

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**JONATHAN GOMES MORAIS**

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

**ARACAJU**

**2018**

**JONATHAN GOMES MORAIS**

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como requisito parcial de conclusão de curso de bacharel em direito tendo como orientador o Prof. MSc. Augusto César L. de Resende.

**ARACAJU**

**2018**

M827i

MORAIS, Jonathan Gomes.

A Intervenção Judicial Na Garantia Do Direito À Saúde / Jonathan Gomes Morais, 2018. 56 f.

Monografia(Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Augusto César L. de Resende

1. Intervenção Judicial 2. Direito Fundamental a Saúde 3. Separação dos Poderes 4. Mínimo Existencial 5. Reserva do Possível I. TÍTULO.

CDU 342.7(813.7)

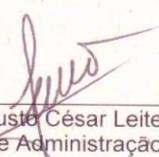
JONATHAN GOMES MORAIS

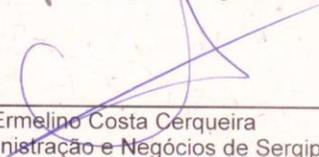
**A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

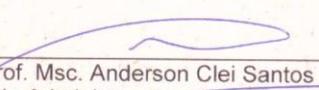
Monografia Apresentada à Faculdade de  
Administração e Negócios de Sergipe como um  
dos pré-requisitos para a obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Aprovado em 12/06/18

BANCA EXAMINADORA

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Msc. Augusto César Leite de Resende  
(Orientador – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Msc. Ermelino Costa Cerqueira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Msc. Anderson Clei Santos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico essa conquista aos meus pais Edvaldo da Silva e Zilma Gomes Morais, aos meus irmãos, aos meus queridos filhos João Guilherme e Isaac Gabriel, e especialmente a minha noiva e companheira Thiciane Araújo, que esteve presente nos momentos mais difíceis do curso. Obrigado por fazer parte da minha vida.

É no conhecimento que existe uma chance de libertação.

Leandro Karnal

## AGRADECIMENTOS

Agradeço:

À Deus, por ter me concedido o dom da vida, e me fortalecido durante essa jornada árdua.

Aos meus pais, por todo apoio e incentivo; pelos ensinamentos e por estarem sempre juntos. Amo vocês com todas as minhas forças.

Aos meus irmãos, por fazerem parte da minha vida e de muitos momentos de descontração e lazer, mas também nos momentos mais difíceis.

Aos meus queridos filhos, João Guilherme e Isaac Gabriel, pois só após o nascimento deles foi que eu iniciei o curso de direito, com o objetivo de proporcionar uma melhor qualidade de vida.

À minha noiva e companheira, Thiciane Araújo. Quero dizer que te conhecer, sobretudo durante o curso, foi uma das melhores coisas que aconteceram na minha vida. Obrigado por toda paciência, cuidado, ensinamentos, amor, carinho e confiança. Sou grato também pelas “brincas” e discussões, sem dúvidas, ajudaram a construir o homem que hoje eu sou. Eu tenho certeza que sem você, eu não teria chegado aqui. Estamos chegando ao fim de uma jornada, mas sabemos que outras estão ainda mais difíceis estão por vir. Quero e vou seguir do seu lado, até que a morte nos separe. Essa conquista é nossa. Amo muito você!!!

Aproveito para me desculpar pelos momentos de companhia que lhes foram furtados em decorrência dessa difícil caminhada.

A todos os meus cunhados e cunhadas, por fazerem parte desse caminho.

Aos meus sogros, sobretudo ao maestro Álvaro Araújo, por todo carinho e apoio. Saiba que nossas conversas auxiliaram no meu crescimento como pessoa.

Aos companheiros da pelada da praia, onde a mais de 12 anos descarrego todo o cansaço e irritação acumulada durante a semana, mas também compartilho bons momentos.

À assessoria jurídica da DESO, onde eu tive a primeira oportunidade de estágio na área jurídica.

À Procuradoria da Fazenda Nacional, por ter me fornecido meios para aumentar os meus conhecimentos.

À Defensoria Pública da União, em nome de Doutor Lafaiete Reis e Doutora Djanira, por terem contribuído para a elaboração deste trabalho, como também por todos os conhecimentos compartilhados.

A todos os professores da FANESE, por compartilhar seus conhecimentos e histórias de vida.

Ao meu orientador, pela confiança e paciência, e pela oportunidade de ser seu orientando.

Enfim, agradeço a todos colegas e amigos que fizeram parte da minha vida.

## RESUMO

O presente trabalho visa elucidar a problemática da intervenção judicial para a garantia de acesso ao direito fundamental à saúde. Para esclarecer a questão proposta, será necessário efetuar uma abordagem dos direitos fundamentais à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, mais especificamente o acesso ao direito à saúde, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com o mínimo existencial. Igualmente, serão abordadas as implicações da intervenção do Poder Judiciário na busca do direito à saúde sob a ótica da Separação dos Poderes, a efetivação do direito a saúde por parte do Estado e as limitações do princípio da reserva do possível. Essa pesquisa foi realizada através de livros e artigos científicos, alguns deles disponíveis na internet. Foi ainda analisado o trabalho da Defensoria Pública da União, que muitas vezes representa os hipossuficientes em ações judiciais que visam garantir ao indivíduo a efetivação do direito essencial à saúde, bem como atua na resolução dos conflitos na esfera extrajudicial. Por fim, após a análise de todo o material apresentado, infere-se que a interferência do Poder Judiciário é de extrema importância para garantir a todos os indivíduos o acesso à saúde pregado na Constituição Federal e que tal intervenção não fere a Separação dos Poderes, tampouco caracteriza usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Poder Executivo, em relação a elaboração de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Intervenção judicial. Direito fundamental a saúde. Separação dos Poderes. Mínimo existencial. Reserva do possível.

## **ABSTRACT**

This paper aims to elucidate the problem of judicial intervention to guarantee access to the fundamental right to health. In order to clarify the proposed question, it will be necessary to approach fundamental rights in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, enacted in 1988, specifically the access to the right to health, as well as the principle of the dignity of the human person and its relation with the existential minimum. Likewise, the implications of the intervention of the Judiciary in the search for the right to health from the perspective of the Separation of Powers, the effectiveness of the right to health by the State and the limitations of the principle of the reserve of the possible will be addressed. This research was carried out through books and scientific articles, some of them available on the internet. It was also analyzed the work of the Public Defender of the Union, which often represents those who are sufficient in lawsuits aimed at guaranteeing the individual the realization of the essential right to health, as well as acts in the resolution of conflicts in the extrajudicial sphere. Finally, after analyzing all the material presented, it is inferred that the interference of the Judiciary Power is of extreme importance to guarantee to all the individuals the access to the health preached in the Federal Constitution and that such intervention does not hurt the Separation of the Powers, nor does it characterize usurpation of the constitutionally conferred competence to the Executive Power, in relation to the elaboration of public policies.

**Keywords:** Judicial intervention. Fundamental right to health. Separation of Powers. Existential minimum. Reservation of the possible.

## **7 SUMÁRIO**

**1.**

**INTRODUÇÃO.....10**

**2. O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....13**

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....13

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....16

**3. PRESTAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.....21**

3.1 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SAÚDE NO BRASIL.....21

3.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS.....23

3.3 A PROBLEMÁTICA DOS PROCEDIMENTOS E MEDICAMENTOS NÃO CONTEMPLADOS NA RELAÇÃO DO SUS.....30

**4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....32**

4.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....32

4.2 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....39

4.3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....41

4.4 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....44

**5. CONCLUSÕES.....48**

**6. REFERÊNCIAS.....51**

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos surgiram para proteger os indivíduos dos abusos cometidos pelo poder absoluto, que se concentrava nas mãos do soberano. Nesses governos, a autoridade do rei, que era fundamentada no poder advindo de Deus, era exercida de forma ilimitada e inquestionável.

Com o advento do Estado social de direitos, a sociedade cansada dos abusos que eram cometidos, passou, inicialmente, a exigir do Estado a não intervenção na vida privada, dando origem à primeira geração de direitos (geração das liberdades negativas).

Em outro período, notou-se que essa abstenção de interferência na vida privada não era condição suficiente para a garantia de uma vida digna, razão pela qual, a sociedade começou a cobrar do Estado prestações positivas, consubstanciadas nos direitos sociais, tais como o direito à educação, à alimentação, ao trabalho e à saúde. São os direitos de segunda geração.

O direito à saúde tem status de direito fundamental social, e de acordo com o art. 196 da Constituição da República, deve ser prestado pelo Estado através de elaboração, organização e execução de políticas públicas, garantido o acesso universal e igualitário a todos que necessitem de tais serviços. (BRASIL, 1988)

A Carta Magna estabelece as diretrizes básicas para a criação de um Sistema Único de Saúde que possibilite o acesso universal e igualitário ao direito à saúde, devendo este ser prestado de maneira integral, priorizando as ações de prevenção de doenças. No plano infraconstitucional, o Sistema Único foi regulamentado pela lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Entre outros aspectos, a referida Lei trata das competências de cada ente federado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) na prestação dos serviços de saúde.

Quando o Estado deixa de efetivar o direito social à saúde, ou concretiza o referido direito de maneira parcial ou ineficiente, o indivíduo busca a proteção do poder judiciário a fim de ter seu direito tutelado, mecanismo que é

conhecido como judicialização da saúde. Essa intervenção judicial deve observar alguns preceitos fundamentais, mormente o princípio da separação dos poderes, a teoria do mínimo existencial e a cláusula de reserva do possível.

Dentro da separação dos poderes, a Constituição da República repartiu entre três órgãos políticos as funções de estatais. Assim, cabe ao poder legislativo elaborar as leis e fiscalizar o orçamento público. Ao poder executivo, compete a função de administrar a coisa pública. Por fim, é de competência do ao poder judiciário a função de aplicar o direito ao caso concreto, como também buscar a máxima efetividade da Constituição Federal.

Nesse contexto, ante a inércia do poder executivo, o judiciário, quando provocado, determina a prestação coercitiva dos serviços relacionados ao direito à saúde, fundamentado no mínimo existencial, para que o indivíduo alcance uma vida digna. Entretanto, diante da escassez de recursos frente à ilimitada necessidade social, a disponibilidade de verba pública deve ser analisada no caso concreto, considerando a cláusula da reserva do possível. Todavia, essa limitação de recursos não pode ser utilizada para justificar o descumprimento das normas constitucionais de natureza prestacional.

O presente trabalho visa elucidar a problemática da intervenção do poder judiciário na efetivação do direito à saúde sob a luz da Separação dos Poderes, a teoria do mínimo existencial e a cláusula de reserva do possível, como também analisar o papel da Defensoria Pública da União na referida intervenção.

A pesquisa foi realizada através do método de procedimento bibliográfico, confrontando os conceitos doutrinários colhidos em livros, diplomas legais e artigos científicos com a análise da jurisprudência, para verificar em que medida a intervenção judicial na busca da efetivação das políticas públicas na área de saúde não ofende a tripartição de competências constitucionais.

Este trabalho acadêmico se justifica pela necessidade de esclarecer o papel da intervenção judicial na busca do atendimento à saúde e os efeitos das sentenças em relação às políticas orçamentarias dos entes federados responsáveis pela prestação da saúde pública.

Neste toar, quando há uma omissão do Estado no que tange a prestação do direito fundamental à saúde, toda a sociedade sofre com os efeitos negativos, que se refletem em hospitais lotados, mortes por falta de atendimento, de equipamentos e remédios entre outros, sendo, então, necessária a intervenção judicial. Quando o poder judiciário é provocado e profere uma decisão obrigando o Estado a prestar determinado serviço de saúde, esta decisão colide com as políticas do poder executivo, uma vez que parte dos serviços não estão previstos no orçamento público.

Imperioso se faz ressaltar que, ao determinar a prestação do serviço, o judiciário não está criando políticas públicas, mas tão somente efetivando o seu cumprimento, uma vez que a Constituição Federal traz em seu bojo a garantia do referido direito.

As intervenções judiciais são de extrema importância para a sociedade, sobretudo para a classe menos favorecida, uma vez que garante um mínimo de justiça social, através da concretização do acesso ao direito à saúde, evitando assim o retrocesso, haja vista que referido direito social já foi conquistado.

Por conseguinte, este trabalho irá demonstrar que não há usurpação da competência constitucional atribuída ao poder executivo, tampouco violação ao princípio da Separação dos poderes, pois, o papel do poder judiciário quando provocado, é tão somente efetivar o acesso de todos ao atendimento na área de saúde, visando alcançar a dignidade da pessoa humana, garantido o mínimo existencial.

## **2 O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais**

Para compreender a saúde como direito fundamental, é necessário traçar um panorama da evolução histórica dos direitos fundamentais.

De início importa fazer a distinção entre o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos, que são por mais das vezes utilizadas como expressões sinônimas, mas que guardam concepções distintas. Direitos humanos são aqueles que se apresentam no plano internacional, conferidos a todos os cidadãos, de maneira universal e igualitária, direitos garantidos ao indivíduo em qualquer Estado, independente da sua nacionalidade. Por seu turno, direitos fundamentais são aqueles conferidos ao ser humano, na seara constitucional, e presentes na Carta Política de um determinado Estado, que têm alcance nos limites territoriais.

Neste sentido, destacam PAULO e ALEXANDRINO:

Enfim, a expressão "direitos humanos" é utilizada para designar direitos pertencentes ao homem, universalmente considerado, sem referência a determinado ordenamento jurídico ou limitação geográfica. Já os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos como tais em determinado ordenamento jurídico, de certo Estado. (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 95)

Na história da evolução do mundo, várias foram as atrocidades cometidas contra a humanidade. Nos Governos absolutistas, o poder era exercido de forma ilimitada e inquestionável, e se concentrava nas mãos do soberano, que era visto pela sociedade como uma figura divina, fundamentando a prática de todos os seus atos no poder advindo de Deus. Todavia, a sociedade começava a questionar a ideia de um poder absoluto, dando início as revoluções liberais.

A positivação dos direitos fundamentais nas Cartas Políticas dos Estados está umbilicalmente ligada ao surgimento dos direitos humanos. Alguns autores indicam como marco inicial do surgimento dos direitos humanos a Magna Carta da Inglaterra de 1215. Neste documento, foram previstos os primeiros

direitos dos indivíduos frente a autoridade inquestionável do Estado, que serviram como base para o advento das primeiras constituições modernas.

A Carta Magna Inglesa, em que pese ser considerada o documento histórico que influenciou a origem das primeiras Cartas dos Estados modernos, não objetivava assegurar o direito de toda a sociedade da época, uma vez que não conferia direitos ao baixo estamento, classe formada pela parte mais pobre do Estado. O intuito daquela declaração era proteger os privilégios dos barões e dos homens livres frente à autoridade soberana do rei, estando longe de ser uma Carta das liberdades nacionais uma vez que, conforme preconiza SILVA (2005, p. 152), entretanto, é neste documento que estão presentes a essência alguns direitos fundamentais contemporâneos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e o direito de propriedade.

Neste diapasão explica Ingo SARLET ao expor que:

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade.” (SARLET, 2009, p.41)

O *Bill of Rights* de Virginia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem (1789), decorrente da revolução francesa, são considerados os primeiros documentos históricos a positivarem de fato os direitos fundamentais, visando garantir ao indivíduo uma proteção ante a ingerência arbitrária do Estado. Esses documentos defendiam a existência de um direito natural preexistente à própria formação do Estado, direitos que eram conferidos a todos os cidadãos de forma universal, aptos a resguardar a sobrevivência e a dignidade do indivíduo. Nesse contexto, aduz BOBBIO:

O homem, antes de ter direitos civis que são o produto da história, tem direitos naturais que os precedem; e esses direitos naturais são o fundamento de todos os direitos civis. Mais

precisamente: “São direitos naturais os que cabem ao homem em virtude de sua existência. (BOBBIO, 2004, p. 41)

Na mesma linha de ideias leciona SARLET:

Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como características comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. (SARLET, 2009, p. 44)

Importa destacar uma diferença entre esses documentos. A Declaração de Virginia apresentava a finalidade de limitar a autoridade do rei, consubstanciada numa visão jusnaturalista. Nesta linha de raciocínio, é a lição de SILVA (2005) “As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem”.

Por sua vez, A Declaração dos Direito dos Homem continha uma natureza socialista e democrática, visando proteger a liberdade do indivíduo diante da autoridade máxima do Estado.

Nessa esteira, é o ensinamento de SARLET:

Assim, sustenta-se que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracteriza a “via” francesa do processo revolucionário e constitucional. Atente-se, neste contexto, ao fato de que a preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1971, bem como – e principalmente – na Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseuniana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados. (SARLET, 2009, p. 44)

Esses movimentos podem ser considerados como a origem das Constituições modernas, que visavam proteger os indivíduos contra as arbitrariedades do poder absoluto do Estado. Os referidos documentos tinham como premissa maior a liberdade, fundamentada numa limitação do poder soberano, buscando estabelecer o Estado de Direito, onde garantias fundamentais inerentes à pessoa humana fossem respeitadas.

Nesse cenário é que surge a primeira geração de direito. Antes de adentrar ao tema, importa destacar que o conceito de “gerações” de direito é motivo de muita crítica por parte da doutrina, uma vez que transmite a ideia de superação de uma geração pela outra. Ao revés, o que ocorre é o surgimento de novas dimensões de direitos, estruturados naqueles já existentes, havendo uma verdadeira interação entre eles. Nas palavras de SARLET:

Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (SARLET, 2009, p. 45)

A primeira geração é aquela caracterizada pelas liberdades negativas, que exige do Estado um dever de abstenção, de não interferência abusiva na vida privada, são direitos civis e políticos do indivíduo.

Com o tempo, a sociedade não almejava apenas que o Estado deixasse de intervir de forma abusiva na vida privada, mas que também fossem garantidos direitos fundamentais à sobrevivência, nascendo assim, a segunda geração de direitos, conhecidos como liberdades positivas.

Por sua vez, os direitos de terceira geração são conhecidos como direitos de solidariedade. São aqueles direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Hodiernamente, a doutrina discute a existência de outras gerações de direitos que sucederam as já citadas gerações, todavia, não há um entendimento harmônico a respeito de quais direitos fazem parte de cada geração, tal como ocorre com as três primeiras gerações.

A saúde está inserida na segunda geração de direitos, sendo considerada um direito fundamental que deve ser prestado pelo Estado através das políticas públicas.

## **2.2 O Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988**

Os direitos sociais são considerados prestações positivas por parte do Estado através de políticas públicas, objetivando alcançar a igualdade entre os indivíduos de determinada sociedade, mormente das classes menos favorecidas economicamente, possibilitando o acesso à uma vida digna. É nesse sentido o posicionamento de SILVA:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 2005, p.286)

Asseverando esse pensamento, MORAIS expõe:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAIS, 2014, p. 203)

A saúde na Constituição Federal (BRASIL, 1988), foi elencada no rol de direitos sociais, mais especificamente no art. 6º. Eis a dicção do aludido dispositivo:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Ademais, o art. 196 da Carta Magna fortalece essa ideia quando aduz que:

A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Nesse sentir, entende-se que a saúde deve ser prestada pelo Estado por meio da organização de políticas públicas, objetivando não apenas ações

interventivas para alcançar a cura de doenças, mas também medidas preventivas para a redução da proliferação de afecções. Além disso, pode-se extrair do mencionado dispositivo que o direito à saúde deve ser prestado de forma igualitária e universal, observadas as peculiaridades de cada região.

O conceito de Estado deve ser entendido no seu sentido mais amplo, ou seja, é a participação direta da União, dos Estados membros, do Distrito Federal e dos municípios, resguardadas as competências estabelecidas na Lei Maior. Assim, tem-se que a efetivação do retrocitado direito é de responsabilidade solidária entre os entes que compõem o pacto federativo, podendo ser determinado o efetivo cumprimento por qualquer um deles, ou até mesmo por todos.

A prestação da saúde é considerada de natureza essencial, uma vez que está intrinsecamente ligada ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana esculpido no art. 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Destarte, o indivíduo para ter o mínimo de dignidade, deve ter garantido o acesso aos direitos fundamentais que lhes são resguardados na Carta Política do Estado, dentre eles, o direito à saúde. Nesse cenário, não há como falar em qualidade de vida sem a adoção e efetivação de políticas públicas que visem a proteção integral da saúde do homem, alcançando assim, o mínimo existencial.

O direito fundamental à saúde deve ser observado em duas acepções, uma de natureza negativa e outra de natureza positiva, conforme anota SILVA:

“uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”. (CANOTILHO; MOREIRA *apud* SILVA, 2005, p. 309)

Destaque-se que, como todo direito fundamental, o direito à saúde é irrenunciável e inalienável, devendo o Estado intervir até mesmo quando da recusa por parte do titular do direito em receber a referida prestação, observados os ditames constitucionais e princípios vigentes no ordenamento pátrio. Além do

mais, tal direito não é de natureza absoluta, podendo ser relativizado em algumas situações.

Neste cenário, defende SARLET e FIGUEIREDO:

Por outro lado, argumenta-se ainda em favor da existência de um dever da própria pessoa (e de cada pessoa) para com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), hábil a justificar, dependendo das circunstâncias do caso concreto, até mesmo a intervenção judicial visando à proteção da pessoa contra si mesma, em homenagem ao caráter irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como ocorre, por exemplo, nos casos de internação compulsória e de cogente submissão a determinados tratamentos. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 213)

Por se tratar de um direito fundamental social, a saúde é concretizada por meio do planejamento, elaboração e execução de políticas públicas de competência dos entes que compõem a federação, observados os preceitos constitucionais. Tratam-se das normas que dependem de uma atuação do Estado, visando alcançar a máxima efetividade dos direitos e garantias esculpidos no bojo da Constituição Federal (BRASIL, 1988) da República. Frise-se que, de acordo com a explicação de BARBOSA (2015), o legislador constituinte apenas definiu os fins a serem atingidos pela norma constitucional, entretanto, não foram estabelecidos os meios para atingir tal finalidade, ficando a cargo do legislativo e, sobretudo do executivo, a construção das referidas políticas.

Em que pese haver a necessidade de organização político-administrativa na consecução do direito à saúde, uma vez que a Carta Magna estabelece o dever do Estado na prestação do citado direito, a norma que trata do tema é considerada de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral. Assim, mesmo diante da ausência de políticas públicas, o indivíduo pode exigir a cumprimento estatal do direito fundamental protegido constitucionalmente, razão pela qual o poder judiciário recebe uma enxurrada de processos que objetivam corrigir eventuais falhas na garantia da saúde. Como será abordado em capítulo específico, essa intervenção judicial não fere o

princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o papel do judiciário é tão somente proporcionar a máxima efetividade do direito social presente na Constituição da República.

Sendo obrigação do Estado, conforme se infere do art. 197 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o serviço deve ser prestado de forma direta ou indireta, por meio de instituições públicas ou privadas, cabendo ao Estado a regulamentação, execução, fiscalização e controle. Ademais, o constituinte estabeleceu que todas as ações e serviços serão organizados por meio de um Sistema Único, de caráter regional e hierárquico, prevendo também, as diretrizes básicas que devem ser observadas por tal sistema.

### **3 PRESTAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

#### **3.1 Síntese da Evolução Histórica da Saúde no Brasil**

A Constituição do Império de 1824, como também a Constituição Republicana de 1891, não trouxeram em seus textos previsões que resguardassem o direito à saúde.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1934 previa a preocupação sanitária, que é ligada diretamente com prevenção de doenças.

Seguindo o modelo das primeiras constituições, as Cartas Políticas de 1937 e de 1946 foram silentes no que tange a garantia do direito essencial à saúde do homem.

Conforme descrito no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a trazer em seu bojo a saúde como direito fundamental, mais precisamente como direito fundamental social, que deve ser devidamente efetivado através de políticas públicas de responsabilidade dos Entes federados. Entretanto, a saúde nem sempre teve o *status* de direito fundamental. Neste toar, MENDES esclarece:

Pois bem, é notória a preocupação com o direito à saúde no mundo, todavia, o Brasil apenas positivou o referido direito em 1988, mas estampou em seu texto constitucional a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, que deve garanti-la mediante políticas sociais e econômicas que tenham como foco reduzir os riscos de doença e outras consequências atribuídas a ela, consoante preceitua o artigo 196 do texto constitucional. (MENDES, 2015)

Diante dessa morosidade em reconhecer um bem de extrema relevância para a manutenção da vida como direito fundamental, SILVA (2005) expõe que “É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”.

A Carta Magna de 1988 adotou no seu art. 1º, como princípio fundamental da ordem constitucional a dignidade da pessoa humana. Neste contexto, a dignidade do ser humano passa ser o centro do ordenamento jurídico

pátrio, decorrendo deste, vários outros princípios que visem a garantia da integridade física do homem.

Com efeito, o direito à saúde está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana estampado no art. 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse sentido, não há como se falar em dignidade sem que seja garantida a mínima proteção do direito à vida e à saúde do indivíduo.

Nessa linha, FRANCO defende o seguinte:

Assim, o primeiro preceito constitucional que trata do direito à saúde é aquele que garante o direito à vida (art. 5º, caput, da CF) porque não se pode conceber que a vida estampada na Constituição Federal, esteja dissociada de uma vida digna e portanto, de uma vida que não seja saudável (FRANCO, 2013)

Demais disso, importa salientar que a vida digna tem íntima relação com a existência de uma saúde de qualidade, que possibilite ao homem desenvolver suas atividades de rotina, proporcionando o seu máximo bem-estar. Dessa forma, é de extrema importância que o serviço de saúde prestado pelo Estado vise alcançar a máxima eficiência, uma vez que além dos recursos públicos que são empregados, a garantia da manutenção da vida está intrinsecamente ligada a presença de uma boa saúde.

Nessa nova linha de proteção dos direitos fundamentais inerente a pessoa humana, a máxima efetividade da saúde é garantida por meio de políticas sociais por parte do Estado, ou seja, mediante prestações positivas conferidas à toda a sociedade, e visando diminuir as desigualdades sociais. Por tais razões, o já mencionado art. 196 da Lei Maior prevê que a saúde deve ser prestada de forma universal e igualitária, assim, alcançando a maior número de pessoas, como também não deve haver distinção entre classes sociais quando da prestação do serviço.

Assim, essa referida proteção deve ser organizada por meio de um Sistema Único de Saúde, objetivando inicialmente ~~em~~ o combate à proliferação de doenças, como também a intervenção na recuperação da saúde do indivíduo quando afetado por estas afecções.

Do dispositivo retrocitado, infere-se que o legislador constituinte não elencou quais procedimentos ou medicamentos devem ser ofertados pelo

Estado quando da efetivação do direito constitucional à saúde. Contudo, na execução da prestação do referido direito, existe uma organização político-administrativa que traz um rol de procedimentos e medicamentos que devem ser concedidos pelo Entes federativos, resguardada a competência de cada um deles. Note-se que, quando a Constituição Federal (Brasil, 1988) estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, não está impondo limites a extensão do mencionado direito, devendo este ser conferido de forma ilimitada e incondicionada.

Nas palavras de AITH:

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que reconhece a saúde como direito de todos, confere ao Estado a responsabilidade de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde capazes de reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como de garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (AITH, 2010, p. 201)

Nessa esteira, diante das diretrizes traçadas no bojo da Carta Política no que se refere a proteção do direito fundamental à saúde, foi criada no plano infraconstitucional a lei 8.080/90 (BRASIL, 1990), que trata da promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, regulamentando assim, o Sistema Único de Saúde – SUS.

### **3.2 O Sistema Único de Saúde e a Competência dos Entes Federados**

A Saúde deve ser prestada através de políticas públicas organizadas pelos entes que compõe o pacto federativo. Neste viés, para se obter uma melhor eficiência na prestação da saúde, uma vez que estamos diante de um país com dimensão continental, a Magna Carta estabeleceu a criação de um Sistema Único, obedecidas as diretrizes entabuladas no seu texto. Senão vejamos:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

No plano infraconstitucional, o Sistema Único é disciplinado através da lei 8.080/90, que fortalece o objetivo desse sistema. Assim prevê o art. 4º da referida lei federal:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 1990).

O SUS é formado por instituições públicas e privadas, da administração direta e indireta, em todas as esferas da federação, que são responsáveis por garantir que a saúde seja prestada de maneira eficaz a todos os indivíduos.

A interferência de instituições privadas na prestação dos serviços de saúde poderá ser de forma suplementar ou complementar. Será de forma suplementar quando não houver interferência, nem recursos públicos na sua prestação. Será de forma complementar nos termos do art. 199 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece que essa prestação atenderá as diretrizes do Sistema Único, e será firmada através de contratos públicos ou convênios, tendo prioridade na prestação desses serviços as instituições de natureza filantrópicas, ou que não tenham fins lucrativos.

AITH (2010, p.202) conceitua o SUS como a instituição jurídica prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988), que tem o dever precípua de garantir o pleno alcance ao direito fundamental à saúde no país, viabilizado através da organização, elaboração e execução de políticas públicas sociais (prestação positiva), que visem assegurar a redução do risco da proliferação de

doenças e agravos à saúde, e o acesso de forma universal e igualitária às ações e serviços públicos de saúde na República Federativa do Brasil.

De acordo com o art. 194 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a saúde será financiada, na sua maior parte, com recursos destinados a seguridade social, além de outras fontes de recursos. Dada a importância desse direito, a Lei Maior prevê os percentuais mínimos que devem ser investidos obrigatoriamente pelos entes na área de saúde.

Ademais, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece de forma ampla os objetivos que devem ser alcançados através do SUS. Todavia, a lei 8.080/90 é mais específica no que se refere aos objetivos desse sistema. Assim dispõe o citado diploma legal:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Nesse contexto, é clarividente que o objetivo do SUS, previsto tanto na Lei Maior, quanto na legislação infraconstitucional, é a proteção integral da saúde do ser humano, que pode ocorrer através de medidas preventivas que visem diminuir os riscos de doenças, ou na intervenção efetiva para a recuperação total da saúde atingida por alguma afecção. Outrossim, importante frisar que o Sistema Único também tem como objetivo a garantia do acesso universal e igualitário.

Diante de tais argumentos, nota-se que as atividades de prevenção de enfermidades devem ter prioridade no desenvolvimento do Sistema Único de Saúde, uma vez que tal artifício é de suma importância para evitar o surgimento

de doença. Entretanto, por força do mandamento constitucional, que tem natureza impositiva, e deve ser interpretado no seu sentido amplo, sempre que o indivíduo for acometido por qualquer mácula, o Estado deve prestar a assistência integral do serviço visando a sua recuperação total. Isso se traduz na obrigação de prestação dos serviços mais básicos, bem como aqueles procedimentos considerados de maior complexidade, não podendo o Estado se abster, sob nenhuma justificativa, quando da necessidade da prestação do serviço.

Nesse viés, são as palavras de FRANCO:

Dessa forma, incluem-se no direito fundamental à saúde até mesmo aqueles medicamentos ou tratamentos médicos não contemplados administrativamente pelo Sistema Único de Saúde – SUS, visto que a norma constitucional do art. 196 tem natureza elástica e caráter imperativo sobre as normas regulamentares administrativas baixadas pelo Poder Executivo. O Estado deve desenvolver as atividades de saúde dos níveis mais básicos de cuidado até os mais complexos. Isso deve incluir até o sistema de serviço de saúde domiciliar (home care), nos casos em que não for viável a internação do paciente mas este precisar de assistência médica integral e contínua no seu próprio domicílio. (FRANCO, 2013)

A organização do SUS é de competência do poder executivo, que de acordo com o art. 198 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), deve ocorrer de forma descentralizada, com um único poder de direção em cada esfera do pacto federativo. Em que pese haver uma responsabilidade solidária na prestação da saúde, visando otimizar a máxima efetividade do serviço, sendo imprescindível a cooperação recíproca entre os Estados, o Sistema deve ser organizado de acordo com o princípio da regionalização, uma vez que não se pode desconsiderar as peculiaridades de cada região. Assim, percebe-se que o legislador constituinte se atentou para a impossibilidade de se criar uma política uniforme, que fosse aplicada de maneira idêntica em todo o território nacional, uma vez que estamos tratando de um país de dimensão continental, onde há por mais das vezes a necessidade de aplicação de medidas distintas em cada localidade, com intuito de combater e prevenir a proliferação de doenças. Importa destacar que a autonomia conferida pela Constituição a cada ente que compõe

o pacto federativo deve ser respeitada, visando criar um sistema harmônico, que tenha como principal beneficiário a população que necessita da efetiva garantia de acesso ao direito social em comento.

Todavia, essa organização político-administrativa por parte dos entes federados não pode ocorrer de forma aleatória ou de acordo com a conveniência do gestor público. Em sentido contrário, a elaboração das políticas sociais voltadas a assegurar o acesso ao direito fundamental à saúde, deve observar as diretrizes estampadas no corpo da nossa Lei Maior.

Nesse toar, conforme já mencionado anteriormente, a saúde deve ser prestada com estrita observância ao princípio do acesso universal e igualitário. Assim, não pode haver discriminação quando da prestação do serviço, como também não se pode admitir que o acesso à saúde seja negado a qualquer pessoa que dele precisar.

Nesse sentido, leciona AITH:

O primeiro grande princípio do SUS está definido no artigo 196 da Constituição: o Estado deve garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde. Isso significa dizer que as ações e serviços públicos de saúde, realizados, portanto no âmbito do SUS, devem ser acessíveis a todos que deles necessitem e ser fornecidos de forma igual e equitativa. De tais princípios decorre que as ações e serviços de saúde devem ser prestados sem discriminações de qualquer natureza e gratuitamente, para que o acesso seja efetivamente universal. (AITH, 2010, p. 208)

Outro importante princípio que deve ser observado pelo sistema é o da participação da sociedade no desenvolvimento das políticas sociais que visam assegurar o acesso ao direito fundamental à saúde. AITH (2010, p. 213) explica que se trata da necessidade de criação de mecanismos que possibilitem a participação da comunidade na formulação, gestão e execução das políticas de saúde. Isto porque a sociedade é a instituição mais adequada para reconhecer as necessidades dos seus pares, mormente no que concerne ao direito essencial à saúde.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), no que tange a divisão de competência na prestação dos serviços de saúde, estabelece uma responsabilidade solidária entre os entes federados, expondo que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Fortalecendo esse raciocínio, o art. 23, inciso II, fixa a competência comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para cuidar da saúde e assistência pública. Em outro ponto, mais especificamente em seu art. 30, VII aduz que “compete ao município(...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. (BRASIL, 1988). Resguardada a responsabilidade solidária entre os órgãos políticos das três esferas, a Lei 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde no plano infraconstitucional, traz em seu texto a divisão administrativa de competência entre os entes de maneira pormenorizada.

Em atendimento ao princípio da descentralização na prestação da saúde, compete a União, por meio do Ministério da saúde, a função de gestão de organização do Sistema e, eventualmente, em decorrência de situações específicas prevista na lei 8.080/90, a execução direta dos serviços de saúde. Conforme dispõe o art. 16 da referida lei, *in verbis*:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

(...)

III - definir e coordenar os sistemas:

(...)

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

(...)

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar

do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional. (BRASIL, 1990)

Por seu turno, compete ao Estado, através da secretaria estadual de saúde, prestar o apoio técnico e financeiro aos municípios, a gestão da rede no âmbito do seu limite territorial, executar a descentralização e, de maneira suplementar, a execução direta dos atendimentos de saúde. Senão vejamos:

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

(...) (BRASIL, 1990)

A execução direta de grande parte dos serviços na área da saúde, sem prejuízo de outras competências estabelecidas, ficou a cargo dos municípios, que executará a prestação com suporte técnico e, sobretudo financeiro da União e do respectivo estado. Assim dispõe a lei 8.080/90:

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

IV - executar serviços:

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

(...) (BRASIL, 1990)

Destaque-se que, conforme será abordado em capítulo específico, quando o indivíduo necessitar dos serviços de saúde, pode exigir de qualquer

dos entes e, diante da negativa, ou na presença flagrante de morosidade na execução dos serviços, tem legitimidade para exigir judicialmente em face de qualquer dos entes, ou até mesmo em face de todos, a concretização do direito fundamental estampada na Lei Maior da nossa República.

### **3.3 A Problemática dos Procedimentos e Medicamentos não Contemplados na Relação do SUS.**

Um ponto de extrema relevância nas discussões judiciais diz respeito aos procedimentos e medicamentos não abarcados na lista do SUS, que é elaborada através da medicina de evidência. Frise-se que a elaboração da lista em comento é decorrente de uma organização político-administrativa, visando dar maior efetividade na prestação da saúde, uma vez que a inserção ou remoção de um procedimento ou medicamento na lista do SUS, ocorre após uma bateria de testes para comprovar a eficácia ou ineficácia do serviço prestado.

Diante de tal problemática, qual seja, a possibilidade da realização de procedimentos ou fornecimentos de medicamentos e insumos não contemplados na lista do SUS, duas correntes divergentes se posicionam a respeito do tema.

De um lado, há uma corrente que defende que a saúde deve ser prestada de maneira integral e de forma irrestrita, fundamentada na Supremacia da Constituição em detrimento das normas de caráter infraconstitucional, entre eles os atos normativos que regulam as listas do SUS. Outrossim, criticam veementemente a medicina de evidência, adotada para a elaboração das listas em comento, uma vez que o respectivo método utiliza o teste em determinado grupo de pessoas. Assim, na visão dessa corrente, deve-se observar a especificidade de cada caso concreto, uma vez que a composição física do ser humano não deve ser considerada de forma igual para todos. Para tanto, é necessária a prova, através de relatório médico ou perícia judicial, de que os procedimentos e medicamentos presentes nas políticas públicas de saúde não são eficazes. Demais disso, conforme já explicitado, os procedimentos e medicamentos devem ser autorizados pela ANVISA, de acordo com critérios

técnicos e de qualidade estabelecidos pela referida agência nacional. Esse é o entendimento do Ministro do Supremo Federal Dias Toffoli. Vejamos o excerto da decisão em sede de Agravo Regimental no Recurso Especial (ARE 803838 RS):

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO AO RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS - REQUISITOS. PERÍCIA.

1. Em regra, somente há direito subjetivo à prestação material do direito fundamental à saúde relativamente aos exames, procedimentos e medicamentos previstos na política pública de saúde instituída pelo SUS. Somente em casos excepcionais, deverá o Poder Judiciário determinar ao Poder Público obrigação diversa daquelas institucionalmente previstas.

2. Não há necessidade de comprovação de hipossuficiência financeira para fazer jus à prestação material, esteja ela fixada em política pública ou não, na medida em que o direito fundamental abrange a todos os indivíduos.

3. A prestação material pretendida, apesar de fora da política, deve estar autorizada pelos órgãos competentes, havendo vedação legal de dispensação de medicamento não aprovado pela ANVISA, contida na Lei n.º 8.080/1990, alterada pela Lei n.º 12.401/2011.

4. É indispensável a prévia solicitação administrativa da prestação material pretendida pelo indivíduo frente aos órgãos governamentais competentes, de modo a receber resposta sobre a possibilidade, ou não, de fornecimento do tratamento pretendido, considerando se o mesmo está, ou não, na lista do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos).

5. O deferimento judicial de direito prestacional, em caráter supletivo às prestações já atendidas pelo Estado, deve ser objeto de prescrição médica por intermédio de médico do Sistema Único de Saúde, ou mediante perícia médica efetivada em juízo.

6. No caso em análise, o produto requerido está registrado na ANVISA, condição esta indispensável para a determinação judicial que ampare o pedido da parte autora.

7. Não havendo tratamento disponibilizado pelo SUS, de forma eficaz, e cumpridos os requisitos anteriormente fixados, merece acolhimento o pedido da autora, devendo ser determinado o fornecimento da medicação em tela pelos Entes Federados” . Alega-,se no apelo extremo, a existência de violação aos artigos 2º e 198, inciso I, da Constituição Federal (...)

(STF – ARE: 803839 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de julgamento: 01/04/2014, Data de Publicação: DJe-068)

(BRASIL, 2014)

Por seu turno, a segunda corrente, que é minoritária, defende que não são todas as tecnologias que devem ser incorporadas ou fornecidas pelo SUS, e que a relação de procedimentos, insumos e medicamentos são elaboradas de acordo com os critérios de necessidade social; evidência científica; prioridade da política nacional de saúde e disponibilidade de recursos financeiros. Ademais defendem que o direito à saúde não é absoluto, devendo ser observada a escassez de recursos, e que por tais razões, não são todos os procedimentos e medicamentos que devem ser fornecidos pelo Estado.

Todavia, é importante consignar que a Constituição não estabelece nenhum limite ou exceções na garantia do direito à saúde, em sentido contrário, sustenta que o mencionado direito fundamental deve ser prestado pelo Estado de forma universal e igualitária, visando a prevenção de doenças, ou a recuperação total da saúde do indivíduo quando já acometido por qualquer mácula.

Analisando o tema, no que se refere ao fornecimento de medicamentos não contemplados na lista do SUS, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em decisão em sede de julgamento de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.657.156 - RJ), da lavra do Ministro Benedito Gonçalves, fixou a tese favorável ao fornecimento de medicamentos fora da relação do SUS, desde que respeitados os seguintes requisitos:

- a) Comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- b) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- c) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). (BRASIL, 2018)

Diante de tais argumentos, é imperioso concluir que os serviços de saúde devem ser prestados de forma irrestrita, desde que presentes na lista de procedimento e medicamentos autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, e observados os parâmetros de interesse social e

disponibilidade de recursos, como também a existência de políticas públicas voltadas ao tema. Entretanto, a organização político-administrativa do Sistema Único de Saúde não pode ser utilizada como pretexto para fundamentar a lesão ou relevante direito fundamental à saúde.

## **4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

### **4.1 A Separação dos Poderes e a Intervenção Judicial nas Políticas Públicas de Saúde**

De acordo com as palavras de PAULO e ALEXANDRINO(2016), foi na antiguidade grega, que Aristóteles, por meio da publicação da obra intitulada “Política”, identificou que o soberano exercia três funções distintas, quais sejam: a edição de normas de caráter geral (função legislativa); a execução das normas que eram elaboradas por ele (função executiva) e por fim, julgava de maneira absoluta os conflitos que surgiam na sociedade (função de julgamento). Todavia, conforme assevera PAULO e ALEXANDRINO (2016), a contribuição do pensador grego foi apenas no sentido de identificar o exercício das funções desempenhadas pelo Estado, uma vez que todo o poder se concentrava nas mãos do soberano, que o exercia de forma ilimitada e inquestionável.

Em 1748, o francês Charles-Louis, barão de La Brède e de Montesquieu, defendeu a tese de que as três funções essenciais do estado, quais sejam, legislativa, executiva e judiciária, não podiam se concentrar nas mãos de um único poder, sob pena de abusos na execução de tais funções, uma vez que não existia limites estabelecidos. Em sentido contrário, pugnavam pela existência da limitação e controle do poder através do próprio poder. Desse modo, o ponto crucial da teoria desenvolvida pelo barão francês foi a divisão das funções do Estado em três instituições distintas, sem que houvesse hierarquia entre elas, e que fosse permitido um controle recíproco de suas atividades, dando origem assim, a teoria da Separação dos Poderes. (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 412)

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) consagra em seu art. 2º, como princípio fundamental, a Separação dos Poderes. Eis a dicção do dispositivo: “são poderes da União, independentes e harmônicos entres si, o legislativo, o executivo e o judiciário.”

A redação do dispositivo em comento estabelece a existência da tripartição de competência, repartindo o poder político entre três poderes, quais sejam: Poder executivo; Poder legislativo e Poder judiciário. Frise-se que a Constituição do Império previa a existência de quatro poderes. Além dos poderes acima apontados, havia a previsão do poder moderador, que detinha o comando absoluto sob os demais poderes, ou seja, se posicionava hierarquicamente acima das outras instituições. Todavia, essa modalidade de repartição de competência não foi adotada pelas demais constituições, como é o caso da Constituição Federal de 1988.

A independência significa que cada poder exerce suas funções conferidas constitucionalmente de maneira livre, sem interferência arbitrária ou necessidade de autorização dos outros órgãos políticos, resguardadas as exceções constitucionais. Este instituto é de suma importância para o desenvolvimento das atribuições previstas na Lei Maior por cada um dos poderes. Ademais, a independência evidencia a ausência de hierarquia entre eles.

A lição de SILVA é neste sentido, vejamos:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; (SILVA, 2005, p. 110)

A harmonia pregada na Carta Política da República expressa que as funções atribuídas a cada órgão político devem ser respeitadas de maneira recíproca entre eles. De outra banda, é estabelecida uma fiscalização mútua entre os órgãos, de modo que seja buscado um equilíbrio no desenvolvimento das funções estatais, evitando assim abusos no exercício das atribuições constitucionalmente conferidas.

Sobre o tema, SILVA expõe o seguinte:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2005, p. 110)

Dentro dessa linha de raciocínio, a Carta Magna atribuiu a cada poder uma função típica, que são aquelas que devem ser desempenhadas no exercício regular das competências conferidas pela própria Constituição Federal (BRASIL, 1988). Entretanto, de acordo com os ensinamentos de PAULO E ALEXANDRINO (2016, p. 414) a Lei Maior previu a possibilidade de cada órgão político desempenhar também funções atípicas, que são originalmente atribuídas aos outros poderes. Esse mecanismo é conhecido como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que foi consolidado pela doutrina americana. Os autores ainda defendem que não se trata de uma interferência ilegítima de um poder no outro, no que concerne às competências constitucionais conferida à cada órgão. Em sentido oposto, são institutos limitadores, que tem como fito precípua alcançar o equilíbrio necessário ao interesse coletivo, evitando abusos no desempenho das funções estatais, ou desmando de um poder em detrimento do outro. Demais disso, explica que não se tratam de intromissões aleatórias que possibilitam que os poderes inferiram nas funções dos outros quando bem entender, tampouco de subordinações entre eles. As referidas interferências devem ocorrer em estrita observância das exceções constitucionais.

Nesse viés, de acordo com as atribuições definidas na Constituição Federal (BRASIL, 1988), cabe ao poder legislativo, no exercício das suas funções típicas, a elaboração das leis vigentes no ordenamento jurídico, desde que respeitado o processo legislativo esculpido na Carta Magna. Cabe também ao poder legislativo a função de fiscalização dos atos do poder executivo, no que se refere à gestão orçamentária, contábil e patrimonial.

Ao poder executivo, é atribuída a função típica de administração da coisa pública, através do fomento, intervenção e elaboração de políticas sociais, com estrita observância do Princípio da Supremacia do Interesse Público, visado efetivar os direitos e garantias previstas na constituição.

Por sua vez, o poder judiciário tem a função típica de aplicar o direito no caso concreto, como também zelar pela guarda da Constituição Federal (BRASIL, 1988), visando dar maior efetividade aos dispositivos constitucionais.

Estabelecidas as funções constitucionais conferidas a cada poder da república, pode-se afirmar que cabe ao poder executivo e ao legislativo proporcionar a máxima efetividade do direito fundamental à saúde estampado na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse diapasão, diante da omissão do órgão político (executivo) incumbido de prestar os serviços de saúde, mormente no que tange a realização de procedimentos médicos e fornecimento de medicamentos e insumos, o poder judiciário é acionado com o intuito de proporcionar a máxima efetividade das normas constitucionais, determinado que o Estado preste de forma integral os serviços de saúde, independentemente de haver políticas sociais, ou previsão orçamentária.

FRANCO (2013), elenca quatro motivos para explicar a judicialização da saúde, quais sejam: o descumprimento do direito à saúde pelos Poderes Executivo e Legislativo; a essencialidade do direito à saúde; a maturidade e o fortalecimento do Poder Judiciário; o crescimento da consciência dos cidadãos acerca de seus direitos.

Ocorre que essa interferência do poder judiciário é comumente criticada no dia a dia forense, sob a alegação de usurpação de competência constitucional, uma vez que é atribuição do poder executivo elaborar, organizar e executar as políticas sociais. Frise-se que esse não é o único argumento contrário a judicialização do direito em comento. Vejamos a exposição de FRANCO:

Diversos outros argumentos também são utilizados para combater a Judicialização, vista como perniciosa pela Administração Pública, no intuito de impedir que o Poder Judiciário possa deferir determinações concretas contra o Estado. Dentre elas destacam-se a ausência de solidariedade entre os entes estatais na consecução do direito à saúde; a invasão do Poder Judiciário nas esferas de atribuição exclusiva do Poder Executivo; a necessidade de previsão orçamentária prévia para que se realize a correspondente despesa na área da saúde pública; a reserva do possível como balizadora da impossibilidade de concessão de medidas judiciais que acarretem ônus financeiro ao Estado; os quais serão analisados a seguir. (FRANCO, 2013)

Destaque-se que, quando o Estado deixa de elaborar uma política pública na área de saúde, os reflexos negativos são notórios em toda a sociedade, que se traduzem, entre outros, em proliferação de doenças, morosidade no atendimento, hospitais lotados, falta de medicamentos, equipamentos, insumos e profissionais médicos, e a mais grave consequência, a morte de pessoas que podiam ter suas vidas salvas em caso de prestação da saúde com a mínima qualidade.

A corrente contrária, que defendem a possibilidade de judicialização da saúde ante a inércia da prestação dos serviços por parte do Estado, explica que o papel do judiciário é tão somente evitar o retrocesso, vez que o direito social já foi conquistado, e quando o poder judiciário impõe ao Estado o dever de prestar determinado serviço de saúde, não está criando novas políticas públicas sociais, está tão somente efetivando o direito fundamental esculpido no bojo na Lei Maior.

Nesta esteira, são as palavras de MENDES:

Os defensores deste evento, que vem atuando com toda força nos tempos atuais, argumentam seus posicionamentos no ideal que todos os Poderes, dispostos no artigo 6º da Constituição, devem promover um mínimo de bem-estar social e individual, sob a análise do sistema de freios e contrapesos. Ainda se valem do pressuposto que o Poder Executivo e o Legislativo tem atuado de maneira muito inferior ao que espera a sociedade, e a única maneira de evitar o retrocesso social em razão de direitos já conquistados, seria a promoção do direito à saúde

pelo Poder Judiciário, ante a omissão dada pelos outros poderes. (MENDES, 2015)

Saliente-se que, o sistema de jurisdição constitucional adotado pelo Brasil, possibilitou que todos os conflitos surgidos das relações sociais pudessem ser apreciados pelo poder judiciário, conforme se infere do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal da República (BRASIL, 1988). Eis a dicção do dispositivo em comento: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa possibilidade de apreciação de conflitos não se limita entre relações de indivíduos com indivíduos, mas se estende também as relações entre Estado e sociedade.

A organização do Sistema Único de Saúde discutido no capítulo anterior ainda não possibilita o acesso integral e universal de todos os indivíduos que necessitam da prestação estatal. Conforme aclarado, as políticas sociais visam primordialmente a prevenção de doenças, contudo, quando o indivíduo for acometido por alguma afecção, o Estado deve prestar os serviços mais básicos, como também os mais complexos, no intuito de restabelecer a saúde integral. FRANCO (2013) explica que a efetivação do direito social objeto deste trabalho deve ser garantida pelos entes públicos no seu grau máximo, não se restringindo apenas às políticas adotadas pelo poder público, que por mais das vezes são incompletas e insuficientes, e que em diversos casos não comportam tratamentos mais modernos, em detrimentos de outros cujos valores estejam previstos no orçamento público, mas que se mostram ineficazes. Entretanto, a referida inércia do Estado não pode ser em nenhuma hipótese ignorada pelo poder judiciário, que detém a função jurisdicional, e que deve garantir a máxima efetividade das normas entabuladas na Magna Carta.

Como visto, o fito precípua da intervenção judicial é tão somente garantir o cumprimento dos direitos entabulados na Carta Política, ante a inércia do Estado. Entretanto, é de grande valia as informações de BARBOSA (2015), que relata que a Constituição Federal não prevê apenas a saúde como direito social, mas também uma série de outros direitos, tais como a educação, a moradia, o lazer, a alimentação, a segurança, a proteção à maternidade e à

infância, entre outros. Diante dessa previsão, surge uma concorrência entre os diversos direitos sociais, o que gera para o Estado uma evidente dificuldade em efetivar os direitos em comento, uma vez que os recursos financeiros são cada vez mais escassos, enquanto as necessidades sociais se apresentam como infinitas.

De mais a mais, o poder judiciário, ao intervir na execução das políticas públicas, objetivando garantir a máxima efetividade das normas constitucionais, mormente no que tange aos direitos fundamentais sociais, deve zelar pela cautela nas suas decisões, a fim de evitar a violação ao princípio democrático, ou a usurpação das competências estabelecidas pela Separação dos Poderes.

Nessa linha de ideia, vale destacar os ensinamentos de SARLET E FIGUEIREDO:

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 204)

Por fim, após análise das definições básicas do tema, necessário se faz destacar uma problemática que surge na elaboração das decisões judiciais que determinam o cumprimento efetivo da prestação da saúde. Diante do mandamento constitucional, o ente responsável em cumprir a decisão judicial, tem que alocar recursos financeiros que no mais das vezes não são previstos nos orçamentos anuais elaborados em observância aos princípios constitucionais, o que gera a discussão entre a teoria do reserva do possível e o mínimo existencial.

## 4.2 A Teoria do Mínimo Existencial

Os direitos sociais estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º da Constituição da República. Para que se possa falar efetivamente em dignidade, é necessário garantir o mínimo de condições de existência que satisfaçam as necessidades básicas do homem. Assim, o rol de direitos sociais previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988) visa garantir esse núcleo de direitos básicos, que devem ser garantidos através das chamadas ações prestacionais por parte do Estado. De mais a mais, esse rol de direitos fundamentais sociais não pode sofrer atuações estatais restritivas, sob pena de haver um retrocesso social, haja vista que os direitos sociais já foram conquistados. A vedação ao retrocesso social é princípio implícito presente no texto constitucional.

SARLET E FIGUEIREDO (2008, p.188) asseveram que a teoria do mínimo existencial foi idealizada pelo jurista alemão Otto Bachof, que defendeu que o princípio da dignidade da pessoa, previsto na Lei Fundamental da Alemanha, estabelecia não apenas a garantia da liberdade frente à autoridade estatal, mas também reclamava um mínimo de segurança social, uma vez que sem os recursos materiais mínimos aptos a assegurar uma existência digna, a dignidade da pessoa humana restaria sacrificada. Em outro trecho, os autores explicam que diante do paradigma elaborado por Bachof, o Tribunal Alemão reconheceu a existência de um direito subjetivo do indivíduo, que necessitava da prestação material por parte do Estado, que por sua vez tinha a obrigação de garantir ao indivíduo, as condições mínimas para a manutenção de sua existência condigna.

Urge mencionar que o conceito de mínimo vital não pode, e não deve ser confundido com o conceito de mínimo existencial. O primeiro conceito diz respeito ao mínimo de condições que possibilitem a sobrevivência física do indivíduo. À guisa de exemplo, podemos citar a necessidade de alimentação do ser humano para que a manutenção da vida seja garantida. Todavia, mesmo sendo proporcionado ao homem o mínimo vital, não se pode concluir que o

mínimo existencial também esteja garantido, uma vez que, conforme já explicitado neste capítulo, este conceito representa a reunião do núcleo básico de direitos sociais (educação, trabalho, moradia, proteção da maternidade e da infância, etc.) que visam proporcionar ao indivíduo o gozo de uma vida condigna, aspecto que se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana adotado no nosso sistema constitucional.

O mínimo existencial não está consagrado de forma expressa na Constituição Federal (BRASIL, 1988), entretanto, a garantia das condições mínimas necessárias para se obter uma existência digna pode ser inferida de diversos dispositivos constitucionais. Esse é o entendimento de SARLET E FIGUEIREDO, senão vejamos:

No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 195-196)

Note-se que, em que pese haver entendimento doutrinário e jurisprudencial no que se refere ao conceito de mínimo existencial e suas implicações na garantia dos direitos fundamentais sociais, o que compõe esse rol de essencialidades não possui um posicionamento pacífico, uma vez que as peculiaridades de cada caso devem ser observadas, considerando a necessidade básica de cada ser humano, como também analisadas as circunstâncias do grupo social ao qual está inserido.

Diante do exposto, conclui-se que é dever do Estado proporcionar ao indivíduo o total acesso aos direitos sociais previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), direitos que têm como fito precípua garantir o mínimo de condições existenciais para a sobrevivência do homem, alcançando assim uma vida digna. As mencionadas garantias devem ser perseguidas através da elaboração, organização e execução de políticas públicas, as denominadas prestações positivas. Desse modo, diante da inércia ou ineficiência da prestação estatal, o indivíduo é parte legítima para exigir judicialmente do Estado o efetivo cumprimento dos direitos sociais presentes na Magna Carta. Por sua vez, o poder judiciário, dentro de sua competência constitucional, tem o dever de promover a máxima efetividade das normas constitucionais. No que tange ao direito à saúde (que é objeto desse trabalho), há uma vastidão de decisões judiciais que obrigam os Entes a custear o acesso ao direito fundamental em comento, inclusive com sequestro de verbas públicas. Contudo, apesar de ser necessária a intervenção judicial nesses casos, visando garantir o mínimo existencial, é sabido que a garantia dos direitos sociais exige investimentos financeiros por parte do Estado. Neste toar, a fim de evitar prejuízos aos direitos coletivos ou individuais de outrem, ou até mesmo um colapso financeiro nas contas públicas, a cláusula de reserva do possível deve ser estritamente analisada.

#### **4.3 A Teoria da Reserva do Possível**

Assim como a teoria do mínimo existencial, a reserva do possível, de acordo com os ensinamentos de SARLET E FIGUEIREDO (2008), teve sua origem no ordenamento jurídico alemão, notadamente no início dos anos de 1970. De acordo com essa teoria, os direitos sociais que devem ser prestados pelo Estado dependem intrinsecamente de investimentos financeiros e orçamentários. A par disso, construiu-se o entendimento que a concretização dos direitos sociais dependia exclusivamente de financiamento estatal, disponibilidade que ficava localizada na discricionariedade do Estado, sobretudo na organização do orçamento público, que era elaborado através de ações

governamentais e parlamentares. Tais conceitos foram adotados pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que teve como paradigma o caso, *numerus clausus*, que tinha como cerne de discussão o acesso ao ensino superior. No caso em comento, o referido tribunal alemão firmou o entendimento que em matéria de reclamação das prestações estatais, o indivíduo só pode exigir da sociedade o que for razoavelmente aceito. Ademais, sustentaram o entendimento da impossibilidade de impor ao Estado determinada prestação de assistência social em face daquela pessoa que de maneira efetiva não gozava de tal benefício, por poder patrocinar, com recursos financeiros próprios, reclamada a assistência (SARLET E FIGUEIREDO, 2008).

Estabelecidas as considerações iniciais a respeito do tema, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais, por terem natureza de prestação positiva por parte do Estado, dependem de disponibilidade financeira, e devem ser patrocinados com verbas públicas. As necessidades sociais são infinitas, todavia, a disponibilidade de verbas públicas é finita. Nesse sentido, o Estado não consegue cumprir com todas as demandas emanadas pela sociedade, mormente no que se refere aos direitos sociais, que dependem exclusivamente de uma prestação positiva para a sua concretização. Assim, visando abarcar o maior número de pessoas beneficiadas, os entes políticos devem eleger quais as políticas sociais que devem ter prioridade de investimento do dinheiro público. Frise-se que essa afirmativa não implica em dizer que os direitos sociais não devem ser cumpridos em seu grau máximo, entretanto, deve ser considerado a escassez de recursos financeiros, que tem como consequência a não implementação de políticas sociais, ou a prestação dessas políticas de maneira ineficiente.

É importante salientar, conforme se infere da lição de PAULO E ALEXANDRINO (2016), que a cláusula de reserva do financeiramente possível, ou simplesmente cláusula do possível, não pode ser utilizada como salvo conduto pelo Estado, visando o descumprimento das suas obrigações constitucionais, sob a alegação genérica e infundada de inexistência de recursos

financeiros disponíveis, ao revés, a não concretização dos direitos sociais assegurados no bojo da Carta Política, ou a sua concretização de forma parcial, ou até mesmo a ineficiência do serviço, somente se justifica, em situações excepcionais, desde que seja comprovada, de forma inquestionável, a indisponibilidade de recursos públicos.

Os autores SARLET E FIGUEIREDO sustentam a existência de pelo menos três enfoques da teoria da reserva do possível. Assim dispõe os autores:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 202)

A judicialização da saúde gera diferentes linhas de defesa. A corrente contrária a intervenção judicial defende que esse meio de efetivação de direitos possibilita o acesso de um grupo privilegiado a tratamentos e procedimentos médicos de valores elevados, enquanto um número imensamente maior de necessitados (muitas vezes de procedimentos básicos) ficam desamparados. Em sentido contrário, a corrente que defende essa judicialização, alega que essa conduta é extremamente benéfica aos grupos mais vulneráveis, uma vez que em diversos casos, esse é o único meio de se alcançar um serviço de saúde com a mínima qualidade.

Pode-se dizer que a intervenção do poder judiciário na execução das políticas públicas é de grande valia para a sociedade, uma vez que o único objetivo da referida interferência é garantir a máxima efetividade dos direitos esculpidos na Magna Carta. Entretanto, as sentenças judiciais que determinam o cumprimento coercitivo das prestações positivas, devem observar os postulados do mínimo existencial e da reserva do possível. Por um lado, é sabido que os recursos do Estado não são ilimitados, devendo ser aplicados de maneira inteligente, mediante a elaboração de planejamento orçamentário, visando alcançar a garantia de direitos sociais ao maior número de pessoas, sempre em busca da igualdade material entre indivíduos. Destaque-se, conforme já explicitado, a escassez de recursos públicos não pode ser utilizada como justificativa para o descumprimento das prestações positivas garantidas na Lei Maior da República, sob pena de haver um retrocesso social, uma vez que esse rol de direitos já foi conquistado pela sociedade. De outra banda, o acesso à parcela mínima de direitos, consubstanciada na garantia do mínimo existencial, deve proporcionar a todos indivíduos condições de uma vida condigna, não se restringido ao mínimo vital (aptos a possibilitar a manutenção física do homem), mas também a direitos essenciais em busca da proteção efetiva da Dignidade da Pessoa Humana. Neste sentido, ao julgar um pedido, o judiciário deve utilizar a ponderação de interesses, aplicando os institutos jurídicos com estrita observância da proporcionalidade e razoabilidade.

#### **4.4 A Atuação da Defensoria Pública da União na Defesa do Direito Fundamental à Saúde**

Uma das funções dos direitos sociais é reduzir as desigualdades entre os integrantes da sociedade. Nesse contexto, os indivíduos esperam do Estado o efetivo cumprimento das prestações positivas presentes na Carta Política. Entretanto, muitos dos direitos sociais não são efetivados, ou, quando são, não alcançam todas as pessoas que deles necessitam. É de fácil percepção que os direitos à educação, ao trabalho, à alimentação, ao lazer, à saúde, entre outros, são comumente desrespeitados, razão pela qual, mais das vezes, o indivíduo

busca o auxílio do poder judiciário com o fito de ter o seu direito fundamental tutelado.

Nessa busca de efetivação de direitos através do poder judiciário, a Defensoria Pública tem um papel importante, pois enquanto instituição essencial à função jurisdicional, é responsável em proteger o direito dos mais necessitados, conforme previsão constitucional, que assim dispõe em seu art. 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Dentro dessa linha, na busca pelo acesso dos direitos, na ausência de possibilidade financeira para custear uma assistência jurídica privada, o indivíduo pode, e deve, recorrer aos auxílios da Defensoria Pública, que nesse trabalho será representada pela Defensoria Pública da União - DPU. Saliente-se que, por ser a prestação da saúde responsabilidade do Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), é possível demandar judicialmente em face de qualquer dos entes políticos, ou até mesmo em face de todos, dada a responsabilidade solidaria entre eles.

Em Sergipe, a Defensoria Pública da União presta auxílio, seja na resolução extrajudicial, seja na necessidade de judicialização, em diversas áreas, tais como questões previdenciárias, criminais e cíveis. Em relação ao direito à saúde, que é objeto desse trabalho, as ações judiciais individuais promovidas por esta instituição em comento são bastante comuns, todavia, não é o único meio utilizado para sanar eventuais descumprimentos de direitos relacionados à saúde.

Vejamos um excerto de artigo publicado por GUIMARÃES (2017), na Revista da DPU, que tem como tema o direito à saúde pública e sua defesa por ações coletivas:

Aqui, novamente, se levarmos em conta a feição dos litígios de saúde patrocinados pelas Defensorias Públicas, em atuação coletiva, veremos que o modelo de atuação destas instituições atenua os problemas atinentes ao excesso de demandas individuais.

Primeiro, porque a Defensoria busca inicialmente a solução extrajudicial das demandas de saúde, através da articulação com entes estatais e conselhos de saúde e segundo, porque, quando necessário recorrer ao Judiciário, a tendência é que a atuação se dê prioritariamente através das ações coletivas. (GUIMARÃES, 2017, p.9)

Com efeito, a solução de conflitos na via extrajudicial tem se mostrado eficiente, uma vez que grande número de demandas deixam de ser ajuizadas por conta da resolução administrativa.

Um importante programa que visa a resolução das demandas de saúde é o SUS MEDIADO, que foi iniciado pelo Estado do Rio Grande do Norte, e conta com a cooperação de diversos órgãos governamentais, entre eles a Defensoria do Estado do Rio Grande do Norte, a Defensoria Pública da União com sede naquele estado, a Secretária de Estado da Saúde, a Procuradoria Geral do Estado, entre outros órgãos. O objetivo desse programa é a busca da solução extrajudicial dos conflitos ligados a prestação da saúde.

E de acordo com dados fornecidos pela Defensoria Pública da União, o programa tem obtido êxito. Vejamos os dados presente no periódico da instituição em comento:

Para que se tenha uma ideia, o programa SUS MEDIADO proporcionou uma solução administrativa para 274 dos 1123 casos que lhe foram submetidos no ano de 2013, alcançando uma taxa de resolutividade extrajudicial global de 24,4% no mencionado período. No ano de 2014, essa taxa de resolutividade extrajudicial global foi ainda maior (subiu para 33,41%), pois o SUS MEDIADO criou condições para a solução administrativa de 414 dos 1239 casos que lhe foram submetidos no aludido período. (ROCHA JÚNIOR, 2017, p.9)

Destaque-se que, o referido programa não foi adotado pelo Estado de Sergipe, todavia, a Defensoria Pública da União em Sergipe, na busca pela resolução dos conflitos na via judicial, embora não conte com um Termo de Cooperação, como no caso do SUS MEDIADO, atua diretamente junto aos órgãos federais, estaduais e municipais de saúde com o fim de solucionar demandas individuais e coletivas pertinentes à efetivação do direito à saúde.

Em conclusão, é de amplo conhecimento daqueles que militam na justiça, que o poder judiciário recebe um grande número de processos, que muitas vezes se arrastam por anos, dessa forma, considerando que a saúde é um direito essencial à manutenção da vida, conclui-se que a melhor opção será sempre atuar preventivamente a fim de evitar a morosidade dos processos judiciais, o que torna mais proveitosa aos beneficiários a resolução extrajudicial de conflitos relativos à saúde.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais estão esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil. No caso da saúde, especificamente em seus artigos 6º e 196 a 200. O acesso à saúde é direito de todos e dever do Estado, que tem responsabilidade na implementação de políticas públicas para a sua efetivação. Neste contexto, o Poder Judiciário exerce importante papel quando da ausência da referida prestação, ou mesmo quando ele é prestado de forma ineficiente.

A saúde está intrinsecamente ligada à vida, razão pela qual seu acesso deve ser adequado, rápido e eficiente. Ao se deparar com a negativa por parte do Estado ou até mesmo com prestação ineficaz, o indivíduo recorre ao judiciário, muitas vezes através das Defensorias Públicas, visando a obtenção de tratamentos ou acesso a medicamentos aptos a garantir um mínimo de dignidade à sua existência.

A efetivação do direito à saúde encontra diversas barreiras, sobretudo de recursos financeiros e de políticas públicas adequadas para a sua implementação. Diante de tal problemática, o número de ações judiciais que visam alcançar a concretização de tal direito cresceram desenfreadamente nos últimos anos.

A separação dos poderes é princípio basilar do Estado Democrático de direito. De acordo com tal princípio, são poderes da República Federativa do Brasil, independentes e harmônicos, o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, cada um exercendo suas funções típicas e atípicas, mas também exercendo uma fiscalização recíproca entre eles.

Outrossim, a Constituição Federal prevê a possibilidade de que todo cidadão possa levar para apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou

ameaça a direito, razão pela qual é legalmente possível a tutela jurisdicional no que tange a efetivação do direito à saúde.

O princípio da reserva do possível visa a administração dos recursos públicos de forma a atingir o maior número de pessoas. Contudo, tal princípio não pode ser invocado pelo Estado com o propósito de inviabilizar a implementação de Direitos definidos na própria constituição, pois encontra limitação insuperável na garantia do mínimo existencial, que decorre do postulado da dignidade da pessoa humana.

Nesta linha de ideias, diante da ausência de prestação de direitos, sobretudo aqueles entendidos como fundamentais a existência humana, o administrado pode recorrer as vias judiciais para ver seu direito tutelado, sem caracterizar usurpação de competência constitucional

No decorrer da elaboração desse trabalho acadêmico, notou-se que a judicialização dos direitos sociais, como ocorre com a judicialização da saúde é, muitas vezes, o único método eficaz para garantir aos indivíduos o total acesso aos direitos sociais estampados na Carta Política da República. Demais disso, restou evidenciado que a cláusula da reserva do financeiramente possível não pode ser oponível a concretização de direitos fundamentais sociais. Por outro lado, se faz extremamente necessário que o Estado forneça os meios indispensáveis para garantir o mínimo de condições existenciais do indivíduo, para que este possa atingir a dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o explicitado, conclui-se que é perfeitamente possível a intervenção judicial visando garantir o acesso ao direito fundamental à saúde, desde que provocado pelos jurisdicionados, uma vez que é papel da justiça solucionar os conflitos existentes no dia a dia. Essa intervenção, conforme se infere dos institutos vergastados neste trabalho, não caracteriza afronta ao princípio constitucional da Separação dos poderes, tampouco à Reserva do

Possível. Pelo contrário, trata-se de um mecanismo eficaz à disposição da sociedade que busca a concretização dos seus direitos fundamentais positivados no texto constitucional. Desse modo, pode-se dizer que o indivíduo só alcança a dignidade quando lhe é fornecido o mínimo de condições necessário para suprir a sua existência. É de se ver, portanto, que a intervenção judicial na garantia do direito à saúde auxilia na concretização da dignidade da pessoa humana.

Por fim, sem a pretensão de esgotamento do tema proposto, sugere-se que os órgãos governamentais, tais como o Ministério Público, as Defensorias Públicas, o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde, entre outros, busquem firmar termos de cooperação para que se possa evitar a judicialização do direito fundamental em comento. Todavia, quando for necessária a intervenção judicial, o poder judiciário deve dar prioridade aos processos que envolvem à saúde, vez que se trata de um aspecto intrinsecamente ligado a manutenção da vida.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Perspectivas do Direito Sanitário no Brasil: As Garantias Jurídicas do Direito à Saúde e os Desafios para sua Efetivação**. SOUZA, André Evangelista de. [et al.]; **Direito da Saúde no Brasil**; organizadora: Lenir Santos. – Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

BARBOSA, Valfran Andrade. **A Atuação do Judiciário nas Políticas de Saúde Pública**. Aracaju, 2015.

BOBBIO, Norberto, 1909- **A Era dos Direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 7<sup>o</sup> reimpressão.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 de nov. 2017.

BRASIL, **Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990 Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm)> Acesso em 10 de dez. de 2018

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 165.715-6/RJ**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num\\_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF)>. Acesso em 02 mai. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário Nº 803839/RS**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25037041/recurso-extraordinario-com-agravo-are-803839-rs-stf>>. Acesso em 05 mai. 2018.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A Judicialização do Direito Constitucional à Saúde no Brasil: B Busca Pela Efetivação de um Direito Fundamental**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25377>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

GUIMARÃES, Karine de Carvalho. **A Nova Face da Judicialização da Saúde no Brasil**. ORDACGY, André da Silva. **Direito à Saúde Pública e Sua Defesa**

**Por Ações Coletivas.** Brasília: Jornal Fórum DPU, 2017. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/esdpu/forumdpu/10-edicao>>. Acesso em 20 mar. 2018.

MENDES, Karla Verônica Fernandes. **Responsabilidade Civil do Estado na Efetivação do Direito à Saúde, Sob a Ótica dos Medicamentos e Tratamentos não Fornecidos Pelo Sistema Único de Saúde.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65143>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** – 30. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**/Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 15.ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 10<sup>o</sup> ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. (2008), **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações.** Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ano 1, n. 1.

SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25<sup>a</sup> Ed. Malheiros:São Paulo, 2005.

ROCHA JÚNIOR, Leonardo Muniz Ramos da. **SUS MEDIADO: a Defensoria Pública em Busca de Soluções Extrajudiciais Para os Conflitos Relativos à Efetivação do Direito à Saúde.** ORDACGY, André da Silva. **Direito à Saúde Pública e Sua Defesa Por Ações Coletivas.** Brasília: Jornal Fórum DPU, 2017. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/esdpu/forumdpu/10-edicao>>. Acesso em 27 mar. 2018.