

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

RAYEGNE ALVES DOS SANTOS MENDES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA CONCESSÃO DE
MEDICAMENTOS OU DE TRATAMENTOS DE SAÚDE DE ALTO CUSTO

SOUSA – PB

2017

RAYEGNE ALVES DOS SANTOS MENDES

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA CONCESSÃO DE
MEDICAMENTOS OU DE TRATAMENTOS DE SAÚDE DE ALTO CUSTO**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Professora Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

SOUSA – PB

2017

RAYEGNE ALVES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA CONCESSÃO DE
MEDICAMENTOS OU TRATAMENTOS DE SAÚDE DE ALTO CUSTO

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Professora Esp. Vanina
Oliveira Ferreira de Sousa.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador(a): Professora Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Banca Examinadora

Banca Examinadora

A toda minha família e a Deus,
os quais me fazem ser quem
sou!

AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de todas as coisas, por estar sempre presente na minha vida, me guiando e guardando sempre, por ter me dado força e sabedoria para superar as adversidades encontradas.

A mãe Nossa Senhora Aparecida, por me sustentar nos momentos em que fui fraca. Por me levantar pela mão, todos os dias.

A minha mãe Raquel Alice e ao meu pai Gilberto Alves (*in memoriam*), por serem exemplos de ser humano, em especial a minha mãezinha por todo o esforço e apoio que me dedicou durante a minha jornada. Você é o ser humano mais lindo que eu conheço.

Ao meu esposo Antonio Gomes pelo carinho, companheirismo, pelos conselhos sempre oportunos.

Ao meu filho Caio Mendes, razão da minha vida e aquele que me faz ter forças para seguir sempre em frente. Por você acordo e luto todos os dias.

Aos meus irmãos Mara Alves e “Reivinho” Alves, por serem aqueles a quem sempre pude recorrer nas horas felizes e nas horas difíceis. Minha vida é mais feliz por vocês existirem.

Meus *agradecimentos* aos amigos e companheiros de trabalho e irmãos na amizade, que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida, com certeza.

A minha orientadora Vanina Oliveira, pelos conselhos e lições corretamente colocados, pela orientação em excelência. Uma docente extremamente capacitada.

Agradeço a toda a minha família por ser a minha base, meu apoio, por sempre estarem dispostos a me ajudar.

Aos verdadeiros amigos que o curso de Direito me deu, levarei sempre comigo.

Minha eterna e humilde gratidão!

*É preciso que eu suporte duas ou três
larvas se quiser conhecer as borboletas.*

(Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

O aumento no número de litígios que versam sobre a judicialização da saúde, reflete um déficit no sistema de saúde. Hodiernamente, diante do cenário de crise que o país enfrenta, torna-se cada vez mais custosa a garantia, pelo Estado, da efetividade do direito constitucional à saúde, levando assim os cidadãos, a buscarem no Judiciário uma fonte alternativa à efetivação deste direito. Diante disso esta pesquisa, tem por objetivo, analisar as orientações adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal referente ao direito constitucional à saúde, mediante análise da jurisprudência e observando que pontos os tribunais utilizam para definir a concessão de medicamentos ou tratamentos de saúde de alto custo. No trabalho, foi empregado a técnica de pesquisa do tipo exploratória e interdiciplinar, que se utilizou da pesquisa bibliográfica, com análise da legislação, doutrina e jurisprudência relacionadas ao tema. O tipo de método de abordagem utilizado foi o método dedutivo, através de uma análise geral da garantia do direito à saúde, frente a necessidade de tratamentos e medicamentos de alto custo. O Método de procedimento usado é o histórico, através da análise do direito à saúde nas constituições brasileiras, bem como o exegético-jurídico que se fundamenta na análise da legislação e das jurisprudências. O estudo mostrou que o número de ações judiciais em busca de atendimento para assistência em saúde, aumentou consideravelmente na última década, principalmente nas ações relativas a medicamentos ainda não adotados pelo Sistema Único de Saúde, o que pode ser atribuído diversas vezes pela falha na implementação ou execução de políticas públicas. Conclui-se através do presente estudo que o Judiciário preza que a judicialização seja um instrumento de exceção de busca por esse direito e não a regra.

Palavras chave: Jurisprudência. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

ABSTRACT

The increase in the number of litigation related to the judicialization of health reflects a deficit in the health system. Hordiernamente, faced with the crisis scenario that the country faces, it becomes increasingly costly the guarantee, by the State, of the effectiveness of the constitutional right to health, thus leading the citizens, to seek in the Judiciary an alternative source to the realization of this right. The purpose of this research is to analyze the guidelines adopted by the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court regarding the constitutional right to health, by analyzing the jurisprudence and observing the points that the courts use to define the concession of medicines or treatment of Health care. In the study, the exploratory and interdisciplinary research technique was used, which was used in bibliographical research, with an analysis of legislation, doctrine and jurisprudence related to the topic. The type of approach method used was the deductive method, through a general analysis of the guarantee of the right to health, against the need for expensive treatments and drugs. The method of procedure used is the history, through the analysis of the right to health in the Brazilian constitutions, as well as the exegetic-legal that is based on the analysis of legislation and jurisprudence. The study showed that the number of lawsuits seeking health care assistance has increased considerably in the last decade, mainly in actions related to medicines not yet adopted by the Unified Health System, which can be attributed several times to failure to implement Or execution of public policies. It is concluded through the present study that the Judiciary considers that the judicialization is an instrument of exception to search for this right and not the rule.

Key words: Case law. Reserve the possible. Minimal existential.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária;

Art. – Artigo;

CF – Constituição Federal;

SME – Formulário para Solicitação de Medicamentos Excepcionais

GAP – Guia de Autorização de Procedimento;

NAT – Núcleos de Assessoria Técnica;

PACS – Programa Agentes Comunitários de Saúde;

PSF – Programa Saúde da Família;

SUS – Sistema Único de Saúde;

STF – Superior Tribunal de Justiça;

STJ – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SEPARAÇÃO DE PODERES E DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.2 TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO BRASIL.....	20
2.3 A EFETIVAÇÃO DA PRESTAÇÃO ESTATAL NO LIMITE ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	23
3 DO DIREITO À SAÚDE	27
3.1 APORTE CONCEITUAL DE SAÚDE	27
3.2 DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	28
3.3 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	35
4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO SOCIAL AO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO E MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	40
4.1 O DIREITO AO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO E MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	41
4.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
4.3 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E SUA RACIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde está previsto na Constituição Federal de 1988, mais precisamente na órbita dos direitos sociais, é um direito público subjetivo garantido a todos. Todavia, devido ao cenário de crise que o país vivencia, torna-se cada vez mais complicado a garantia, pelo Estado, da efetividade desse direito, pois, como sabe-se, o direito à saúde está sendo constantemente judicializado, fato este que deveria ser exceção e não regra, visto tratar-se de um direito de todos e um dever do Estado.

Nesse diapasão, o tema discutido tem sido alvo de várias discussões no Judiciário, e também na sociedade de forma geral, pois, torna-se cada vez maior o número de ações judiciais a cada ano, daí demonstra-se a importância do tema proposto, já que a judicialização deveria ser uma exceção no tocante ao direito social à saúde. Assim sendo, a judicialização da saúde no Brasil tem sido um tema bastante comum e discutido nos últimos anos, devido ao número crescente de ações a cada ano.

Neste meio, muito tem se questionado sobre a prestação deste direito social constitucionalmente garantido. O direito constitucional à saúde e o custo extremamente dispendioso, dispensado a um só cidadão, são os principais pontos discutidos. Até onde recursos do orçamento público devem ser destinados de forma individual e o que isto pode repercutir na Administração Pública e até que ponto a interferência do Judiciário no campo administrativo pode ser feita de forma isolada sem maiores prejuízos a autonomia da União e dos demais entes federados.

Nesse contexto, o presente trabalho visa analisar as orientações adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STF) e pelo Supremo Tribunal Federal (STJ), referentes ao direito constitucional à saúde, e o confronto existente entre os princípios pertinentes ao objeto deste estudo, bem como explicar até que ponto existe a obrigação do Estado em promover a saúde, quando essa obrigação se torna impossível ao custeio de medicamentos e tratamentos ainda em fase experimental pelos laboratórios e não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou até mesmo quando aprovados não estejam listados como disponíveis pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

É preciso, também, verificar se a interferência do Poder Judiciário no campo

administrativo pode ser feita de forma isolada, sem maiores prejuízos a autonomia da União e dos demais entes federados, por fim será analisado a posição do Supremo Tribunal Federal frente às ações de judicialização da saúde.

Para a elaboração do trabalho, o de método de abordagem a ser utilizado é o método dedutivo, através de uma análise geral da garantia do direito a saúde, frente a necessidade de tratamentos e medicamentos de alto custo. Por sua vez, como método de procedimento utilizado será o histórico-evolutivo, através da análise do direito à saúde nas constituições brasileiras, bem como o exegético-jurídico que se fundamenta na análise da legislação e das jurisprudências. Por oportuno, será utilizada a técnica de pesquisa do tipo exploratória e interdisciplinar, a partir da análise direta da bibliografia no ordenamento jurídico brasileiro, com recorte a legislação, doutrina e jurisprudência.

Para o desenvolvimento da pesquisa em questão, estruturou-se o trabalho em três capítulos. Inicialmente, será feita uma análise sobre a formação do Estado Democrático de Direito, a evolução histórica da separação dos poderes, o sistema tripartite e seu surgimento no Brasil, assim como o surgimento dos direitos fundamentais e as formas de controle de colisão entre estas normas constitucionais. No primeiro capítulo, também será analisado, as posições acerca do embate entre a Reserva do Possível e o Princípio do Mínimo Existencial.

Na sequência, o segundo capítulo versará especificamente sobre o conceito de saúde, o direito constitucional à saúde, além da obrigação do Estado em garanti-lo, também será discutido sobre a implementação das políticas de saúde no Brasil, efetivadas através das ações e serviços do Sistema Único de Saúde.

Por fim, o terceiro capítulo concentrará seu contexto na análise do conceito de judicialização da saúde, em qual tipo de solicitação é mais comum nestas ações, e qual a posição do Supremo Tribunal Federal frente aos litígios apresentados.

2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SEPARAÇÃO DE PODERES E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo, será discutido os preceitos acerca dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito, além dos princípios constitucionais pertinentes ao tema ora discutido. Também serão analisados o posicionamento da doutrina sobre o sistema de controle entre os poderes, bem como a colisão de princípios, e os métodos de resolução. Ao fim do capítulo será exposto uma breve análise sobre o embate o Princípio da reserva do Possível e o Princípio do mínimo existencial.

No final do século XIX se consolidam as bases do Estado de Direito, sendo muito importante no desenvolvimento das sociedades, porém, considera-se o marco histórico na construção dos direitos humanos e na edificação do Estado democrático, a Revolução Francesa de 1789. A partir daí, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais instrumentos que marcam o início do Estado moderno (SANTOS, 2011).

Vale mencionar, que o Estado Democrático de direito deve garantir a proteção a todas as garantias fundamentais, as quais baseiam-se no "Princípio da Dignidade Humana", e surge como forma de garantia e segurança aos direitos humanos e as garantias fundamentais.

Desde os primórdios já se via necessidade de limitação do poder político. Platão em sua obra "A República" já se posicionava frente a necessidade de cada um exercer suas funções separadamente na sociedade, além da preocupação com a salvaguarda dos indivíduos contra os abusos políticos que eram constantes. Em função disso, demonstrava-se a importância de que o Estado e o Poder deveriam estar atados a justiça.

Aristóteles já defendia esse pensamento de divisão de funções estatais, como é visto em sua obra "A política". Nesta obra Aristóteles admitia a existência de três órgãos separados onde eram exercidas as funções do Estado, estes órgãos eram chamados de poder Deliberativo, Executivo e Judiciário (COUCEIRO, 2011).

Sobre este tema, a Teoria lockeana também se fundamentava na divisão de poderes como forma de enfraquecimento do poder absolutista do monarca. Locke propunha uma divisão em dois poderes inicialmente, sendo estes: o Executivo (que fazia cumprir as leis elaboradas) e o Legislativo (o qual era incumbido de elaborar as

leis), o poder Judiciário seria incluído no poder Executivo e complementarmente atribuía-se ao monarca o poder federativo que trataria de causas exteriores. (LOCKE, 1993, p. 336 *apud*, ALBUQUERQUE, 2006).

Para Locke (1993), o poder Legislativo é posto como um poder supremo, visto que os demais poderes são a ele subordinados, segundo Albuquerque, 2006. Este pensamento é consagrado através das palavras do referido filósofo ao afirmar que “A primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades, consiste em estabelecer o poder Legislativo” (LOCKE, 1993 *apud* ALBUQUERQUE, 2006).

Em coerência, a teoria de separação dos poderes de Charles Montesquieu (1748), parte da busca pelo Estado Justo e democrático, em que uma sociedade não absolutista deve basear seus preceitos na divisão de poderes. Através da obra “O espírito das leis” de 1748, Montesquieu traz então, a estruturação e os detalhes sobre esta divisão de poderes, e como deve ser um Estado regido por ela (COUCEIRO, 2011).

Observa-se que Montesquieu propõe a separação de poderes como princípio constitucional de suma importância. Traz em sua teoria a tripartição de poderes do Estado, sendo eles: O Poder Executivo, Poder Legislativo e o Poder de julgar. Urge lembrar, que esta divisão seria baseada na autonomia e na intervenção mínima necessária, proporcionando assim o equilíbrio entre os poderes e evitando possíveis abusos por parte de algum dos tais.

De acordo com Dourado et al. (2011), Montesquieu foi o responsável por introduzir o poder de julgar junto aos poderes fundamentais do Estado, e afirma que a concentração desses poderes em uma só mão ceifaria o conceito de liberdade atual, visto que onde houver apenas um interesse garantido não haverá possibilidade de escolhas, devendo ser exercido por pessoas diferentes evitando que apenas um interesse prepondere.

Neste sentido, Sousa Júnior (2002) afirma que para Montesquieu, os poderes estariam separados em órgãos e que cada órgão possuía uma função especializada, existindo assim além de uma separação orgânica, uma separação funcional. É oportuno consignar, que Montesquieu não defende a separação absoluta dos poderes de Estado, todavia, o filósofo aponta que a reunião destes poderes em um só resultaria em uma tirania estatal, inviabilizando assim a liberdade individual (PINHEIRO, 2011).

Como bem pontua Grinover (2003), a ideia de separação dos poderes é pedra angular na Constituição da República delimitando as funções de cada órgão do Estado e assim atribuindo ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição. Em consonância, Gomes (2013) discorre que o poder Judiciário tem a função de dissolver, quando provocados, os conflitos existentes em uma relação entre pessoas, aplicando ao caso concreto à lei.

Cabe salientar, que através dos representantes políticos o poder Legislativo exerce sua função de criação de leis, representando assim a população e seus anseios. Age criando normas de conduta que devem ser aplicadas pelos outros dois poderes (COUCEIRO,2011).

Por outro lado, o Poder Executivo é incumbido de promover atividades, aplicando a lei e atendendo as necessidades dos cidadãos. Já o Poder Judiciário, atua na resolução de conflitos, possuindo assim função jurisdicional, defendendo direitos e promovendo a correta aplicação das normas do ordenamento jurídico.

Convém destacar, que o principal problema da separação de poderes se refere a necessidade de se analisar quem exerce o poder, pois não se pode permitir que a minoria dotada de poder, possa esmagar quem não o detenham, surgindo assim processos emocionais ao invés de racionais (MADISON et al., 1788 apud GROHMANN, 2011).

Sobre separação de poderes, Cléve (2000 *apud* BAFFA. 2016, p.5), ressalta diferentemente, chamando atenção para esta divisão, que seria nominalmente falha e assim discorre:

O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. (...) A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes. O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. (...) Quando a doutrina tradicional trata do poder, dentro do contexto da célebre teoria em discussão, certamente, com esse significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função de Estado. Nada mais do que isso.

Desta forma, cabe-se frisar que esta divisão de poderes não é absoluta, e desta forma, cada poder possui funções típicas, mas também poderá exercer atividades não peculiares denominada de atípicas. Esta separação não existe com

intuito de tolher qualquer atividade de órgão não especializado, visto que é possível a realização destas atividades se coaduna com sua atividade-fim.

Não menos importante, e como parte integrante da construção do Estado Democrático, cabe-se citar aqui a relevância dos Direitos fundamentais. Visto que a para se manter democrático, é preciso garantir a concretização das garantias e direitos fundamentais. Tais direitos surgem no contexto da transição entre o Estado Liberal e o Estado Social. O modelo liberal de Estado tinha como características o não intervencionismo, atuando apenas na proteção das liberdades individuais.

No decorrer do tempo, a ausência de controle sobre os efeitos socialmente indesejáveis da livre atuação dos agentes econômicos privados provocou imensas desigualdades sociais, levando a grande maioria da população a viver em condições de absoluta miserabilidade e degradação, sem efetiva possibilidade de exercício de grande parte dos direitos, os quais, nesta condição, eram reduzidos a direitos meramente formais (CANOTILHO, 2003).

Esse contexto conduziu à concepção do Estado Social, caracterizado pela postura de intervenção na ordem econômica e social em prol da promoção do bem-estar dos cidadãos. Os direitos sociais passam, dessa forma, a ser incorporados, de forma significativa, às Constituições nacionais (CANOTILHO, 2003).

Ocorre que tais direitos demandam prestações positivas substanciais do Estado. Deste modo, por demandarem prestações estatais, voltadas para a distribuição, redistribuição, criação e destinação de bens sociais, tais direitos possuem uma dimensão economicamente relevante, dependendo de aspectos de conjuntura econômica. Portanto, para serem realizados, devem contar com disposição e disponibilidade de recursos orçamentários por parte do Estado (PORTELLA CASTRO, 2011).

Assim, observa que é notório que a separação de poderes, juntamente com a garantia aos direitos fundamentais e que devem existir com a finalidade de coibir abusos e visando assim consequentemente o bem-estar social.

Evidencia-se que a autonomia dos poderes não deve interferir na concessão dos direitos fundamentais e deve permitir que cada poder atue na sua esfera governamental, possibilitada, porém, a fiscalização de cada poder pelo outro, evitando assim uma autoridade demasiada, e garantindo a manutenção do Estado Democrático de Direito.

2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Verifica-se que os direitos fundamentais são aqueles constitucionalmente previstos na Carta Magna, incluindo-se também os implicitamente referenciados. Estes relacionam-se com as garantias que o Estado deve oferecer aos seus cidadãos. Em função disso, tais direitos abrangem diversos segmentos como por exemplo: o campo político, social, jurídicos e individuais.

Neste passo, os referidos direitos estão elencados de forma exemplificativa na Lei Maior, a Constituição Federal de 1988. Dessa forma, no art. 5º lê-se: “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 [...]”.

Cumprir destacar que surgem da necessidade de proteger os cidadãos do poder absoluto do Estado. Como destaca Moraes (2000, p. 19), “surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Além disso, os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito relacionam-se diretamente com a prática da cidadania e com a efetiva participação dos cidadãos no âmbito público, proporcionando assim uma concreta cobertura jurídica para as demandas sociais relativas aos direitos fundamentais (SANTOS, 2015).

Nesse sentido, positivados pela Constituição os direitos fundamentais compõem uma dimensão objetiva, sendo assim não podem ser analisados apenas do ponto de vista individual, devem voltar-se sua visão jurídica para a coletividade, onde poderá existir algumas limitações desses direitos em prol da comunidade, tornando-se assim uma liberdade que deve ser concebida não no meio individual, mas no meio social (SANTOS, 2015).

Ressalta-se também que são denominados direitos do homem, direitos fundamentais, ou direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas e são constitucionalmente previstos em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, onde são divididos da seguinte forma: Direitos individuais e coletivos; Direitos sociais; Direitos de

nacionalidade; Direitos políticos; Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos.

Isto posto, os direitos fundamentais são analisados enquanto direitos jurídico-positivos, e são considerados como um complexo normativo hierárquico, presentes no maior patamar das fontes do direito, que são as normas constitucionais (GSCHWENDTNER, 2001).

Outro aspecto relevante, são as características dos direitos fundamentais. Morais (2000), as descreve da seguinte forma: I- Imprescritibilidade (refere-se ao fato de os mesmos não se perderem com o decorrer de prazos), II- Irrenunciabilidade (onde não cabe renúncia aos direitos fundamentais), III- Inviolabilidade (não caberá desrespeito aos direitos fundamentais, devido a normas infraconstitucionais ou atos de autoridades públicas), IV- Universalidade (a abrangência desses direitos engloba a todos sem distinção alguma) e a V- Efetividade (o Poder Público deverá garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais).

Ademais, no que se refere a eficácia dos direitos sociais, alguns destes direitos, poderão ter características de normas programáticas, as quais podem ter aplicabilidade progressiva, dentro daquilo que o Estado pode proporcionar. Alguns direitos sociais, entretanto, poderão configurar-se dentro da classificação de normas de eficácia plena e assim serem passível de cobrança prestacional por parte do Estado (BARROSO, 2006).

Por outro lado, observa-se que no que diz respeito efetividade dos direitos sociais, ainda há muito que se caminhar. Não se pode atestar a perfeita efetividade dos direitos sociais, visto que sua aplicabilidade no cotidiano, por vezes ainda é precária e limitada. Deste modo, ao analisar os direitos sociais no campo de sua efetividade, ainda se observa que existe um grande abismo entre aquilo que se prevê constitucionalmente e a realidade social.

Com isso, considera-se que os direitos fundamentais são o pilar e o fundamento não só do ordenamento jurídico, como das relações entre as pessoas, gestores e os operadores do direito (LOURENÇO, 2011). Sendo assim, o Estado deverá agir desenvolvendo ações que atentem aos parâmetros apontados pelo ordenamento jurídico, respeitando assim os direitos fundamentais dos cidadãos garantidos pela constituição. Diante do que foi enunciado, é possível observar que

devido ao amplo o número de direitos fundamentais, e a importância dos bens que protegem, configura-se bastante comum a ocorrência de litígios que implicam na necessidade de resolução de colisão entre as normas constitucionais. Entende-se que, na presença de colisão de normas constitucionais, esta deverá ser resolvida analisando-se cada ponto apresentado diante do caso concreto, e aduz-se imprescindível que nesses casos, deve-se lograr os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Considera-se inegável que hierarquicamente não existe superioridade jurídico-formal entre as normas constitucionais, da mesma maneira muitos conflitos ocorrem pelo fato de as normas apresentarem soluções diferentes para o mesmo caso. De acordo com Moro (2001), deve-se buscar a mais proveitosa utilização de ambas as regras constitucionais, preservando assim os princípios da unidade, da constituição e efetividade.

Convém ressaltar que a colisão de princípios constitucionais ocorre no plano axiológico, e não há neste campo supremacia de um sobre o outro, o que deve ocorrer é a ponderação sobre os interesses jurídicos litigiosos, para que se possa auferir uma solução justa garantindo o menor sacrifício possível dos bens jurídicos tutelados (DAMACENO, 2014).

Decerto, não se resolve uma lide descartando um dos princípios da “lista”, tão pouco não se decide qual princípio deverá remanescer diante de outro. Diante disso, através do juízo de ponderação, o magistrado deve preservar ao máximo os direitos e as garantias constitucionais tutelados.

O conflito entre princípios ocorre quando um ou mais princípios puderem ser aplicados na resolução de litígio em um caso concreto, onde ambos (dispostos na Constituição direta ou indiretamente), indicam soluções jurídicas antagônicas, que levam o operador do direito a escolher entre a mais benéfica em face da outra, no caso em questão (LOPES, 2006).

No caso de colisão de princípios, deve-se ponderar os bens envolvidos em cada caso, e avaliar qual decisão acarretará menos danos aos envolvidos. Nestes casos, considera-se válido a utilização de alguns princípios como ferramenta de apoio na resolução da lide. Neste sentido, observa-se que deverão ser seguidos como forma auxílio na resolução de conflitos: o Princípio da Concordância Prática, Princípio da Proporcionalidade, a Ponderação e da Necessidade.

O Princípio da Concordância Prática refere-se a uma ideia de adequação de valores, afim de que estes sejam protegidos da forma correta, serve como guia ao princípio da Ponderação. Também conhecido como princípio da Harmonização. Propõe que os bens constitucionalmente protegidos sejam analisados baseados na proporcionalidade e equilíbrio. Sobre este princípio, propõe-se que haja unidade na interpretação da lide, permitindo que se veja a constituição como um todo, sem sobressair nenhuma norma. Assim, pode-se dizer que o princípio da concordância está intimamente relacionado com o princípio da unidade (VASQUEZ, 2016).

Já a Proporcionalidade, trata-se de um princípio constitucionalmente implícito, utilizado como forma de otimizar a situação conflituosa, promovendo a mais possível e proporcional relação meio e fim, evitando assim desvantagens desproporcionais. Deve ser utilizado em conflito de princípios de qualquer geração, sejam eles individuais ou coletivos. A utilização deste princípio é reservada aos casos concretos onde deve-se preservar ao máximo cada um dos bens tutelados (VASQUEZ, 2016).

Sobre o Princípio da Proporcionalidade, Campos (2004, p.28) assevera que:

sempre que houver direitos colidindo-se será necessário utilizar-se de tal princípio, como o princípio da justa-medida [...] o princípio da proporcionalidade traduz a busca do equilíbrio e harmonia, da ponderação de direitos e interesses à luz do caso concreto como melhor forma de aplicação e efetivação destes mesmos direitos.

Por sua vez, o Princípio da Ponderação consiste em uma técnica de decisão utilizada na avaliação das colisões de princípios constitucionais, onde as decisões devem ser fundamentadas e propostas de forma racional, atribuindo peso a cada princípio e permitindo por vezes a aplicação de mais de um princípio, quando necessário. Encontra-se com o Princípio da Unidade da Constituição, onde há uma visão geral da Constituição, permitindo harmonia nas resoluções de conflitos. Trata-se de um balanceamento na valoração de bens e princípios, utilizada em casos complexos (LOPES, 2012).

Vale ressaltar que a ponderação só se torna necessária, quando verdadeiramente houver se constatado a colisão de princípios constitucionais. A esse propósito, não se torna um princípio mais importante e significativo que o outro. Cada caso concreto permitirá uma avaliação diferente e específica. Por fim, explica-se o Princípio da Necessidade, também conhecido como subprincípio da exigibilidade, que é definido como quando se utiliza aquela medida verdadeiramente

necessária, a medida adotada deve ser aquela menos onerosa, não sendo ela nem hipossuficiente nem exorbitante (LOPES, 2012).

Neste cenário, cabe salientar que todo este processo de aplicação destes princípios, constituem uma técnica hermenêutica, que de acordo com Barroso (2010), baseia-se em três etapas: o primeiro passo é identificar os comandos normativos conflituosos, indicando todos os argumentos e elementos da lide em questão. Posteriormente, deve haver a identificação de fatos relevantes, onde haverá uma análise dos fatos e particularidades do caso concreto, por fim, a fase de decisão onde ocorrerá a valoração dos bens jurídicos em colisão, e os pesos atribuídos aos elementos em questão.

Mediante o que foi dito, extrai-se que as normas em colisão devem ser avaliadas sob à luz das variáveis fáticas de cada caso, e caberá ao intérprete estabelecer um peso específico, a cada bem, no confronto em questão. O equacionamento destas tensões principiológicas, deverá levar em conta os aspectos normativos do problema, atribuindo relevâncias a cada bem tutelado (SARMENTO, 2004).

Em síntese, os princípios constitucionais devem ser ponderados sob a ótica da proporcionalidade para maior efetividade na sua aplicação. A necessidade de utilização destes princípios regentes do ordenamento jurídico atual poderá gerar por vezes situações de choque, conflituosas, requerendo assim a intervenção do intérprete. Os operadores do direito devem então lançar mão de toda forma legal de resolução baseando-se nas técnicas e meios anteriormente mencionados.

2.2 TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS NO BRASIL

Historicamente, o Brasil possuía sua divisão de poderes em quatro partes, sendo o quarto poder denominado moderador. Seria este uma espécie de poder Judiciário dos demais poderes. Com isso, sobre este poder, a doutrina acrescenta que tinha a função de corrigir e impor limites e que possuía tarefa corretiva às exorbitâncias e aos abusos susceptíveis de abalar a unidade política do sistema.

Com o passar dos tempos, as modificações trazidas pelas constituições vigentes o Brasil evolui politicamente, até chegar no modelo proposto por Montesquieu. Como observa-se na CF/88, instituído em seu art. 2º, ao se ler que:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Complementarmente, a Carta Magna, ainda traz em seu art. 60, §4º, que, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos Poderes. Cabe mencionar que onde fala-se poderes, entenda-se como funções, visto que o Poder Estatal é uno e indivisível.

É adequado registrar, que a constituinte foi instituída objetivando a fixação de elementos e mecanismos que atuem na limitação do poder estatal. Limitação esta, que se dá através da tripartição dos poderes (DANTAS, 2015 *apud* CASANOVA, 2017). Dessa forma, esses poderes devem coexistir harmoniosamente e respeitando-se a autonomia de cada um de forma que sejam independentes. E desta forma, de acordo com Montesquieu, acrescenta-se que, para que o Estado aja de forma moderada é preciso que os poderes sejam combinados, regrados e que existam com condições de resistir um ao outro (MORAIS, 2000).

Por sua vez, ao analisar essa coexistência entre os poderes no país, Dourado (2011, p. 6) aponta alguns impasses:

Ao se analisar a forma como estão arranjados os poderes no Brasil, constata-se que isso não ocorre adequadamente. Há uma certa preponderância do Poder Executivo sobre os demais poderes, exercendo, portanto, uma ingerência que entendemos como imprópria. Percebe-se que é concedido ao poder executivo, domínios que estão em desacordo com a doutrina exposta. O fato de este Poder ter a faculdade de legislar “excepcionalmente”, e indicar toda a composição da mais alta corte do Judiciário brasileiro certamente indica que ele se sobressai sobre os outros, danificando, assim, a eficácia da organização estatal do nosso país. Entendemos, então, que esta seja uma das principais causas para a tensão que assola a democracia brasileira.

Todavia, esta posição em que se encontra o Executivo, põe em risco o preceito da harmonia e independência que deve existir entre os poderes. Evidencia-se que a Constituição confere autoridade soberana aos seus três poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantindo, dessa forma, a autonomia e independência dos poderes entre si.

Em face de todo que foi exposto, insta citar que esta tripartição de poderes, existe como forma de garantia da permanência do Estado Democrático de Direito, e é chamada pela doutrina de “Sistema de Freios e Contrapesos”. Este sistema funciona como forma de controle, impondo limites e permitindo desta forma que um poder possa influenciar outro, ou até mesmo fiscalizá-lo. Com efeito, este sistema de

freios e contrapesos, é previsto constitucionalmente quando a Carta Magna os coloca como “independentes e harmônicos entre si”. Verifica-se que é importante que esta independência não seja absoluta, sendo assim, devido a dinamicidade dos poderes é importante que existam meios de barrar o abuso por parte de qualquer um deles. Através dela, busca-se o equilíbrio na relação entre os poderes, promovendo o bem da coletividade e evitando os desmandos de um em detrimento do outro (COUCEIRO, 2011).

O STF apresenta-se como um exemplo claro deste sistema, trata-se de um órgão máximo do Poder Judiciário, que tem como uma de suas funções realizar o controle de constitucionalidade, podendo assim interferir nas decisões do Legislativo. Através das Ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs), o Judiciário poderá garantir os direitos constitucionais em face de abusos tanto por parte do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo.

Sobre isto, Gonçalves (2007) dispõe que este sistema de controle constitucionalidade, trata-se de um conjunto de instrumentos derivados da própria Constituição federal e baseiam-se na necessidade de resguardar a soberania do poder constituinte.

De outra parte, as ADINs servem como forma de defesa da ordem jurídica, através da verificação da constitucionalidade de algum ato normativo e devem ser promovidas através de uma ação judicial. Nesse cenário, tem-se que o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), existe como forma de evitar a imposição de um poder sobre o outro, permitindo assim que haja limites na atuação desordenada de algum deles (CASANOVA, 2017).

Outra forma de freio e contrapeso refere-se a possibilidade do veto presidencial a projeto de lei apresentado, como é exposto pela Carta Magna no art. 66:

A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1.º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Isto posto, é possível o Executivo Interferir no âmbito do poder Legislativo. Pode-se citar como forma exemplificativa de interferência entre os poderes, a possibilidade do processo de *impeachment*, que seria uma forma de controle exercido pelo Legislativo, juntamente com o Judiciário, afim de barrar irregularidades, sendo utilizado como forma de correção a atos do chefe do Executivo. Ademais, acrescenta-se que atipicamente também poderá o Executivo legislar e atuar nesta função, quando se estabelece medidas provisórias, através do Presidente da República.

Convém lembrar, que esta forma de se impor limites, e a interferência propriamente dita não só é aceita como também se faz necessária. A exemplo dessa necessidade, estão os controles de legalidade sobre os atos do Executivo ou do Legislativo, sendo esta intervenção no mínimo necessária à manutenção da ordem constitucional (CASANOVA, 2017). Cumpre destacar que este sistema deverá ser utilizado nos casos que são expressamente previstos constitucionalmente e não deverá ser operado em qualquer situação de forma discricionária (PADILHA, 2014).

Outrossim, estas prerrogativas devem ser vistas como uma complementação natural e garantidora da separação de poderes, permitindo assim que cada um dos poderes, ao exercer as atribuições de sua competência, também possam controlar os demais ao mesmo tempo que é controlado (MATOS, 2016).

Diante do que foi enunciado, torna-se imprescindível entender que o Princípio da Harmonia entre os poderes deve prevalecer, já que este princípio é pilar do Estado Democrático Brasileiro, atentando-se para o fato de que deverá apoiar-se para isso no Princípio da Legalidade.

2.3 A EFETIVAÇÃO DA PRESTAÇÃO ESTATAL NO LIMITE ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A atuação do Estado, no âmbito da prestação de direitos, em geral, sujeita-se a disponibilidade de recursos disponíveis à execução das atividades estatais. Neste passo, essa direção baseia-se na regulamentação imposta pelo princípio da reserva do possível.

Trata-se de uma forma limite imposto na concretização dos direitos fundamentais, a qual preceitua que o cidadão só poderá exigir do Estado, aquilo que

se enquadre dentro dos conceitos da razoabilidade, mesmo o Estado apresentando recursos para tal fim (ÁVILA, 2013). Cabe consignar que se deve entender a teoria da reserva do possível, sobre a luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, frente aos bens jurídicos tutelados e a capacidade orçamentária do Estado. Em função disso, para que se cumpra a promoção dos direitos fundamentais, é mister levar em consideração as possibilidades financeiras do Estado.

Registre-se que a Reserva do Possível tem origem no ordenamento jurídico alemão, no caso denominado na época de *numerus clausus*, onde estudantes ajuizaram ação para que fossem aceitos nas universidades de medicina de Munique e Hamburgo, mesmo com a limitação de vagas existentes. No caso em questão, a Corte Alemã embasou sua decisão no que ficaria conhecido como a Teoria da “Reserva do Possível”, alegando que não seria razoável um gasto tão exorbitante a um grupo minoritário, visto que se deve sempre pensar no bem comum da maioria. (ÁVILA, 2013).

Nesse sentido, cabe destacar que a utilização desse pressuposto poderá acarretar a limitação de um direito fundamental, sendo assim, é de suma importância que haja uma forte fundamentação em um caso, em que o operador do direito opte por não atender uma necessidade essencial do cidadão baseada nesta proposta.

No cotidiano, observa-se a dificuldade de aplicação do Princípio da Reserva do Possível, mediante a possibilidade de ferir o que institui o Princípio do Mínimo Existencial. Tal princípio trata-se de um direito fundamental constitucional intrínseco ao cidadão. Falar de mínimo existencial é remeter-se a garantia dos direitos fundamentais, que margeiam a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Constitui a fração mínima necessária que deve ser prestado pelo Estado para garantir a sobrevivência da pessoa. Deste modo, a doutrina trata este princípio como sendo o “núcleo dos direitos fundamentais”.

De acordo com Torres (1999, p.141 *apud* PORTELLA, 2007), pode-se definir mínimo existencial como “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”, e como exemplo claro dessas prestações positivas, destaca-se o “bolsa-família”.

Decerto, observa-se que, normativamente há previsão do mínimo existencial na Lei Orgânica da Seguridade Social, que elucida em seu art. 1º: “A assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas” (Lei nº 8.742/93).

Nesse contexto, convém ressaltar as disposições do art. 170 da CF/88, assim posto: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Ademais, convém enfatizar, que este princípio também é legalizado no âmbito dos direitos internacionais, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 25, que elenca: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a 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. Neste campo, o dever do Estado em dispor a prestação de serviços e materiais está ligado a real insuficiência de recursos próprios. E esta garantia ao mínimo existencial, pode se dá de diversas maneiras, como por exemplo no campo da saúde, segurança, educação, alimentação.

Com efeito, a efetivação do mínimo existencial não pode limitar-se somente a garantia da sobrevivência, é importante que se proporcione ao menos as premissas necessárias para uma vida digna (OLIVEIRA, 2016). Diante disto, o mínimo existencial é um direito público subjetivo do indivíduo, que possui a configuração do direito à igualdade, e não deverá ser submetido a qualquer outorga judicial (SOLLA, 2010).

Por sua vez, a assistência social aos necessitados também caracteriza-se como uma forma de positivação do princípio do Mínimo Existencial, o que garante aqueles hipossuficientes (física e mentalmente) se sustentarem sozinhos. Sendo isso o mínimo, para que possam se manter de forma digna. Assim sendo, o Estado Democrático de Direito tem a obrigação de garantir a efetivação do princípio da Dignidade Humana, garantindo aos cidadãos os seus direitos fundamentais (PORTELLA, 2007).

Faz-se necessário observar que a utilização de recursos do Estado na garantia de concretização de direito fundamental, deverá ser embasada na análise tanto da disponibilidade destes recursos, quanto da legalidade de sua disposição, pois é notório que as ações do Estado devem seguir os parâmetros das leis orçamentárias. A esse propósito, registra-se que esta teoria não pode existir como um ícone limitador dos direitos fundamentais. Como bem se posicionou o Ministro Celso de Melo (2006, [s.n]):

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Impende observar, no entanto, que alegar a impossibilidade orçamentária remota do Estado, frequentemente ou de forma periódica, não deverá ser suficiente para que se impeça o cidadão de receber o mínimo existencial. Por conseguinte, não se permite que o Princípio da Reserva do Possível seja usado como escudo pelo Estado, nem óbice para a efetivação dos direitos sociais.

3 DO DIREITO À SAÚDE

Após abordar as posições sobre direitos fundamentais e princípios constitucionais, neste capítulo será feita a análise das questões que englobam o direito fundamental à saúde. Para tanto, inicialmente será dada uma definição ao conceito de saúde, para que se possa posteriormente desenvolver sobre o tema proposto.

3.1 APORTE CONCEITUAL DE SAÚDE

O conceito de Saúde é bem mais amplo que apenas a ausência de enfermidades, não trata-se apenas um conceito simples. Para se conceituar o termo saúde faz-se necessário uma visão global sobre o indivíduo e seus determinantes sociais.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, definir saúde é referir-se ao bem-estar social entre os cidadãos (OMS, 1948). Por estar relacionado com qualidade de vida, surge um grande problema em conceituar também o que seria qualidade de vida, visto que se trata de uma questão subjetiva, intrínseca. A qualidade de vida boa ou má não tem como ser rotulada.

Neste passo, para aprofundar-se no conceito de saúde, é imprescindível que se use pelo menos alguns indicadores, visto a subjetividade do ponto em questão. Erroneamente, classificar a saúde como ausência de doenças, torna-se um conceito vago, visto que esta ausência de doenças propriamente dita, não implica necessariamente a verdade sobre o conceito de saúde.

Com efeito, falar em direito a saúde, não se resumir apenas a disponibilidade de atendimento ambulatorial ou hospitalar, o direito à saúde deve ser visto de uma forma global, no âmbito de sua prevenção e promoção também. Este direito engloba vários outros, para que se alcance sua efetividade. Nesse sentido, é preciso ter em mente a que a qualidade de vida saudável engloba além da assistência hospitalar propriamente dita, outros direitos constitucionais básicos como lazer, cultura, saneamento básico (SÌCOLE; NASCIMENTO, 2003).

É adequado registrar que a carta de Ottawa (1986) apresentada na Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde em Ottawa no Canadá,

conceitua que para se preservar a saúde é necessário abranger os recursos básicos indispensáveis, sendo eles: habitação, educação, alimentação adequada, ambiente saudável, recursos sustentáveis, equidade, justiça social, paz e renda.

No mesmo ano, em Brasília, ocorre a VII Conferência Nacional de Saúde, trazendo sua definição de “conceito ampliado de saúde” como sendo: “a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. A conferência foi um ponto primordial no avanço da reforma Sanitário no Brasil, que viria a se legitimar em 1988 com a promulgação da Carta Magna (Brasil, 1986).

É propício evidenciar que sobre o tema discutido, o caput do art. 194 da CF/88 diz que, a saúde é dos pilares da Seguridade Social (saúde, previdência social e assistência).

Sobre isto, discorre Carvalho (2008, p.1251):

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia, trabalho, lazer, alimentação saudável na qualidade necessária, campanha de vacinação dentre outras.

Desta forma, vale ressaltar, que conceituar a saúde não se restringe em ater à atenção apenas de forma individualizada, ao assistencialismo hospitalar e sim a todo aquele conjunto de bens, de afazeres, de cuidados e estado do ser.

Cabe salientar que o conceito de saúde deve ir além dos aspectos biológicos, observando-se a importância dos aspectos sociais, políticos e econômicos no processo de adoecimento e saúde da população. Sendo estes determinantes sociais fundamentais na formação desse conceito ampliado de saúde.

3.2 DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Direito fundamental à saúde está inserido no âmbito dos direitos sociais, de segunda dimensão, e deverá ser preservado e garantido a todas as pessoas. Trata-se de uma prerrogativa constitucional indissociável do direito à vida.

Historicamente, o direito à saúde surge já na primeira constituição brasileira, em 1824, onde na redação do seu artigo 179, XXX, trazia que: “A Constituição também garante os socorros públicos”. Estes cuidados eram voltados aos escolares e doentes mentais, e não ultrapassavam nem 1% de todo o orçamento, tratava-se de uma assistência bastante precária (CASTILHO, 2014).

Insta destacar que devido aos surtos de varíolas e febre amarela, as ações oferecidas pelo Estado apenas se voltavam para essas duas moléstias, enquanto que as entidades religiosas e particulares se encarregavam das demais. Neste ínterim, surge a nova carta constituinte, esta já republicana, porém esta não trouxe nenhuma mudança significativa, e a estes tempos a epidemia de tuberculose já era disseminada (CASTILHO, 2014).

É sabido que a Carta de 1937, traz algumas modificações no que se refere ao direito à saúde, onde as organizações estaduais de saúde são reestruturadas e ampliadas (permitiu também que os estados legislassem sobre casas de saúde, obras de higiene popular), ações do Governo Federal no que tange ao combate às epidemias e endemias são intensificadas e são destinados recursos a proteção materno-infantil (JÚNIOR, 2013).

Nos anos seguintes, e com a promulgação das novas constituintes não se observa grandes avanços no que concerne o direito à saúde. A era militar traz consigo um retardo no apoio social e baixos indicadores de saúde e educação. As décadas de 70 e 80 são marcadas por grandes discussões e mobilizações acerca das questões de saúde, começa aí a surgir uma nova questão política. O que culminou ao fim da década de 80, nas mudanças implementadas pela Constituição Federal de 1988 (CASTILHO, 2007).

O direito à saúde já é citado desde a Declaração dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu art. XXV, que institui:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família *saúde*, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Deste modo, une-se o direito à vida ao direito da dignidade humana. Destarte, o direito à saúde está inserido no campo dos direitos fundamentais constitucionais, sendo considerado tanto um direito fundamental originário como também um direito

fundamental derivado (quando há intercessão legislativa na regulamentação do seu exercício) (CAMARGO, 2014).

Cumpra-se destacar que hermenêutica da Constituição permite entender o papel dos direitos fundamentais na construção do Estado Democrático de Direito. Em seu artigo 6º estão elencados os direitos fundamentais de caráter social: “São direitos sociais a educação, a *saúde*, a alimentação, o trabalho, o transporte, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Daí se extrai o Direito Fundamental à Saúde.

Por sua vez, o art. 5º da Constituição Federal estabelece, em seu parágrafo I, que as normas garantidoras dos direitos fundamentais têm caráter de aplicabilidade imediata. O direito à saúde (como um direito de caráter subjetivo individual) possui esta característica de aplicação imediata, e não necessita nem depende de nenhum ato legislativo, judiciário ou administrativo para garantir sua validade (SILVA, 2012).

Com efeito, observa-se que o direito fundamental à saúde está estritamente relacionado ao princípio regente do ordenamento jurídico vigente, que é o princípio da dignidade humana e ao direito à vida. Este direito evoluiu juntamente com o conceito de saúde, que foi ampliado com o passar dos tempos.

Nesse particular, urge lembrar o voto do Ministro Celso de Melo no recurso em agravo regimental 271286 RS:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.

Nessa esteira, como forma de reafirmar a efetivação dos direitos fundamentais, surgem as garantias constitucionais. De acordo com Moraes (2005), estas garantias se apresentam na forma de imposições, positivas ou negativas, direcionados principalmente aos órgãos do Poder Público, limitando assim sua conduta como meio de proporcionar a observância ou inobservância do direito transgredido.

Tomado de empréstimo a posição de Machado (2010), define-se o SUS como forma de garantia Constitucional do direito à saúde, sendo sua atuação baseada na

organização de serviços públicos de saúde e ações que permitam a para promoção, proteção e recuperação, efetuadas pelo Estado.

Neste mesmo entendimento, Sarlet (2006 *apud* MACHADO, 2010) afirma que:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. E, conforme o artigo 5º, parágrafo 1º, da CR/88 os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Decorre que, o Estado que se omitir na sua implementação poderá ser condenado à obrigação de fazer, por meio do que se conhece como "judicialização das políticas públicas.

Dispõe-se necessário ressaltar, que subsiste o direito da sociedade de exigir que o Estado intervenha, veementemente, para que assim se possa garantir a efetivação do direito fundamental à saúde. Diante disto, o Estado deverá garantir o direito à saúde, seja ele individual ou coletivo, assegurando assim, o cumprimento do princípio base da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana. Trata-se de condição indispensável ao cidadão, e uma proteção a um dos bens mais valioso, que se possui. Nesse particular, Barroso (2009, p.10) ressalta que:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais sendo frequentemente identificada como núcleo essencial de tais direitos.

Tal dever parte inicialmente da imposição da constituinte em seu art. 196 que nos fala:

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

Neste passo, a obrigação e o dever de agir do Estado, surge quando o direito à saúde é posto como um bem intangível, imanente ao direito à vida, tornando-se assim tarefa do Estado, exercer a tutela protetiva sobre tal direito. É oportuno consignar que o Estado deverá agir através de ações, políticas e serviços que garantam a efetividade do direito constitucional à saúde, não podendo assim ser passível de omissão. Ao se falar em dever do Estado, é importante entender que se

estende a obrigação tanto a união, quanto aos estados e municípios, tornando-se assim uma obrigação solidária entres os entes federados.

Outrossim, o direito à saúde não deve ser garantido apenas de forma curativa e assistencialista, é necessário que o Estado atue seguindo os preceitos também da promoção e prevenção, através de campanhas educativas, ações de prevenção e conscientização da população acerca de práticas saudáveis (ANDRADE, 2011).

Nesse sentido, o STF vem se posicionando sobre o tema, conforme se infere do excerto de jurisprudência abaixo:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa institucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RE 267.612 – RS, DJU 23/08/2000, Rel. Min. Celso de Mello).

Concomitantemente ao que dispõe a Carta Magna, existem as normas infraconstitucionais que também surgem como forma de reafirmar esse direito. Dentre elas, destacam-se a lei nº 8.080/90 e a lei nº 8.142/9, que são preceitos legais que dispõem sobre como o estado deverá agir, promovendo ações e serviços de saúde, desenvolvendo políticas sociais e econômicas direcionados a amenizar os agravos à saúde e os riscos de doença e assegurando um acesso universal e igualitário entres as pessoas.

Neste âmbito, tais ações e serviços serão realizados por instituições/órgãos de Direito Público, podendo também as instituições privadas o fazerem através de convênios e contratos (conforme preconiza o art.199 da CF/88). A Lei nº 8.080/90, surge com o intuito de regulamentar, essas ações dentro do Sistema Único de Saúde (SUS- instituído pela Carta Magna em seu art. 196). E pontua em seu artigo 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Nesse cenário, o art. 3º da Lei nº 8.080/90, apresenta um reforço sobre o papel do Estado na garantia à saúde, assim:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Verifica-se assim, que o dever do Estado referente ao Direito à saúde, é promover meios e acessos que permitem a sociedade a garantia da efetivação do seu direito. Tem Estado o dever constitucional de atuar na promoção à saúde, não trabalhando apenas na cura e prevenção de doenças, mas também através de ações e serviços que permitam uma melhora na qualidade de vida.

A esse propósito, deve acrescentar-se, que caberá ao Estado, não só a sua garantia ao Direito à saúde (no sentido da minimização dos riscos e possíveis agravos à saúde pública), mas também a garantia ao acesso universal e irrestrito de todos às ações essenciais voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde (ANDRADE, 2011).

É cabível frisar que sobre o dever de agir do Estado, entende-se que está incluído a promoção das ações e serviços de saúde, o que permitirá a formação de uma ordem social promissora, que busca o bem-estar e a justiça social, e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais (CAMARGO, 2014).

Isto posto, como previsto pela Constituição, o direito à saúde será garantido através de políticas sociais, e o acesso a estes serviços deverá ser fundado visando ações de promoção, proteção e recuperação.

Em conformidade, o agravo regimental AI 734.487-AgR), a Min. Ellen Gracie declara que:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Verifica-se então que o direito à saúde é um benefício constitucional indisponível, assegurado através da elaboração de políticas públicas, que devem ser

atendidas, postulando do Estado a obrigação de fornecer condições que facilitem o acesso aos serviços de saúde.

Sendo assim, estas ações devem atuar atendendo as necessidades dentro do campo da promoção, prevenção e proteção da saúde, onde são definidas como: Promoção (ações que são executadas a fim de acabar ou controlar as causas das doenças e agravos. Proteção (relativo às ações típicas e específicas para prevenir riscos e exposições às doenças e Recuperação (que são as ações executadas perante o adoecimento já apresentado (internações, procedimentos médicos, exames) (ANDRADE, 2011).

Convém ressaltar que segundo O'Donnel (1989 *apud* MOURA, 2012) promoção da saúde é a ciência e a arte de ajudar as pessoas na mudança dos seus estilos de vida, almejando a um perfeito estado de saúde (buscando o equilíbrio da saúde física, emocional, social, espiritual e intelectual). Em função disso, esses fatores, podem ser facilitados por meio da combinação de esforços para a conscientização, modificando comportamentos e criando ambientes que permitem as boas práticas de saúde.

Infere-se que as ações do Estado devem divididas de forma que algumas se voltem para a preservação da saúde, com a diminuição do risco de adoecimento, enquanto as outras concentrem-se na cura propriamente dita, de forma individual, através do tratamento e recuperação do indivíduo enfermo (ANDRADE, 2011).

Nesta esteira, de acordo com A Carta de Intenções, formulada na Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, denominada Carta de Ottawa (1986), a promoção à saúde é definida da seguinte forma: "o processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria da sua qualidade de vida e saúde, incluindo maior participação no controle desse processo".

Assim sendo, cabe salientar que para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social, os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente.

Desta forma, a promoção à saúde não é responsabilidade exclusiva do setor da saúde, e deve ir além de um estilo de vida saudável, almejando um bem-estar global. Nesse sentido, a promoção da saúde refere-se ao processo de capacitação, afim de que se possa atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde (SÍCOLI; NASCIMENTO, 2003).

Sobre a prevenção, esta é definida como uma forma de antecipação à doença, prevenindo-se ou precavendo o dano (BRASIL, 1990). A esse propósito, a prevenção corresponde a medidas educativas, que visam melhorar a resistência e o bem-estar geral das pessoas. Está relacionada a boas práticas de saúde (atividade física, repouso, boa alimentação, boas práticas de higiene).

Na sequência, define-se a recuperação, como sendo o tratamento oferecido já no período de convalescência, na fase de adoecimento, onde são implementados os cuidados de saúde propriamente ditos. A fase de recuperação refere-se à finalização das fases de diagnóstico e tratamento da enfermidade, através de atos curativos (BOMFIM, 2017).

Tais estratégias de saúde, articuladas com as demais políticas do SUS, contribuem para que se possa oferecer um atendimento integral e eficiente toda a população, evitando o aparecimento de doenças, ou reduzindo sua incidência. Processo esse que permite um maior controle da saúde populacional, permitindo conseqüentemente, uma diminuição de gastos com agravos a saúde.

Em face de todo o exposto, o direito à saúde deverá então ser respeitado e aplicado, devendo o Estado executar ações e serviços que permitam a proteção do bem-estar social, buscando efetivar as garantias e direitos constitucionais, garantindo assim que se possa efetivar o direito constitucional à vida.

3.3 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 permitiu a transformação do direito à saúde em direito fundamental, passando a ser obrigação do Estado a promoção à saúde pública e a obrigatoriedade do seu fornecimento. E é através da CF/88, que surge o sistema de promoção à saúde no Sistema Único de Saúde, como meio para atender as carências da população e proporcionar o acesso saúde.

Nesse cenário, o art. 198, CF/88 institui que:

As ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

Sobre isto, a Lei nº 8.080/90, art. 4º, refere-se à definição do Sistema Único de Saúde (SUS) como: “É o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições Públicas Federais, Estaduais e Municipais, da Administração Direta e Indireta e das Fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde”.

Nesse passo, o Sistema Único de Saúde gerido pelo Estado em todas as suas esferas de governo: federal, estadual e municipal. Dispõe de um conjunto de unidades, serviços e ações que permitem a realização das suas propostas de promoção e recuperação da saúde. Tem por princípios a universalidade, integralidade e equidade, descentralização e a participação popular. (NAKAMURA, 2014).

É conveniente enfatizar que a criação do Sistema Único de Saúde simboliza um grande marco histórico das políticas de saúde no Brasil, visto que, com sua implementação a atenção à saúde torna-se um preceito garantido legalmente como direito fundamental, devendo o Estado assegurá-lo a toda a população. Trata-se de uma política pública que tem como objetivo a inclusão social e propiciar aos cidadãos o acesso aos serviços de saúde.

Urge lembrar que a Emenda Constitucional 29, de setembro de 2000, regulamentada pela Lei Complementar nº 141 de 2012, foi aprovada visando garantir que sejam disponibilizados os recursos mínimos para o financiamento serviços públicos e ações de saúde, incorpora-se as receitas de todas as esferas governamentais (federal, estadual e municipal) para o SUS, determinando porcentagens mínimas de recursos que esses entes devem investir nesta área.

Além disso, a Lei Complementar nº 141 de 2012, surge para regulamentar a emenda constitucional mencionada, visto que “Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal ao dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; também estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo (BRASIL, 2012). Acrescente-se que esta lei, discorre que, os recursos aplicados na saúde sejam designados às “ações e serviços públicos de acesso universal, igualitário e gratuito”.

Convém esclarecer quais seriam os gastos com saúde. Segundo o seu art. 3º da Lei Complementar nº 141 de 2012 seriam:

I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos [...].

Todas estas ações e serviços disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, deverão seguir a diretriz ou princípio do SUS, que versa sobre a Assistência Integral dos Serviços de Saúde.

Cumprido destacar que o conceito “atendimento integral”, descrito pela CF/88, é um dos princípios norteadores da saúde. É positivado pelo art. 198, II que afirma que deverá existir “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

Em consonância a Lei nº 8.080/90, que regulamenta o SUS, em seu art. 7º, II, afirma que o SUS deverá seguir as diretrizes constitucionais e princípios, onde, destaca-se entre eles, a “integralidade da assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Com efeito, o atendimento integral engloba as ações exigíveis dos serviços do SUS, de natureza curativa ou preventiva, referentes às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Este princípio considera o cidadão como um todo, respeitando assim suas necessidades.

É posto em prática, ao se disponibilizar conjuntamente as a ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Desta forma, o Estado deverá compor um conjunto de ações, que partem desde a prevenção até a assistência curativa, em todos os níveis de complexidade.

É adequado registrar que a integralidade dos serviços do SUS deve atender todas as pessoas, tenham ou não condições financeiras de suportar os gastos da saúde de forma privada, não se permitindo assim, interpretação da lei que diminua o direito à saúde e aos seus serviços a apenas uma categoria de pessoas (SILVA, 2011).

Neste pórtico ao se falar em atendimento integral, deverá ser entendido como ações e serviços que buscam cientificar, prevenir e curar doenças e agravos à saúde, permitindo a pessoa a proteção do seu caráter biológico e psicossocial assim como a recuperação da sua saúde. Proporcionar o direito à integralidade do atendimento às pessoas, ultrapassa a natureza organizacional hierarquizada da assistência de saúde, torna-se oferta de qualidade de atenção individual e coletiva garantida a população (SILVA, 2011).

Em função disso, a fim de que se possa proporcionar o atendimento em sua integralidade, se faz necessário a prestação de serviços através de atendimentos de baixa média e alta complexidade. Desta forma é preciso que as ações de baixa complexidade, sejam postas como eixo garantidor às demais, e não se limite apenas a um pacote básico de serviços (BRASIL, 2007).

Deste modo, as ações da atenção básica estão elencadas nas diretrizes e normas para a organização da atenção básica para o Programa Saúde da Família (PSF) e o Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS), instituídas pela Portaria do Ministério da Saúde nº 648/2006. A atenção básica define-se então como nível primário de atenção à saúde, que emprega tecnologia de baixa densidade – procedimentos simples e mais baratos (BRASIL, 2007).

Referente aos serviços de média e alta complexidade, O Conselho Nacional de Secretários de Saúde expõe-se a seguinte definição:

A média complexidade ambulatorial é composta por ações e serviços que visam atender aos principais problemas e agravos de saúde da população, cuja complexidade da assistência na prática clínica demande a disponibilidade de profissionais especializados e a utilização de recursos tecnológicos, para o apoio diagnóstico e tratamento (BRASIL, 2007, p. 17).

Já a alta complexidade, refere-se aos de procedimentos que, dentro dos serviços oferecidos, envolvem alto custo e alta tecnologia, visando oportunizar à população, o acesso a serviços especializados. Desta forma ao unir-se aos demais níveis de atenção dos serviços de saúde (atenção básica e de média complexidade), é possível efetivar o Princípio da Integralidade, proposto pelo Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2007).

Mediante o que foi dito, atualmente, há uma propensão estatal em contestar a garantia ao princípio da integralidade, onde alega-se que o SUS não tem condições para atender a cenários individualizados, e que este deve atentar principalmente à

efetivação de políticas públicas que abranjam à população como um todo, sob pena de se fragilizar o sistema público de saúde, diminuindo a possibilidade de ser disponibilizado serviços básicos de saúde ao restante da sociedade.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO SOCIAL AO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO E MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Devido à constitucionalização dos direitos sociais o direito fundamental à saúde passa a ser alvo de demandas judiciais de forma cada vez mais frequente. A judicialização da saúde busca trazer de volta a assistência esperada e garantida na Constituição Federal. Esse termo nos remete a pretensão de acesso aos serviços de saúde junto ao Judiciário, pela população que litiga para que o Poder Executivo seja compelido, através das ações judiciais individuais ou coletivas, garantindo assim a efetivação das políticas públicas.

Há que ressaltar que a judicialização da saúde vem a fim de possibilitar que os cidadãos pleiteiem do Sistema Único de Saúde, o fornecimento de medicamentos experimentais, medicamentos e tratamentos de alto custo e demais prestações não contempladas pelas ações e serviços de saúde nacionais.

Consoante o entendimento de Magalhães (2012) diz que o fenômeno da Judicialização acontece quando na vigência de uma norma constitucional presume-se uma pretensão objetiva e/ou subjetiva que é pleiteada, e neste contexto caberá ao juiz decidir, e o poder Judiciário deve ser chamado a conhecer o fato, não podendo este negar-se a emitir uma decisão, seja ela qual for.

Convém destacar, que a judicialização da saúde não deve ser confundida com o ativismo judiciário, visto que o fenômeno da Judicialização não depende da vontade Judiciário, e só se torna perigosa quando julgada excessivamente desproporcional, o ativismo poderá acontecer mesmo quando não houver pleitos de judicialização, sendo assim, o ativismo judiciário perigoso, pois relaciona-se com a atuação impulsionada por convicções pessoais do juiz. Sendo assim a judicialização deverá buscar a efetividade das políticas públicas e não a gênese das mesmas.

4.1 O DIREITO AO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO E MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

O direito à saúde é um campo muito complexo, e é necessário que o Estado disponha de uma organização administrativa e financeira para poder atender as necessidades da população. Não é incomum os indivíduos não conseguirem medicamentos fundamentais para manutenção da sua vida. Em sua maioria, os medicamentos para patologias mais severas ou para doenças crônicas, possuem um custo muito alto, tornando-se inacessíveis para a maioria da população.

Em regra, o Estado tem obrigação de fornecer o tratamento e medicações indicados pelo SUS, que são submetidos a análise da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e que estariam aptos a atender à necessidade da população.

O fornecimento de medicamentos que não está disponível na lista do SUS é uma questão incerta, já que de um lado há a Constituição Federal garantindo o direito à saúde e do outro as condições de controle orçamentário dos Estados e Municípios para as doenças que implicam a disponibilidade de medicamentos de alto custo.

Anteriormente a implementação do SUS, os medicamentos de alto custo eram disponibilizados de forma não regulamentada. O financiamento e a gerência dos medicamentos de alto custo eram de incumbência do INAMPS¹, e resumia-se a poucos elementos. A maioria das medicações disponibilizadas, eram utilizadas no tratamento de pacientes renais, transplantados e hormônios de crescimento.

Cabe ressaltar que somente em 1995, começa uma padronização sobre quais medicamentos poderiam ser distribuídos gratuitamente. A portaria SAS/MS nº 102, traz a nova relação de medicamentos excepcionais, que poderão se¹r pagos por meio da Guia de Autorização de Procedimento (GAP).

Sobre este assunto, trata a Portaria SAS/MS nº 204 de novembro de 1996, e estabelece medidas de controle dos gastos e estabelece o Formulário para Solicitação de Medicamentos Excepcionais (SME) e exclui a cobrança por GAP,

¹ O Inamps foi o sistema de política pública de saúde, utilizado da criação do SUS, foi extinto pela lei federal 8.689, no ano 1993. Esse instituto era responsável pela assistência médica aos trabalhadores que contribuíam com a previdência social.

passando estes medicamentos para cobrança através do BPA. Além de atualizar a relação de medicamentos (BRASIL, 2004).

Em 1998, é aprovada A Política Nacional de Medicamentos, estabelecendo em suas diretrizes a reorientação da assistência farmacêutica, incluindo a garantia de acesso aos medicamentos de alto custo recomendados para doenças de caráter individual.

Atualmente, a tabela de procedimentos vigente do SIA/SUS para o Grupo 36 (Medicamentos Excepcionais) é a decorrente da publicação da Portaria GM/MS nº 1.318, de 23 de julho de 2002, complementada pela Portaria SAS/MS nº 921, de 22 de novembro de 2002, que juntas contemplam 105 substâncias ativas em 220 apresentações. O aumento no número de medicamentos a serem contemplados foi justificado pelo MS como decorrente da possibilidade financeira de gerenciá-los, frente à desoneração tributária com a qual este grupo de medicamentos estava sendo contemplada (BRASIL-CONASS, 2004, p.17).

Atualmente A Portaria GM/MS nº 1.318, de 23 de julho de 2002 e a portaria GM/MS nº 921, de 25 de novembro de 2002, estabelecem, os valores de ressarcimento, e quais são os medicamentos excepcionais.

O Ministério da Saúde formulou os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, afim de determinar padrões para o diagnóstico de cada doença, os parâmetros para inclusão e exclusão de pacientes no tratamento, e também as doses das medicações necessárias, bem como seu acompanhamento e avaliação do tratamento. Essas regulamentações são direcionadas apenas aos medicamentos padronizados pelo SUS.

4.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O poder Executivo e o Legislativo devem atuar promovendo a criação e implementação de políticas públicas, e cabe ao Judiciário fazer valer o seu cumprimento. No entanto deve ser mencionado, que este cumprimento deverá ser garantido por todos os poderes estatais. É preciso, porém, muitas vezes, uma intervenção e por que não se dizer interferência por parte do Poder Judiciário como forma de se garantir a otimização da aplicação desses direitos.

Como é sabido, a Administração Pública é responsável pelo gerenciamento de recursos, pelo controle econômico e assim responsável pela garantia da

efetivação da promoção dos direitos fundamentais. Mas este controle financeiro não deve ser um óbice ao cumprimento e promoção das políticas públicas que garantem os direitos fundamentais. Deste modo, falar de intervenção do Judiciário na tutela dos direitos e garantias fundamentais, vai muito mais além do que se pensa sobre interferência no âmbito de criação e aplicação de leis orçamentárias. É muito mais do que interferência no mérito administrativo. Abordar esse assunto é ver essa atuação do Judiciário como forma de tentativa de garantia dos direitos civis. Sabe-se que as decisões judiciais que garantem o direito individual para o acesso aos medicamentos pleiteados constituem um custo muito alto para o Estado, e assim acabam por prejudicar o orçamento que seria destinado a ações e serviços para a população em geral (NAKAMURA, 2014).

Assim, não basta que a Administração Pública alegue escassez de recursos, para que Estado se negue prover os direitos fundamentais prestacionais. O Estado deve ser o interventor no tocante a garantia de execução das políticas elaboradas, garantindo assim o cumprimento dos preceitos constitucionais. Desta forma, não se caracterizaria descumprimento do Princípio da Separação de Poderes.

O fato de o magistrado, frente a um caso concreto, onde há lide de colisão de princípios, atuar de forma discricionária, não se torna uma afronta ao papel do legislador, principalmente nos casos onde está em jogo a garantias dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, sabe-se que o Judiciário atua como protetor da Carta Magna, defendendo e garantindo os direitos sociais, valendo-se também de instrumentos legais de controle do Judiciário na exigência de direitos a prestações, tais como: o mandado de segurança (individual e coletivo), a ação civil pública, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme aponta Gottlieb (2010).

De tal forma, é apropriado sublinhar que o STF reconhece então o direito à saúde e assim, dá-se início ao processo denominado judicialização da saúde. Este fenômeno gera um impacto no orçamento econômico do Sistema, o que por muitas vezes dificulta o trabalho dos gestores e a oferta de serviços assistenciais à população.

A judicialização surge por diversos motivos, inclusive da pressão da indústria farmacêutica, assim como também pela insuficiência de ações políticas, onde o

cidadão é obrigado a buscar judicialmente seus direitos. A judicialização da saúde envolve tanto os gestores como os operadores do direito. De acordo com Barroso (2008, p.3):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.

Existem inúmeras causas para a crescente demanda de ações referentes a judicialização, seja pela falta de investimentos e infraestrutura no âmbito da saúde pública, seja pela falha das políticas públicas de saúde ou pela urgência em se receber determinados serviços de saúde.

Diante de tudo que foi exposto, questiona-se, se a administração pública se torna omissa, e até onde a intervenção do Judiciário neste ramo não irá ferir o princípio constitucional da separação de poderes. Neste sentido, Appio (2006) discorre que:

A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, através das instâncias de democracia participativa.

Neste lume, acrescenta Meirelles (2016), que o controle judicial é o realizado privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário ao se realizar uma atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, que se restringe apenas à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

Por conseguinte, cabe então mencionar que todos os atos administrativos podem ser submetidos ao controle do Judiciário, visto que constitucionalmente se

prevê que, não se pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito, individual ou coletivo (MEIRELLES, 2016).

Em função disso, o poder Judiciário está apto a interferir também nos casos de omissão por parte da Administração Pública. Sendo assim possível interferir, desde que relativamente a questões de legalidade e legitimidade, sem poder adentrar nas questões de mérito. Vale lembrar, que uma nova nomenclatura surge na doutrina referente às questões de intervenção judicial: ativismo judicial. Esta terminologia refere-se aos atos do Judiciário que vão além do limite de sua jurisdição, é a forma como o Juiz interpreta as normas proativamente. Falar de ativismo judicial é nos remeter diretamente a formação de jurisprudências.

Pode-se definir ativismo judicial como o posicionamento adotado pelo magistrado, frente a um caso concreto, através da solução de litígios, onde o mesmo promoverá a hermenêutica das normas segundo suas convicções, garantindo a efetivação do direito às partes, da melhor forma possível. Acontece quando o magistrado vai além do que preconizou o legislador, tentando por muitas vezes suprir alguma lacuna de lei.

Embora, erroneamente, sejam considerados sinônimos, a judicialização da política e o ativismo judicial, tem conceitos diferentes. A doutrina trata a judicialização como “fato” e não como opção do magistrado. De acordo com Barroso (2009, p. 2), a judicialização é ligado ao fato de questões de cunho político e social serem decididas por órgãos do Poder Judiciário e não somente pelos Poderes Executivo e Legislativo, e que a judicialização engloba também a transferência de poder ao Judiciário, trazendo importantes transformações no nome de participação da sociedade. Ainda acrescenta: “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte” (BARROSO, 2009, p.12).

O ativismo judicial pode facilitar a proteção aos direitos fundamentais, devendo ser sempre utilizado com ponderação, para que não fira o princípio da separação de poderes. Ramos (2010, p.129 apud Granja (2013), conceitua o Ativismo Judicial da seguinte forma:

Exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em

detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Assim, o ativismo judicial pode ser visto como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais principalmente nos casos de omissão do Poder Público. O ativismo judicial relaciona-se com a forma de interpretação da constituição, nos casos que não houver sido explicitamente demonstrado na Carta Magna.

Outra forma de garantia de efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado, é visto através das interpretações do STF sobre o reconhecimento da solidariedade entre os entes federados na concessão de benefícios, ou seja, responsabiliza-se União, Estados e municípios nas questões obrigacionais. Destarte, no RE 195.192-3/RS, pronuncia-se o Min. Gilmar Mendes:

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

Extraem-se, então, algumas posições a serem adotadas, como forma de auxílio ao Estado na garantia a efetivação aos direitos sociais, durante as ações prestacionais.

Sobre isto, pode ser posto que após a audiência pública nº4, o ministro Gilmar Mendes, em seu relatório em resposta ao agravamento regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF, na qual indefere o pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, formulado pela União, cita alguns critérios a serem observados, quando há necessidade autorização de dispensa de medicamentos de forma judicial, são eles: “Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”.

Nesta mesma audiência, realizada em 27 a 29/4/2009 e 4 a 7/5/2009, o (STF) discutiu os questionamentos acerca a “Judicialização do Direito à Saúde”, esta audiência teve a participação tanto dos gestores públicos como também dos

profissionais da área médica, juristas, professores além de usuários do SUS, foi um marco muito importante para a democracia a respeito do direito à saúde, e teve por objetivo “esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde: Sistema Único de Saúde – SUS”.

E assim, após a análise dos pontos favoráveis e desfavoráveis sobre a judicialização, notou-se que muitos palestrantes apresentaram alternativas de como contornar as suas causas e os seus efeitos no Brasil. Uma das formas encontradas foi a criação dos Núcleos de Assessoria Técnica (NAT), presentes em alguns estados brasileiros como São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Os NATs têm como função, oferecer assessoria e consultoria técnica aos magistrados afim de embasá-los na fundamentação de suas decisões; são constituídos por equipes multidisciplinar que devem elaborar pareceres técnicos, explicando os aspectos clínicos assim como sobre as políticas públicas em saúde relacionadas à demanda judicial (GOMES et al., 2014).

Contudo, não se pode dizer que o Judiciário estará interferindo na seara da criação de políticas públicas, o mesmo observará se a prestação de saúde pleiteada está entre as políticas sociais e econômicas do Sistema Único de Saúde (SUS), e determinará apenas o seu cumprimento (Ag. Regimental na suspensão de tutela antecipada 175 - relator min. Gilmar mendes. 17/03/10, 30/04/10 DJe n ° 76).

Destarte, para que ocorra a impugnação judicial é necessário que o processo a judicialização da saúde ocorra de forma pontual e respeite o planejamento e a gestão dos gestores da saúde, e que atue corrigindo apenas as falhas e lacunas da Administração Pública.

Corroborando com tal entendimento, Gomes et al. (2014) enfatiza que a principal argumentação ao assunto, é que deverá o Judiciário garantir o direito fundamental à saúde, principalmente quando houver iminência de risco de morte. O dever de agir também caberá quando ocorre omissão do Estado na implementação de políticas públicas.

O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na garantia a assistência à saúde, além de uma presença cada vez mais constante deste Poder na gestão em saúde (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p.9).

Por outra vertente, segundo Machado *et. al* (2011), a maior interferência do Judiciário poderá prejudicar a execução de políticas de saúde no âmbito do SUS, já que o cumprimento de determinações judiciais nas ações sobre judicialização da saúde implica elevação dos gastos não programados.

Nesse lume, consoante preconiza Asensi e Pinheiro (2015, p.132):

O direito passa não mais a ser visto de forma absoluta, podendo ser relativizado sob o argumento da insuficiência de recursos. Tanto em tribunais quanto no próprio âmbito dos juristas, o debate acerca da relação entre direitos e custos econômicos tem crescido e, inclusive, tem sido objeto de defesa do Estado em diversas ações judiciais.

Não se pode negar que realmente existem problemas orçamentários, tanto para os Estados como para os municípios, mas o que se espera é que ao julgar os magistrados lancem mão tanto da razoabilidade como da cautela. Nesse sentido, observa-se que a ações em que se autoriza cumprimentos judiciais de fornecimento de insumos e medicamentos implica também o aumento nos gastos não programados. Assim, observa-se que o papel do Estado como garantidor dos direitos fundamentais, apesar de legalmente previsto, ainda encontra muitos entraves na sua implementação, o que faz necessário a atuação do Judiciário de forma mais efetiva na seara dos outros poderes.

Desta forma, perante as falhas cometidas pelo Estado, os cidadãos, seja de forma individual ou coletiva, recorrem ao Judiciário na pretensão de obter o direito constitucional à saúde. Por sua vez, a solicitação e concessão de ações judiciais tem se apoiado na interpretação de que a integralidade abrange o direito a toda e qualquer tecnologia ou serviço em saúde que proponha à promoção, prevenção, recuperação ou manutenção da saúde.

Visto que o número de ações referente a pedidos sobre a judicialização da saúde é crescentemente assustador, e que a função principal do Judiciário não é de intervir na Seara do Executivo, é preciso que se busquem caminhos, a fim de melhorar a assistência pública e a proteção dos direitos sociais, evitando assim o acúmulo de processos no Judiciário.

4.3 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E SUA RACIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Com a constitucionalização dos direitos sociais e a ocorrência de dificuldades institucionais, o Estado deixa a desejar no que diz respeito a efetiva prestação dos serviços de saúde, sob a justificativa das crises econômicas que assolam a sistemática orçamentária. Diante disso, inúmeros são os cortes de recursos que poderiam ser destinados a um setor indispensável à manutenção do equilíbrio social, o que acaba por permitir a ocorrência de inúmeras ações que demandam por assistência ambulatorial e/ou farmacêutica.

O STF apoia-se no entendimento de que o direito à saúde é verdadeiro direito fundamental, configurando-se como direito público subjetivo indisponível. E atua não definindo políticas públicas, e sim na garantia a efetivação do direito individual à saúde.

Acerca da temática, os Tribunais, a depender do caso concreto, dão provimento aos pedidos que versam sobre o tema:

Medicamento fornecimento de medicamentos para tratamento de Diabetes Mellitus e doença cardíaca - é dever do Estado garantir a saúde da população concedida segurança sentença reformada - aplicação da Recomendação nº 31, do Conselho Nacional de Justiça consoante a I Jornada de Direito da Saúde referente aos problemas inerentes à judicialização da saúde Enunciado nº 2. Recurso provido, com observação.

(TJ-SP - APL: 00035577620138260539 SP 0003557-76.2013.8.26.0539, Relator: Venicio Salles, Data de Julgamento: 14/01/2015, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/01/2015).

A possibilidade de deferimento do pedido, será relativa a gravidade do problema, urgência do pedido e a disponibilidade do tratamento solicitado. Desta forma é preciso uma análise minuciosa daquilo que se pleiteia: Como verifica-se a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO SOB O RITO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. JUDICIALIZAÇÃO DE SAÚDE. CIRURGIA. URGÊNCIA. LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. COMPROVAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS. 1. Para a concessão de liminar que antecipa os efeitos da tutela, mostra-se necessário o preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, quais sejam, prova inequívoca e convencimento da verossimilhança das alegações, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 2.

Demonstrada a relação de plausibilidade do direito invocado e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista se tratar de questão que envolve a saúde da autora e a presença de resquícios tumorais, se apresenta viável a concessão da tutela antecipada. 3. Deu-se provimento ao agravo de instrumento. (TJ-DF - AGI: 20150020284710, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 09/03/2016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/03/2016. Pág.: 239).

Apartir da análise de julgados acerca do tema da judicialização da saúde, o que se verifica é que alguns parâmetros são estabelecidos, durante a análise de cada caso. O primeiro dele versa sobre a existência ou não de políticas de saúde que abrangem o pedido pleiteado, ou se este pedido está inserido nas ações e serviços do SUS.

Sobre este assunto Magalhães; Ferreira (2017), acrescenta que devem ser analisados, os preceitos propostos pela STF: se há omissão legislativa, decisão administrativa de não fornecer o que está sendo solicitado, ou até mesmo vedação legal para tal feito.

Neste sentido, observa-se durante a análise dos julgados, que há um seguimento costumeiro adotado nas jurisprudências, quando se refere a medicamentos experimentais ou medicamentos de alto custo, não inclusos ainda na lista de medicamentos do SUS.

Neste pórtico, depreende-se que, no caso de medicamentos experimentais, o Estado não é obrigado a conceder o pedido a que se pede deferimento. Já no que concerne sobre tratamentos oferecidos pela rede particular de saúde, e que estão no rol de medicamentos de alto custo, poderá haver deferimento do pedido, desde que sejam de “ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares” (MAGALHÃES; FERREIRA, 2017).

Do mesmo modo, é possível observar a questão ora mencionada, nos julgados que discorrem sobre a disponibilização de medicamentos de alto custo:

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. DEVER DO ESTADO. 1- Suficientemente demonstrada a existência de enfermidade suportada pelo paciente/substituído, a necessidade do uso de terapia medicamentosa e a omissão do poder público, não há falar-se em inadequação da via mandamental para a busca da prestação jurisdicional nem mesmo de ausência de prova pré-constituída. 2- É obrigação do Poder Público assegurar a toda pessoa física, indistintamente, o direito à vida e à saúde, faculdades estas garantidas pela Constituição Federal (art. 196), competindo-lhes fornecer, de forma gratuita, os medicamentos

necessários ao tratamento do paciente. 3- O Plenário do Supremo Tribunal Federal já proclamou a existência de repercussão geral da questão relativa à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (incidência do art. 328 do RISTF e aplicação do art. 543-B do CPC). 4- Por ser de alto custo o medicamento, a paciente/substituída deverá renovar a prescrição médica de três (03) em três (03) meses. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJ-GO - MS: 01972453720168090000, Relator: DES. CARLOS ESCHER, Data de Julgamento: 25/08/2016, 4A CAMARA CIVEL, Data de Publicação: DJ 2104 de 05/09/2016).

É possível observar, que somente o fato de ser dispendioso, não se torna óbice para o deferimento dos pedidos. O Estado deverá fundamentar sua defesa, baseado na possibilidade real de lesão à ordem e na não comprovação de eficácia do tratamento solicitado.

O que se observa nas análises das jurisprudências é a tendência que o Judiciário tem, para deferir pedidos de medicamentos de alto custo, quando não se resta provada lesão à ordem e quando comprovada a real necessidade e indicação do medicamento solicitado.

Assim, é possível o deferimento quando se trata de pedidos relacionados a medicamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, porém, é necessário que estejam regulamentados pela ANVISA, e deverá se restar comprovada a ineficácia do medicamento oferecido pelo SUS.

Corroborando tal posicionamento, convém trazer a baila excerto de jurisprudência do TRF da 4^o Região:

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em ação de procedimento comum, indeferiu pedido de tutela provisória, para o fornecimento gratuito do medicamento acetato de abiraterona 1000mg ao autor, portador de câncer de próstata de CID C 61. Em suas razões recursais, o agravante alegou que: (a) faz jus ao recebimento do medicamento pleiteado, porque, segundo a avaliação de médica integrante do CACON, "haverá RISCO ELEVADO DE FALECIMENTO, se não houver o início imediato do tratamento com a medicação requerida", e (b) "há provas nos autos de que o autor fez tratamento com todos os fármacos disponibilizados pelo SUS e mesmo assim houve progressão da doença. Nesses termos, requereu a antecipação de tutela e, ao final, o provimento do recurso, para "determinar o IMEDIATO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO ABIRATERONA 1000mg [...]. Entretanto, o medicamento pleiteado não faz parte da lista do SUS. (2) o medicamento possui registro na ANVISA, foi prescrito por médico vinculado ao SUS, junto ao Hospital São José, (CACON), e é o mais adequado e eficaz no combate da moléstia em seu estágio atual; (3) ele já foi submetido aos tratamentos oferecidos pelo SUS, sem êxito; (4) não existe, no atual estágio da doença, medicamento disponibilizado pelo SUS que possa substituir o fármaco, e (5) há evidente risco de agravamento da doença e óbito. Tais circunstâncias são, pois, suficientes para caracterizar, em uma

análise[...]Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela [...] Assim, considerando a possibilidade de o tratamento perdurar por tempo considerável, pois o fornecimento da medicação deve ser mantido enquanto o fármaco for eficaz para o controle da doença, o autor deverá (a) comprovar a persistência das condições que fundamentaram o pedido, apresentando à unidade de saúde competente receita médica atualizada a cada 3 (três) meses; (b) informar em caso de suspensão/interrupção do tratamento e (c) devolver, no prazo de 48 horas, os medicamentos/insumos excedentes ou não utilizados, a contar da interrupção/suspensão do tratamento. Intimem-se, sendo os agravados, com urgência, inclusive para contrarrazões, nos termos do art. 1.019, II, do CPC. Após, ao Ministério Público Federal.

(TRF-4 - AG: 50375388220174040000 5037538-82.2017.404.0000, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 18/07/2017, QUARTA TURMA).

Segue desta forma, um dos preceitos sugeridos, onde as medicações de alto custo poderão ser garantidas, quando mesmo não estando no rol de medicamentos do SUS, estão ao menos, regulamentadas pela ANVISA, e são única forma de se evitar danos irreparáveis à condição do paciente.

Nota-se que, mesmo ausentes da lista legalmente regulamentada pelo SUS, quando se mostrar comprovada a necessidade do serviço e/ou da assistência farmacêutica, é possível obter o deferimento esperado nestas ações, desde que estes medicamentos sejam regulamentados pela ANVISA.

Adversamente posiciona-se o STF, quando demonstrado que a conduta prestacional poderá gerar grave impacto orçamentário ao Estado, e que esta conduta traga danos que possam ser comprovados concretamente.

Consoante tal entendimento também, tem se manifestado os Tribunais de Justiça dos Estados. Nesse sentido, veja-se o seguinte excerto de jurisprudência:

Pedido de suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida em ação de procedimento comum, que determinou o fornecimento de medicamento de alto custo – Risco de dano grave à ordem e à economia públicas demonstrado – Plausibilidade das razões invocadas – Pedido deferido. O MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ requer a suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida nos autos da ação de procedimento comum nº 1002056-42.2017.8.26.0309, sob a alegação de risco de grave lesão de difícil reparação Caso não deferida a suspensão da tutela de urgência, o Município terá seu orçamento comprometido inutilmente, porque o direito da autora à saúde já está garantido pelo SUS, e de forma continuada. Portanto, presentes os requisitos legais, o deferimento da suspensão é medida de prudência. Ante o exposto, suspendo os efeitos da tutela de urgência. Comunique-se o Juízo a quo. (TJ-SP - SL: 20347674020178260000 SP 2034767-40.2017.8.26.0000, Relator:

Paulo Dimas Mascaretti, Data de Julgamento: 08/03/2017,
Presidência, Data de Publicação: 08/03/2017)

Desta forma, a partir dos julgados analisados, observa-se que há um pensamento unificado, e que se baseia no tipo do objeto da ação, haja vista que cada ação trata de um caso concreto específico e o julgador precisa formar o seu convencimento com base naquele.

Assim, o deferimento ou não do pedido, dependerá da discricionariedade do magistrado, apoiando-se nas linhas de pensamento que se forma nas jurisprudências.

Ademais, também é importante mencionar, que devem ser observados os seguimentos propostos pelo princípio da Reserva do Possível, visto que o crescente número de ações sobre a judicialização da saúde, vem gerando um grande impacto no orçamento público, em função dos deferimentos que submetem o Estado ao fornecimento de prestações materiais de alto custo. Por essa razão, observa-se, a princípio, que o Judiciário não promove o Estado a garantidor universal de qualquer pretensão jurídica pleiteada, já que impõe algumas limitações na concessão destes serviços. Todavia, não se abstém de quando possível, garantir a execução de medidas assecuratórias de garantia ao direito à vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da saúde denota um cenário de cerceamento de direitos econômicos e sociais, garantidos pela Carta Maior de 1988. Dessa forma, o presente trabalho procurou compreender a realidade da saúde pública brasileira atual, ante o problema paradoxal da omissão do Estado, muitas vezes por escassez de recursos, e a limitação imposta aos pacientes que buscam tratamento médico-hospitalar.

Como bem estudado, a saúde – e, por conseguinte, o direito à vida – é o bem objeto de notável salvaguarda constitucional, bem como por todo o ordenamento jurídico vigente. Está assegurado na Magna Carta o direito do cidadão à prevenção e proteção de sua saúde, como sendo um dever do Estado de prestar tal assistência. Nesse sentido, não se concedeu ao Estado o dever de somente promover a saúde, tendo-lhe sido imposta, também, a obrigação de proporcionar aos cidadãos outros direitos sociais.

Contudo, mesmo com as garantias esculpidas no ordenamento jurídico, o que se mostra rotineiramente é um real contrassenso, onde são negligenciados os direitos previstos constitucionalmente, incluindo aqui o Direito à Saúde e consequentemente o Direito à Vida. Porém, mesmo perante todas as adversidades, é possível buscar uma boa eficácia das normas constitucionais, para que assim se possa ao menos tentar aproximá-la do padrão ideal.

A carência dos recursos públicos é notória e, conforme demonstrado, ao contrário das necessidades da população, os recursos apresentam finitude. Diante dessa miserabilidade de caráter orçamentário, o Estado acaba por fazer escolhas, estabelecendo critérios e prioridades, e definindo as políticas públicas que serão implementadas.

Todavia, ao concretizar suas escolhas, o Estado, muitas vezes, não leva em consideração a prioridade sobre valência que revestem tais direitos, deixando muitas ações relativas à saúde à mercê da iniciativa privada. A vinculação do orçamento público aos objetivos constitucionais deveria ser estritamente observada, de maneira se observar que o direito à saúde tem aplicabilidade imediata, devendo o Estado garanti-lo.

Ao almejar preencher as brechas deixadas pelo Poder Público, é que o Poder

Judiciário acaba por intervir nessas relações, a fim de garantir que aos cidadãos, os menos favorecidos na relação, que o Estado cumpra com seu poder-dever que lhe fora atribuído constitucionalmente. É neste contexto que a judicialização surge como forma de buscar a efetivação deste direito.

Ao fim do trabalho, observou-se que os objetivos foram atingidos. Observou-se que os tribunais têm adotado um entendimento acerca das ações propostas. E tendem a seguir uma linha de pensamento pré-definido, apesar da discricionariedade dos julgados. Tomando de exemplo, as ações que demandam sobre medicamentos experimentais são em sua maioria indeferidas, onde foi visto que o entendimento da corte é de que o Estado não possui a obrigatoriedade de fornecer fármacos ou serviços de saúde, que ainda estão em fase de testes e possuem caráter experimental.

Também foi verificado que as ações que pleiteiam medicamentos ou serviços não disponibilizados pelo SUS, mas já regulamentados pela ANVISA, eram por muitas vezes, atendidas, quando comprovado que o serviço ou fármaco alternativo ofertado pela rede pública, não se mostrava eficiente e quando a conduta prestacional não acarretaria impacto orçamentário nem, lesão à ordem econômica.

Observou-se, também, que a judicialização da saúde deveria ser usada apenas como uma fonte alternativa de forma excepcional, e não como regra, já que o número de demandas além de encharcar o sistema jurisdicional, tende a criar um mal-estar entre os poderes estatais, pois o que se critica é que o Poder Judiciário tende a interferir no âmbito do Poder Executivo e até mesmo no Poder Legislativo, ao questionar a criação ou aplicação das políticas públicas. É neste sentido que tem sido trilhado o caminho.

No geral foi visto que as jurisprudências trabalham no limiar existente entre o Princípio do mínimo existencial e a Reserva do Possível, e concluem que os limites orçamentais não devem ser usados como óbice à prestação das ações e serviços que garantem a dignidade humana. O núcleo basilar dos direitos sociais não, pode ser limitado nem condicionado. Contudo, a alocação do mínimo existencial como principal preceito a ser seguido deve ser ponderado. Não se pode considerar toda prestação de saúde pleiteada, como condição inerente à manutenção da dignidade da vida.

Decerto, a jurisprudência dominante nos tribunais tem observado os critérios sugeridos pelas políticas públicas sanitárias sem se descuidar de conferir tutela jurisdicional em casos específicos mais graves ou urgentes. Ponderando nos casos analisados entre o direito constitucionalmente previsto e a possibilidade prestacional da Administração Pública no fornecimento de ações e serviços da saúde. E desta forma apenas quando se verifica a grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia pública se procede indeferimento aos pedidos pleiteados.

Cabe mencionar então que a função jurisdicional deve atuar dentro dos limites constitucionais permitidos, configurando-se assim o núcleo essencial a formação do Estado Democrático de Direito e ao princípio da separação, assim é importante que a judicialização da política atue sem afrontar a democracia e nem a separação de poderes

Ainda há muito que se caminhar, no que se refere às ações de judicialização da Saúde, visto que, o que se almeja é que não se faça mais necessário a intervenção judicial, e que o direito a saúde seja garantido através das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria da separação de poderes na doutrina política de Locke**: História, pensamento e ação. Aracajú: Editora da Universidade Federal de Sergipe/FAP-SE, 2006, v. 01, p. 413-423.

1 _____ . **A Teoria Lockeana da Separação de Poderes**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>. Acesso em: 10 de mai. 2017.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 23 de jun, 2017.

APPIO, Eduardo Fernando. O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. 2004. 473f. **Tese (Doutorado em Direito)**. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, Florianópolis, 2001.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. PINHEIRO, Ivan Antonio *et. al.* Revista de Administração Pública. Rev. Adm. Pública vol.45 no.6 Rio de Janeiro Nov./Dec. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006&lang=pt>. Acesso em 18 de jul. 2017.

ASENSI, F. D.; PINHEIRO, R. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, 142p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em 22 de junho de 2017.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3558, 29mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco Barreto. O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/263-1318-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 2 de jul. 2017.

_____. Retrospectiva 2008 - Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. *Revista de Direito Social* abril/jun de 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/17071554/o-direito-constitucional-e-a-efetividade-de-suas-normas---luis-roberto-barroso>>. Acesso em: 26 de jul. 2017.

BOMFIM, Natália. **O aumento da população idosa no Brasil e a proteção do Direito à Saúde dos Idosos**. Disponível em: <https://nathaliadepaula17.jusbrasil.com.br/artigos/473867056/o-aumento-da-populacao-idosa-no-brasil-e-a-protecao-do-direito-a-saude-dos-idosos>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional no Brasil. **Estudos Avançados**. V. 14, n. 40, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Conferência Nacional de Saúde**. 8º Relatório Final. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em 10 de julho de 2017.

_____. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde.** Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2007. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro9.pdf. Acesso em 8 de julho de 2017.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional** / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2004.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 20 de junho de 2017.

_____. Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.** Brasília, 7 de dezembro de 1993, 172º da Independência e 105º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm. Acesso em 10 de junho de 2017.

_____. Lei complementar 141 de 13 de janeiro de 2012. **Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 14 de jul. 2017.

_____. Ministério da Educação. Programa Valorização da Vida. **Proposta para uma política nacional de prevenção do consumo do álcool, tabaco e outras substâncias psicoativas.** Brasília: Ministério da Educação; 1990.

_____. **STF - AG.REG. NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 2361 PE**, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 mar. 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087064/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2361-pe>>. Acesso em: 23 de jul. 2017.

_____. **STF - AG.REG. NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 2944 PB**, do

Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 mar. 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087069/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2944-pb>>. Acesso em: 23 de jul. 2017.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE-AgR 271286 RS.** Rel. Min. Celso de Mello. Publicado no DJ DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409 em 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em 02 de junho de 2017.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 267.612 – RS.** Rel. Min. Celso de Mello. Publicado no DJ 23/08/2000 P-00050 em 2 de agosto de 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825430/recurso-extraordinario-re-267612-rs-stf>>. Acesso em 02 de junho de 2017.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 393175 RS.** Relator Ministro Celso de Melo. 1 de fevereiro de 2006. DJ 16/02/2006 PP-00054 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 163-166.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO 734487-PR.** rel Min. Ellen Gracie. Publicado no DJe 095 em 27/05/2010. Disponível <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9276768/agravo-de-instrumento-ai-734487-pr-stf>>. Acesso em: 29 de mai. 2017.

CAMARGO, Caroline Leite de. Saúde: um direito essencialmente fundamental. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14074>. Acesso em: 23 de jul. 2017.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cad. de Pós-Graduação em Dir. Político e Econômico**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.

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

CARTA DE OTTAWA. In: **1ª Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde**. Ottawa, Canadá; 1986. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 25 de jul. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASANOVA, Vanessa. **O sistema de freios e contrapesos na organização dos poderes**. In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5091, 9 jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57949>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

CASTILHO, Paula de Abreu Pirota. O direito à saúde nas Cartas constitucionais brasileiras. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 09 set. 2014. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/322090-o-direito-a-saude-nas-cartas-constitucionais-brasileiras>. Acesso em: 28 de jul. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXVI, nº. 000089, 28/09/2016. Disponível em: <<http://semanaacademica.org.br/artigo/separacao-de-poderes>>. Acesso em: 10 de mai. 2017.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

DAMACENO, Gean Carlo. **Há colisão de direitos fundamentais?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32635/ha-colisao-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**: Versão Compacta. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DISTRITO FEDERAL. **TJ-DF - Agravo de Instrumento: AGI 20150020284710**, da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, 9 mar. 2016. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322123555/agravo-de-instrumento-agi-20150020284710>>. Acesso em: 23 de jul. 2017.

DOURADO, Edvânia A. Nogueira et al. **Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>>. Acesso em: 12 de mai. 2017.

GOMES, D. F.; SOUZA, C. R.; SILVA, F. L.; PÔRTO, J. A.; MORAIS, I. A.; RAMOS, M. C. SILVA, E. N. **Judicialização da Saúde e a Audiência Pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?** Saúde Debate, Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, p. 139-156, jan./mar. 2014.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Intervenção do judiciário nas políticas públicas**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14015>. Acesso em: 20 de mai. 2017.

GOTTLIEB, Gabriele. A ação do Poder Judiciário na tutela dos direitos e garantias fundamentais de prestação positiva. **CEDES. ARTIGOS, BOLETIM** abril/maio de 2010. Disponível em: <<http://cedes.iesp.uerj.br/arquivos/Boletins/Maio/Artigo%20GG.pdf>>. Acesso em: 28 de abr. 2017.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em 30 de mai. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. **Rev. Sociol. Polit.** no.17 Curitiba Nov. 2001.

GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos Fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2075>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

LOCKE, John. **The second Treatise of Government**. In: John Locke: Political Writings. Edited and with an Introduction by David Wootton. London: Penguin Books, 1993, pp 261- 387.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7977>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

LOURENÇO, Valéria Jabur Maluf Mavuchian. Colisão de direitos fundamentais. Análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF. In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3044, 1 nov. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20328>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

MACHADO, Deusa Helena Gonçalves; MATEUS, Elizabeth do Nascimento. **Breve reflexão sobre a saúde como direito fundamental**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8747>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

MACHADO, M. A. A. *et al.* **Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil**. Revista de Saúde Pública, v. 45, n. 3, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300018>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MADISON, J., HAMILTON, A. & JAY, J. **Os artigos federalistas**. 1787-1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Vanessa Rocha. **STF e os parâmetros para a judicialização da saúde** 16 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>>. Acesso em 20 de jul. 2017.

MAGALHÃES, D. S. **A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

MATOS, Francisco de Castro. **Separação dos poderes: sistemas de freios e contrapesos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52803/separacao-dos-poderes-sistemas-de-freios-e-contrapesos>. Acesso em 18 de julho de 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. e até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p. 21 cm.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais:** Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da Constituição Federal.** São Paulo: Atlas, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais.** 115p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) a Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43018/Desenvolvimento%20e%20efetivacao%20judicial%20das%20normas%20constitucionais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 de mai. 2017

NAKAMURA, Fernanda de Castro. **Medicamentos e o dever do Estado de tutelar a saúde e vida.** Disponível em: <https://nandaninna.jusbrasil.com.br/artigos/160517042/medicamentos-e-o-dever-do-estado-de-tutelar-a-saude-e-vida>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. **O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.** In: *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902>. Acesso em: 18 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

PINHEIRO, Ivan Antonio *et. al.* **Mandando Montesquieu às favas**: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Revista de Administração Pública. Rev. Adm. Pública* vol. 45, no.6. Rio de Janeiro Nov./Dec. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003476122011000600006&lang=pt>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

PORTELLA CASTRO, Vinícius. A relação entre direitos fundamentais e o orçamento. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10431>. Acesso em 12 de julho de 2017.

PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em maio 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143>. Acesso em: 20 de jul 2017.

SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. Direitos fundamentais: . evolução e efetividade no Estado constitucional brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4295, 5 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37468>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

SÃO PAULO. TJ-SP – **Apelação: APL 00035577620138260539 SP 0003557-76.2013.8.26.0539**, da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, SP, 14 jan. 2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/160817487/apelacao-apl-35577620138260539-sp-0003557-7620138260539>>. Acesso em: 23 de jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SÍCOLI, J. L., NASCIMENTO, P. R. **Health promotion: concepts, principles and practice, Interface** - Comunic, Saúde, Educ, v.7, n.12, p.91-112, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000172&pid=S1984-0292201300030001600021&lng=pt. Acesso em 20 de julho de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Queops de Lourdes Barreto. A aplicabilidade imediata e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 30 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40230&seo=1>>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

SILVA, Rodrigo Zouain da. O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

SOLLA, Paulo Ramon da Silva. Mínimo existencial e patrimônio mínimo: o equívoco da pré-constitucionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2446, 13 mar. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14508>>. Acesso em: 18 de jul. 2017.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

Torres, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol III. **Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1999.

VASQUES, Lécio José de Oliveira Moraes. **Princípios da Interpretação Constitucional**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 146, 20 de mar. 2016. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16949>. Acesso em jul 2017.