mais de tratamento. Para ter acesso ao programa, o usuário passa por um processo administrativo de solicitação de medicamento.⁸⁷ O modelo de gerenciamento adotado deve compreender o controle nominal dos pacientes, o adequado gerenciamento da prescrição e fornecimento dos medicamentos, que, por sua vez devem estar contidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, estabelecidos pelo Ministério da Saúde a fim de racionalizar a prescrição e a dispensação.⁸⁸

⁸⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. PORTAL DE ARQUIVOS. **RENAME 2013**. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/11/19/12_05_02_316_RENAME_2013.pdf> Acesso em 09 mai. 2018.

⁸⁶ Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Renome, instituída em 2005 pelo Ministério da Saúde através da Portaria GM no. 1.254/2005, e composta por órgãos do governo, incluindo instâncias gestoras do SUS, universidades, entidades de representação de profissionais da saúde. Disponível em: Conselho Federal de Farmácia. **RENAME** <http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140> Acesso em: 08 mai. 2018.

⁸⁷ BRASIL. **Lei Federal n.12.401 de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial da União, 2011.

⁸⁸ O programa dos medicamentos dispensados em caráter excepcional disponibiliza medicamentos de elevado valor unitário, ou que, pela cronicidade do tratamento, se tornam excessivamente caros para serem suportados pela população. Utilizados no nível ambulatorial, a maioria deles integra tratamentos de doenças crônico-degenerativas.

4.1.4.1 E quando o medicamento não está contido na RENAME?

Apesar da RENAME ser extensa na quantidade de medicamentos disponibilizados e ainda haver os Centros Especializados de Dispensação de Medicamentos Excepcionais (CEDMEX), estes não englobam todos os tratamentos farmacológicos possíveis, visto o número realmente grandioso de insumos disponíveis no mercado.

Essa não existência do componente necessitado pelo usuário na lista pode ser considerada como falta ou deficiência dos serviços da assistência farmacêutica e do fornecimento de insumos terapêuticos, o que configura ameaça ao direito à vida e, não raramente, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito.

Em face dessa ofensa ao direito fundamental social à saúde constitucionalmente previsto, surge à possibilidade de judicialização da assistência farmacêutica para que todos os indivíduos atinjam, igualitariamente, o pleno potencial de saúde.

4.2 Os números da judicialização

Em meio a tanto descaso, desatenção e indiferença para com a saúde pública, nos últimos anos, a busca ao acesso a medicamentos por meio da atuação do judiciário tem crescido de maneira exponencial. Tal crescimento é causador de grandes debates sobre o tema⁸⁹, uma vez que a celeuma engloba questões orçamentárias dos entes federativos, a adoção de políticas públicas efetivas pelo Poder Executivo, além da ausência de uma gestão eficiente e a necessidade de se garantir os direitos fundamentais, que está cada vez mais manifesta.

Com base nos dados da publicação “Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil”, do Juiz Federal Clelio Jair Schulze, baseado no Relatório Justiça em Números de 2017,⁹⁰ tramitaram 1.346.931 (um milhão trezentos e quarenta e seis mil e novecentos e trinta e um) processos judiciais de saúde de natureza cível ajuizados até 31 de dezembro 2016, em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização.⁹¹

Os dados ainda mostram que, em apenas um ano, houve o maciço aumento de 49% em relação ao mesmo período do levantamento anterior feito em 2016, que teve por base o ano de 2015. O fornecimento de medicamentos foi à área que recebeu mais ações, foram 312.147 processos, contra 200.090 processos segundo o relatório de 2016, havendo um crescimento de 56%. Além disso, os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceram na ordem de 727% entre 2010 e o final de 2016, quando alcançou a cifra de R\$ 3,9 bilhões, segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS).⁹²

Já segundo estudo realizado pelo TCU,⁹³ apenas no que se refere à União, de 2008 a 2015, os gastos com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão.

⁸⁹CNJ. **Ministros do STJ e Fórum da Saúde debatem aumento da judicialização**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86828-ministros-do-stj-e-forum-da-saude-debtem-aumento-da-judicializacao>>. Acesso em: 09 mai. 2018

⁹⁰ Teve o ano de 2016 como base.

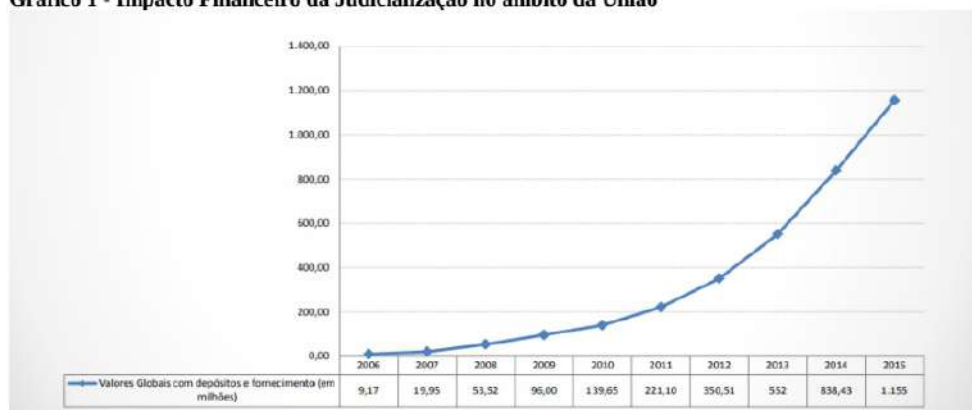
⁹¹IPOG. **Judicialização da saúde em números**. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-saude-em-numeros/>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

⁹²OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE (OAPS). **Judicialização na saúde: participação popular, gastos e efeitos sobre as políticas**. Disponível em: <<http://www.analisepoliticaensaude.org/oaps/noticias/?id=6a8906a600061f7f8e25b9d30587340c>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

⁹³TCU. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.html>> Acesso em: 29 mai. 2018.

O gráfico abaixo ilustra o descrito:

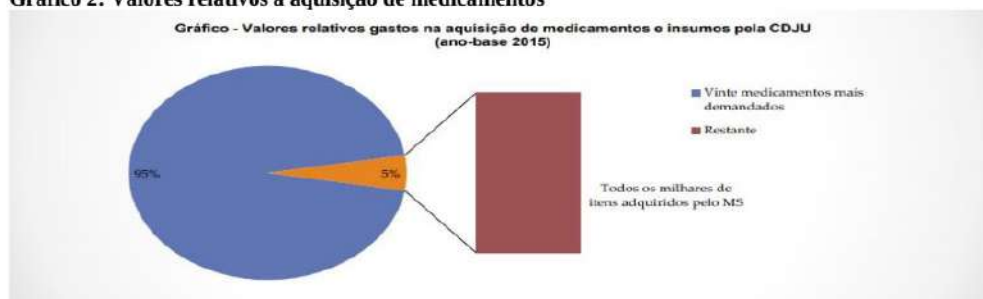
Gráfico 1 - Impacto Financeiro da Judicialização no âmbito da União



Fonte: Cálculos CODEJUR a partir de dados CDJU/MS. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20BRASIL.%20Principais%20Projetos%20Desenvolvidos%20pela%20Coordenacao%20de%20Assuntos%20Judiciais.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2018.

Mais de 90% desse valor foi destinado à compra de medicamentos:

Gráfico 2: Valores relativos à aquisição de medicamentos



Fonte: Cálculos CODEJUR a partir de dados CDJU/MS. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20BRASIL.%20Principais%20Projetos%20Desenvolvidos%20pela%20Coordenacao%20de%20Assuntos%20Judiciais.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2018.

Esse cenário é complexo e preocupante, pois a judicialização, que deveria ser a exceção, com base nos expostos números, vem sendo a regra. O Judiciário sobrecarregado de processos é caracterizado pela morosidade, e não pela eficiência que se espera de tal órgão, especialmente no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais, no caso em tela, do direito à saúde.

para que haja equidade e seja garantida a universalidade, é fundamental que existam limites definidos no que pode ser concedido em tutela judicial, observando as instâncias originalmente responsáveis pela elaboração das políticas públicas de saúde. Isso porque, na judicialização da saúde, há um deslocamento no eixo decisório para o Judiciário, o que, além de induzir um “planejamento forçado” ao Executivo — que, de certa forma, até pode ser acomodado —, implica realocações forçadas de recursos[...]⁹⁴

Desse modo, emerge a necessidade de reformas estruturais quanto à judicialização, para que haja responsabilidade nos atos de quem pleiteia e também nos de quem concede o direito. O diálogo entre as entidades envolvidas no processo é essencial, uma vez que poderão ser trazidas à discussão as necessidades de quem pleiteia e as adversidades enfrentadas por quem concede, além das também enfrentadas dificuldades pelo próprio Judiciário, que assume o difícil papel de enfrentar essa dicotomia.

⁹⁴ DOURADO, Daniel A. **Crerios definidos pelo STJ trazem pouco avanço na judicialização da saude.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/daniel-dourado-tese-stj-avanca-judicializacao-saude> Acesso em 09 mai. 2018.

4.2.1 Os Tribunais Superiores frente aos números da Judicialização

Desde o ano de 2009 os Tribunais Superiores têm dispensado maior atenção ao estabelecimento de critérios norteadores da judicialização da saúde. À época, a audiência pública 004/2009 foi convocada pelo então presidente do Superior Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, com o fim de que fossem esclarecidos os pontos controvertidos que permeiam a temática. Para que se chegasse a tais esclarecimentos foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.⁹⁵

Em setembro de 2016, os ministros Marco Aurélio Mello, Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin proferiram seus votos quanto aos recursos extraordinários 566.471 e 657.718, manejados no STF que discutem se o Estado é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo ou sem registro nas listas do SUS e da ANVISA a quem não pode custeá-los.

Para o Ministro Marco Aurélio,

O Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na Anvisa, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e tenha registro no país de origem.⁹⁶

Já o Ministro Luis Roberto Barroso expôs que nenhum sistema de saúde é capaz de “resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas” e elencou cinco critérios para que os medicamentos sejam concedidos:⁹⁷

1. A incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
2. A demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;
3. A inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
4. A comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e

⁹⁵STF. **Audiência pública.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

⁹⁶ *Idem*

⁹⁷ *Idem*

5. A propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo.

Além disso, Luis Roberto Barroso propôs que o Judiciário e os órgãos de saúde atuem unidos em casos como esse para definir a importância do medicamento.

O ministro Luiz Edson Fachin, teve pensamento semelhante ao de Barroso, propondo também cinco parâmetros que devem balizar os pedidos de concessão de medicamento, sendo dois diferentes dos elencados pelo ministro. Um deles é a indicação do medicamento no laudo médico por meio das denominações comuns (o princípio ativo e não o nome comercial) ou internacional. O outro é a justificativa da inadequação ou da inexistência do medicamento ou tratamento na rede pública.⁹⁸

Esse posicionamento do STF é imprescindível para que ocorra a judicialização responsável, pois o magistrado não é dotado de conhecimentos técnicos para averiguar uma prescrição médica, sendo necessário que o profissional responsável pela sua indicação esgote os motivos pelo qual o fármaco está sendo receitado e porque um dos contidos na lista da SUS não é indicado aquele tratamento. Esse posicionamento já encontra solo favorável na jurisprudência pátria, conforme se pode verificar na ementa da seguinte decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA PARA FORNECIMENTO DE REMÉDIO URSACOL (ÁCIDO URSODEOXICÓLICO). INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. LIMINAR DEFERIDA. PARÂMETROS DEFINIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA STA 175-AGR/CE. ATESTADO MÉDICO SEM A NECESSÁRIA ROBUSTEZ SUSTENTANDO EFICÁCIA E NECESSIDADE DO MEDICAMENTO SUBSCRITO PELA MÉDICA DO PACIENTE. INOBSERVÂNCIA DO PARECER EMITIDO PELA CONITEC. REFORMA DA DECISÃO DE 1º. GRAU. PROVIMENTO DO RECURSO. Inegável que "o direito à saúde se trata de direito público subjetivo, não podendo ser reduzido à promessa constitucional inconsequente" (STF, Agravo Regimental no RE 271.286-8/RS), todavia, ninguém pode esconder que o sistema de saúde público no Brasil está sem atender a todos de forma digna e eficiente por ausência de recursos financeiros. No meio desse "incêndio" de direitos e deveres, já tarda a hora de levantarmos mais a cabeça e deixarmos de lado a observação exclusiva das "árvores" que estão pegando fogo e olharmos para a "floresta" inteira que precisa ser salva. De nada adianta retóricas sobre justiça social e direitos fundamentais que são apresentadas apenas a uns poucos e potencialmente afetam ao restante da coletividade que também clama e merece ser atendida nas questões envolvendo a saúde pública. "Justamente o que caracterizaria um direito como social é sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. De modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível x de atendimento, ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do posto de saúde. Este não é

⁹⁸STF. Medicamento de alto custo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-medicamentos-alto-custo.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

um direito social ou coletivo, mas individual.” (TIMM. Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de Direito e Economia). Dispõe o Enunciado n. 33, da Jornada de Direito da Saúde: “Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação.” A importância da CONITEC não pode ser singelamente ignorada e nem tampouco suas recomendações. “Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juizes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.” (BARROSO. Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial). A deliberação final da CONITEC, em seu parecer 38 (Portaria 10/2013), é no sentido de “Não recomendar o ácido ursodesoxicólico para o tratamento da doença hepática associada à fibrose cística no SUS.” Buscando conciliar o mínimo existencial com a reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal definiu, na STA 175- AgR/CE, que, em regra, a concessão de ação de saúde não padronizada pelo SUS depende da observância de três parâmetros: a) registro ou aprovação do procedimento ou tratamento na ANVISA; b) demonstração de ineficácia das opções alternativas disponibilizadas pelo SUS; c) que o procedimento ou tratamento não seja experimental, o que não se confunde com um novo tratamento ainda não testado pelo Sistema de Saúde brasileiro. Ausente o preenchimento de algum desses requisitos, mostra-se inviável a concessão de medicamento ou tratamento requerido pela parte, sobretudo se, como no caso, houver decisão da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema de Saúde CONITEC rejeitando a incorporação do fármaco pleiteado, diante da falta de evidências científicas de sua eficácia terapêutica. Inviável se aceitar um singelo atestado médico desacompanhado de maiores elementos e força probante contra todo o arcabouço administrativo-legal erigido no sentido de tornar mais eficiente e eficaz o sistema de acesso à saúde pública. Em havendo decisão da CONITEC desautorizando o uso do remédio pleiteado e na falta de elementos concretos e bem delineados sobre a ineficácia dos medicamentos do SUS para o paciente em questão, apesar das pressões inerentes a esse tipo de *hard case* (MacCormick), não se deve adotar uma postura típica de Robin Hood, apoiando-se em argumentos principiológicos completamente distantes da dura realidade orçamentária brasileira e dos cuidados e alertas consagrados pelos Tribunais Superiores acerca da matéria.⁹⁹

Ao contemplar tantos aspectos da judicialização, essa decisão serve como modelo para as demais que vierem a ser tomadas em litígios semelhantes. O estabelecimento de critérios sólidos e eficientes é uma ponte para que a judicialização beneficie quem realmente precisa.

A decisão mais recente sobre o tema parte da primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que em 25 de abril de 2018, concluiu o julgamento de recurso repetitivo, estabelecendo requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de medicamentos fora da RENAME. Eles são:

⁹⁹EMPÓRIO DO DIREITO. **Justiça desobriga município de fornecer medicamento**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/justica-desobriga-municipio-de-fornecer-medicamento>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

1. A necessidade de comprovação pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado (da lavra de médico que assiste o paciente), de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, necessário também demonstrar a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o efeito do tratamento pretendido;
2. A demonstração da incapacidade financeira do demandante (paciente) de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
3. Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Tal recurso repetitivo julgado é o primeiro no qual o STJ modulou¹⁰⁰ os efeitos da decisão para considerar que “os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento”.¹⁰¹ Dessa forma, a tese fixada no julgamento não vai gerar efeitos aos processos que ficaram sobrestados desde a afetação do tema.

Precisamente por tais razões é que uma série de ações concretas têm sido criadas e executadas no âmbito do próprio Poder Judiciário (mas também na esfera das funções essenciais à Justiça, designadamente, pelo fato de serem os agentes que mais provocam a ação dos juizes, o Ministério Público e a Defensoria Pública), buscando imprimir pelo menos maior racionalidade e consistência no processo, mas também minimizar o seu impacto, como dão conta as Resoluções do CNJ orientando os magistrados para avaliarem e decidirem de modo mais criterioso nos casos concretos que lhes são submetidos [...].¹⁰²

Racionalidade e coerência é o que se espera do processo. Dessa forma, a atividade judicante deve ser coerente, fiel a princípios como equidade, justiça, legalidade e integridade.¹⁰³ Quando pautada em tais princípios, não há razão para que o pleito não prospere, porque naquela lide estará se perquirindo a justiça e fazendo acontecer à igualdade entre os cidadãos, dando ao que tem menor poder aquisitivo o mesmo acesso ao fármaco que

¹⁰⁰ A modulação tem por base o artigo 927, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil de 2015. De acordo com o dispositivo, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”

¹⁰¹ O julgamento do Recurso Especial nº 1657156 / RJ (2017) está disponível em: STJ. **Consulta processual**. <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>. Acesso em 09 mai. 2018.

¹⁰³ Para Ronald Dworkin a integridade constitui a terceira virtude política, juntamente com a justiça e o devido processo legal, a integridade impõe que o governo atue de modo coerente e fundamentado em princípios, para proporcionar a todos os cidadãos padrões fundamentais de justiça e equidade. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 202.

o indivíduo com maior poder aquisitivo pode comprar. Contudo, se o indivíduo que já possui o poder aquisitivo hábil para adquirir o tratamento que precisa, consegue que seu pleito seja deferido, acarretará ainda mais desigualdade e sobretudo, injustiça. De fato, não é este último o fim percorrido pela judicialização.

4.2.2 O governo frente aos números da judicialização

O grande número de decisões obrigando o SUS a custear medicamentos não oferecidos regularmente pelo governo não tem causado preocupação apenas ao Judiciário. As proporções alarmantes fizeram com que o Ministério da Saúde criasse algumas medidas com vistas a combater a judicialização, dentre elas está a criação Núcleo de Judicialização. A criação do órgão se deu pela publicação da Portaria 2.566/2017 no Diário Oficial da União.

Já no artigo 1º está disposta a finalidade do núcleo, que é a de organizar e promover o atendimento das demandas judiciais no âmbito do Ministério da Saúde, compreendendo como tal as ações judiciais que tenham por objeto impor à União a aquisição de medicamentos, insumos, material médico-hospitalar e a contratação de serviços destinado aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).¹⁰⁴

O parágrafo 1º do artigo 2º da portaria lista algumas das competências do núcleo, que visam o aprimoramento da defesa da União nas demandas em que for réu. Entre as atribuições estão o fornecimento de informações à consultoria jurídica do Ministério da Saúde sobre o fornecimento pelo SUS do medicamento exigido na decisão judicial, terapias alternativas à exigida pelo juízo, as normas que embasaram a obrigação imposta pela Justiça e se o medicamento é registrado na Anvisa e pode ser fornecido pela via administrativa.

O núcleo também será responsável pela emissão de relatórios periódicos sobre as demandas judiciais relacionadas ao Ministério da Saúde, assim como a propositura de metodologias e ações para aperfeiçoar a resolução dos casos levados à Justiça direcionada a Secretaria Executiva da pasta, com vistas a combater a judicialização.

¹⁰⁴Ministério da Saúde. **Portaria 2.566/2017**. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/lsaudelegis/gm/2017/prt2566_05_10_2017.htm>. Acesso em 15 mai. 2018.

4.3 Afinal: a judicialização é boa ou má?

Nesse dissenso entre o Estado e o cidadão, está a judicialização, que vai além do sentido de boa ou má. Ou seja, a judicialização não é boa, nem má, a judicialização é necessária. Como disserta Eduardo Cambi:

Confiar, unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira, marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público. O direito pós-moderno, ao contrário do direito moderno, não se contenta passividade jurisdicional, apostando na vontade transformadora guiada pela atividade intersocial de produção responsável de projetos de justiça social inclusiva (pró-atividade na tutela dos interesses sociais relevantes)¹⁰⁵

Essa justificativa também reduz as críticas realizadas ao Judiciário por conta das interferências nas atividades do Executivo, uma vez que ela feriria a separação dos poderes. É notório que ao executar as suas ações o Executivo dispõe de certa discricionariedade, o administrador possui a prerrogativa de direcionar seus atos com margem de conveniência e oportunidade, desde que esteja adstrito ao sistema normativo ao qual se submete.

Logo, mesmo podendo haver discricionariedade nos atos administrativos, deve haver compatibilidade entre ela e as normas constitucionais, ou seja, um direcionamento das políticas públicas para desempenhar o que prevê a Constituição. Quando não há essa compatibilidade, é que o Judiciário deve se pronunciar, com vistas a coibir abusos e omissões do Executivo.

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 279/STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à *saúde de pessoas hipossuficientes*. 3. A controvérsia relativa à hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ARE

¹⁰⁵CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 245.

894085 AgR/SP, Rel Min. ROBERTO BARROSO, j. 15/12/2015, Primeira Turma, DJe 16-02-2016)

Nessa perspectiva, é oportuno destacar que ainda no século XVIII, James Madison já postulava que a separação de poderes não exigiria a separação absoluta dos três poderes e também já sinalizava que o grau de separação, essencial a um governo livre, necessitaria de um mecanismo que fornecesse os instrumentos para uns fiscalizarem os outros.¹⁰⁶

Assim, o princípio da separação dos poderes e a sua imposição de equilíbrio não deverá se fixar a contornos rígidos, mas sim evidenciar uma dinâmica eficaz que possa valorizar a harmonia entre eles e o ser humano, dando destaque que é o último é a razão do Estado existir.

Ulterior ponderação que se faz quanto à atuação do Judiciário ao conceder o que é pleiteado nas ações é o massivo caráter unitário das mesmas, haja vista que o benefício é concedido individualmente na maioria dos casos. Suscita-se a controvérsia que ao arcar com a maior onerosidade de um tratamento de uma única pessoa, o sistema único de saúde deixa de atender as necessidades de vários outros cidadãos. Luis Roberto Barroso tece considerações e lança bases para uma possível contenção do atendimento as necessidades individuais:

O único problema é que esta política pública elaborada pela Administração muitas vezes pode não atender a determinadas necessidades individuais, ou pode não atender às necessidades de um determinado grupo, de um determinado segmento. Pois bem. Penso - e essa é a minha sugestão principal - que, neste caso, o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir deste momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a idéia de universalização e a idéia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais¹⁰⁷

Outro aspecto que tem incorrido como crítica à judicialização é o não respeito às responsabilidades de cada ente governamental nos atendimentos da saúde. Com isso,

¹⁰⁶HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 305

¹⁰⁷Excerto extraído da participação de Luís Roberto Barroso na Audiência Pública 004/2009, convocada pelo ministro Gilmar Mendes para tratar sobre a judicialização da saúde no ano de 2011. Disponível em: STF. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronogram>>. Acesso em: 22 mai. 2018

frequentemente Estados e Municípios são acionados por questões que deveriam ser respondidas pela União, pela maior facilidade de se fazer com que se cumpram as decisões judiciais nos âmbitos regionais. “Muitas vezes, o tratamento de um paciente de alto custo pode superar o orçamento de um município pequeno para toda a saúde. E muitas vezes ele é obrigado a cumprir uma decisão judicial que caberia à União”.¹⁰⁸

A judicialização não ocorre para dar superioridade ao indivíduo, ela ocorre para que exista equidade no alcance do pleno potencial de saúde.

A judicialização começa, obviamente, com um ser humano portador de uma doença geralmente grave. O paciente é uma pessoa que costuma ter um intenso desejo de viver e fará tudo o que estiver ao seu alcance para vencer a doença, embora dificilmente tenha recursos suficientes para arcar com todos os custos do tratamento, especialmente em tempos de crise econômica [...].¹⁰⁹

Pode-se dizer que as normas que regem o SUS incorporam a definição de equidade horizontal, ou seja, acesso, utilização e tratamento igual para necessidades iguais. De maneira mais particular, porém, a equidade deve levar em conta as diferenças contidas no meio social: étnicas, econômicas e culturais, sendo esta a estratégia para se atingir a igualdade de oportunidades em relação ao aproveitamento de boas condições de saúde.¹¹⁰ Intentando esclarecer o exposto, utiliza-se do escrito de Margareth Whitehead:

equidade implica que idealmente todos deveriam ter a justa oportunidade de obter seu pleno potencial de saúde e ninguém deveria ficar em desvantagem de alcançar o seu potencial, se isso puder ser evitado.¹¹¹

Outra crítica que se aventa, é que os juízes não detêm aprofundado conhecimento quanto às demandas pleiteadas, especialmente quanto às prescrições médicas e também quanto às próprias políticas públicas adotadas pelo Estado na consecução do direito à saúde.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Parte dos casos de judicialização poderia ser evitada**. Disponível em < <http://www.femipa.org.br/noticias/parte-dos-casos-de-judicializacao-poderia-ser-evitada/>> Acesso em: 12 mai. 2018.

¹⁰⁹ LIMA, George Marmelstein. *You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105> Acesso em 18 mai. 2018.

¹¹⁰ BARROS, Fernando Passos Cupertino de; SOUSA, Maria Fátima de. **Equidade: Seus conceitos, significações e implicações para o SUS**. Revista Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 9-18, 2016. ISSN: 1984-0470. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/sausoc/issue/view/8534>. Acesso em: 12 mai. 2018.

¹¹¹ WHITEHEAD, M. *The concepts and principles of equity in health*. International Journal of Health Services, v. 22, n. 3, 1992, p. 7

Objetivando dar maior assistência ao magistrado e evitar que haja equívoco na tomada de decisões, a Resolução 107/2010 do Conselho Nacional de Justiça,¹¹² criou o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde e instituiu os comitês estaduais de saúde como instâncias adequadas para encaminhar soluções e garantir a melhor forma de prestação jurisdicional em área tão sensível. E em 2016, o mesmo CNJ editou a resolução nº 238/2016,¹¹³ a qual determina os critérios para a formação dos comitês, que terão as atribuições de auxiliar os tribunais na criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituídos por profissionais da saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências.

Com vistas a dar cumprimento à resolução editada 107/2010 pelo CNJ, o Tribunal de Justiça da Paraíba instituiu em setembro de 2012 a Câmara Técnica de Saúde, composta por dois profissionais médicos, quatro farmacêuticos e dois nutricionistas e vem subsidiando os juízes de João Pessoa (PB). Os profissionais devem emitir pareceres técnico-científicos no prazo de 48 horas, para os casos de emergência, e em cinco dias, para as urgências. Os prazos buscam agilizar e dar subsídio as decisões judiciais. A responsabilidade pela instalação e manutenção da Câmara é das Secretarias da Saúde do Estado e do município de João Pessoa. E em dezembro de 2017 já foi realizado um encontro com vistas a implementar a resolução nº 238/2016, no momento foi discutida a reformulação da câmara, uma vez que o CNJ enseja instituir brevemente um banco de dados nacional com base em medicina fundamentada em evidências. Essa ferramenta será atualizada pelos Núcleos de Apoio Técnico de cada estado da federação.¹¹⁴

Por meio do exposto não resta dúvida de que a judicialização da saúde é um tema controverso, que engloba vários níveis da sociedade. E por tratar de matéria verificadamente sensível, deve ser analisada com cautela, uma vez que a subjetividade concernente a cada usuário que pleiteia por medicamentos judicialmente não permite que seja elaborada uma máxima que sirva como parâmetro absoluto, a complexidade das necessidades humanas e das relações sociais não se coadunam com tal engessamento. O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual e dar

¹¹²O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

¹¹³CNJ. **Atos administrativos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

¹¹⁴TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Comitê da Saúde delibera sobre transformação da Câmara Técnica de Saúde e discute propostas que serão levadas ao CNJ**. Disponível em: <<https://www.tjpb.jus.br/comite-da-saude-delibera-sobre-transformacao-da-camara-tecnica-de-saude-e-discute-propostas-que-serao-levadas-ao-cnj/>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

tratamento isonômico às partes significa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.¹¹⁵

Para se combater os excessos dela provenientes, a ponderação de interesses e a sujeição aos critérios já estabelecidos pelos tribunais superiores devem ser aplicados nas peculiaridades de cada caso, com o fim de se aferir a equidade: que todos os usuários estejam em patamar de igualdade para alcançar o pleno potencial de saúde.

¹¹⁵ A célebre frase é atribuída ao filósofo grego Aristóteles.

5 CONCLUSÃO

A positivação do direito à saúde como um direito fundamental na Constituição de 1988 propicia avanços e novos desafios jurídicos, culturais, políticos, sociais e econômicos para a sua plena efetivação. Ao longo deste texto, foram lançadas algumas percepções sobre a judicialização da saúde, mais especificamente sobre a exigência de fornecimento de medicamentos pela via judicial. Ademais buscou-se projetar as bases que incitam a reflexão sobre a tema: tanto quanto sobre as transformações trazidas pela judicialização e também quanto aos desafios inerentes à efetivação do direito à saúde.

Como visto, a tensão intrínseca aos direitos sociais e, particularmente, ao direito à saúde, consiste no vácuo existente entre os direitos garantidos formalmente e os conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano das práticas dos atores sociais, bem se sabe que a prestação dos serviços de saúde no Brasil está muito aquém do que prevê a Constituição: “direito de todos e dever do Estado”, ou seja, é do Estado o dever de tutelar esse direito, e infelizmente não o faz de forma honrosa e integral. O serviço de saúde pública é diariamente comparado ao caos. Essa ausência de políticas públicas eficientes permite a inserção das instituições jurídicas nesse processo, ensejando a judicialização.

Diante da negligência por parte dos órgãos públicos para com a efetivação das garantias que estão previstas na Constituição Federal, na conjuntura do presente escrito: a perspectiva da garantia ao direito à saúde relacionada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a discussão quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais não devem estar adstritas a legitimidade do Poder Judiciário para proferir decisões em face do poder público. Esta deve vislumbrar todas as faces do problema: desde o não cumprimento do que está expressamente previsto na Constituição Federal, a exemplo do Princípio Dignidade da Pessoa Humano, da garantia ao direito a vida e a saúde, até as questões de déficit orçamentário enfrentadas pelas esferas administrativas e de sobrecarga do judiciário pelo exorbitante número de processos.

É plausível trazer à tona os impactos orçamentários que o fenômeno da judicialização provoca, entretanto, não se pode adotar esse argumento como máxima com vistas a impedir que Poder Judiciário faça cumprir as normas constitucionais, destacando a saúde como um dos preceitos para uma vida digna.

Seria muito melhor para o paciente, para o poder público e para o próprio Poder Judiciário a não intervenção do último para a efetivação do direito à saúde, mas como esta se

faz necessária devido à própria ineficiência do sistema, faz-se fundamental que a mesma esteja adstrita a critérios e métodos eficazes para se evitar erros e conter possíveis abusos nas decisões judiciais.

Para que a judicialização seja combatida ou amenizada, cabe ao próprio poder público amparar a população com melhores condições assistenciais no âmbito da saúde, garantindo, pelo menos, o mínimo existencial.

Quando verificados os critérios estabelecidos pelos Tribunais Superiores e constatada a veemente urgência da medida jurisdicional, os argumentos contrários à judicialização devem sair de cena, já que ela ocorrerá de maneira responsável, dando vez aos que vislumbram a proeminência da salvaguarda tanto da saúde como da integridade física e psíquica do paciente, ou seja, da vida como um todo.

A ampliação do diálogo com os múltiplos agentes envolvidos nos processos de concessão de bens de saúde pela via judicial permite não só maior efetividade na concretização do direito à saúde e da macro justiça como também a mitigação de efeitos prejudiciais ao sistema de gestão do SUS. Aconselha-se, nesse sentido, a busca por parte dos magistrados de assessoria técnica-multiprofissional antes de proferirem suas decisões, como aponta o Conselho Nacional de Justiça e o próprio governo, ambos com projetos, já citados no presente trabalho, para que sejam elucidados possíveis conflitos advindos das decisões judiciais.

Além disso, não se desconsidera a necessidade de ampliação do financiamento do SUS, com a maior destinação de recursos financeiros do Estado para a área da saúde, como forma de dar azo para que o gestor público aloque as finanças da forma que confira maior efetividade à assistência à saúde tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito do cumprimento de inevitáveis ordens judiciais.

Cabe, por fim, mais uma vez trazer a ideia de “direito de todos e dever do Estado”, uma vez que ela é dotada de grande potencial semântico que não se restringe aos limites de um texto, haja vista que o direito à saúde potencializa uma gama de sentidos e impulsiona discussões políticas, sociais, culturais, econômicas e jurídicas sobre sua implementação, ademais essas discussões encontram esteio no mais proeminente diploma legal do Estado Constitucional, que é própria Constituição.

REFERÊNCIAS

ABOTT. É possível viver ao máximo sem saúde?. Disponível em: <: <https://www.lifetothefullest.abbott/pt/inspire-se/e-possivel-viver-ao-maximo-sem-saude.html>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, Rogério P. A Agenda do Keynesianismo Filosófico: Origens e Perspectivas. **Revista de Economia Política**, vol. 20, nº 2 (78), abril/junho 2000.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **A Agência**. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP. Acesso em: 09 mai. 2018.

ARISTÓTELES. **A Política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Fernando Passos Cupertino de; SOUSA, Maria Fátima de. **Equidade: Seus conceitos, significações e implicações para o SUS**. Revista Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 9-18, 2016. ISSN: 1984-0470. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/sausoc/issue/view/8534>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. jan. 2012, p.6. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/fkceimagens/file/artigobarroso_para_selecao.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2018.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-à-criação-da-sociedade-das-nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

BILLOT, Louis. *El Error del Liberalismo*. Argentina: Cruz e Fierro Editores.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. Vol. 1: 674 p. (total: 1.330 p.) Vários Colaboradores. Obra em 2 v.

BOBBIO, Norberto, 1909- **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990.

BRASIL. **Lei Federal n.12.401 de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial da União, 2011.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos. 1ª ed. Publicação/Produção. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002. p. 34.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Apud. SCHULMAN, Gabriel. **Jurisdição Constitucional e Democracia na Constituição Brasileira: entre o Ativismo Judicial e a Auto-Contenção**, p. 25

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva 2015.

CNJ. **Ministros do STJ e Fórum da Saúde debatem aumento da judicialização**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86828-ministros-do-stj-e-forum-da-saude-debatem-aumento-da-judicializacao>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

CNJ. **Atos administrativos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

CONTINO, Gabriel. “Gabriel, o Pensador”. **Sem Saúde**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JFER9bQdPhg>> Acesso em: 31 mai. 2018-06-04

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Kumen Juris, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo. Saraiva. 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna. 2002.

DOURADO, Daniel A. **Critérios definidos pelo STJ trazem pouco avanço na judicialização da saúde**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/daniel-dourado-tese-stj-avanca-judicializacao-saude>> Acesso em: 09 mai. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUIMARÃES, Reinaldo. **Judicialização na saúde: o que há de novo?** Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/sistemas-de-saude/judicializacao-na-saude-o-que-ha-de-novo/1733/>> Acesso em: 11 mai. 2018

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, George Marmelstein. *You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105> Acesso em 18 mai. 2018.

LOPES, Maurício Antônio Ribero. apud CRUZ, José Rogério da, e Tucci. **Garantias do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. 1ª ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral Do Estado**, São Paulo: Saraiva, 33ª Edição, 2017.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Revista Virtual da AGU, Ano XI, nº 116, setembro de 2011, disponível em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065, p. 16. Acesso em: 16 abr. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 2.566/2017**. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/lisaudelegis/gm/2017/prt2566_05_10_2017.htm>. Acesso em 15 mai. 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **Do Espírito Das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Regina Mrachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Parte dos casos de judicialização poderia ser evitada**. Disponível em: <<http://www.femipa.org.br/noticias/parte-dos-casos-de-judicializacao-poderia-ser-evitada/>> Acesso em: 12 mai. 2018.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

POPPER, Karl. **A Sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 3ª Ed., 1998.

REISSINGER, Simone. **Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso: 18 abr. 2018.

RIOS, Roger Raupp. **O Direito Fundamental à Saúde e a Atividade Legislativa**. In: Direito Sanitário em Perspectiva. Org. Sandra Mara Campos Alves, Maria Célia Delduque, Nicolau Dino Neto. Brasília: Fiocruz, 2013.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **O Controle de Constitucionalidade e o Exercício do Poder reformador no Brasil**. Disponível em < www.planalto.gov.br >. Acesso em 25 abr. 2018.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET. Ingo Wolfgang. **STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1)**. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>> Acesso em: 09 mai 2018.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** São Paulo, Malheiros, 1998.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982.

STF. **Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 319-4,** DJU 10.03.1993.

STF. Medicamento de alto custo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-medicamentos-alto-custo.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

STF. **Audiência Pública da Saúde.** <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronogram>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

STJ. **Consulta processual.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPER INTERESSANTE. **Os 12 conflitos armados que mais mataram pessoas.** Disponível em: <<https://super.abril.com.br/blog/superlistas/os-12-conflitos-armados-que-mais-mataram-pessoas/>>. Acesso em: 25 abr. 2018

TCU. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.html>> Acesso em: 29 mai. 2018.

TORRES, Raissa Brindeiro Araújo; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **A Expansão Do Papel Do Judiciário através Do Uso Da Interpretação Constitucional: O Ativismo Judicial.** **Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico** | e-ISSN: 2525-9601. Minas Gerais v. 1 n. 2, p. 280 Jul/Dez. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro, In: 29-49 jul/set.1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Comitê da Saúde delibera sobre transformação da Câmara Técnica de Saúde e discute propostas que serão levadas ao CNJ**. Disponível em: < <https://www.tjpb.jus.br/comite-da-saude-delibera-sobre-transformacao-da-camara-tecnica-de-saude-e-discute-propostas-que-serao-levadas-ao-cnj/>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

VERDU, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonha. Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-23. Disponível em: <http://a-ponte-aponte.blogspot.com.br/2007/10/o-terceiro-gigante.html> Acesso em: 24 abr. 2018.

WHITEHEAD, M. *The concepts and principles of equity in health*. International Journal of Health Services. v. 22, n. 3, 1992.