

ISABELLA BARRETO FERREIRA

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS**

ISABELLA BARRETO FERREIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL**

UBERLÂNDIA

2019

ISABELLA BARRETO FERREIRA

## **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis (FADIR) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito à saúde

Orientador: Lincoln Rodrigues de Faria

UBERLÂNDIA

2019

ISABELLA BARRETO FERREIRA

## **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis (FADIR) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

---

Nome – Titulação (sigla da instituição)

---

Nome – Titulação (sigla da instituição)

---

Nome – Titulação (sigla da instituição)

## RESUMO

O direito à saúde foi, pela Constituição Federal Brasileira de 1988, consagrado como um direito social fundamental de responsabilidade do Estado, mediante a criação de políticas sociais e econômicas a fim de reduzir riscos e agravos de doenças e promover o acesso igualitário e universal em todo o território brasileiro. Passados mais de trinta anos, nota-se a recorrente dificuldade do Estado em consolidar o direito supramencionado. Neste contexto, surge o fenômeno da judicialização da saúde, meio pelo qual cidadãos e instituições provocam o Poder Judiciário a solucionar seus respectivos problemas com a saúde, seja em âmbito público ou privado. O presente trabalho visa, por meio de dados, estudos, notícias, pesquisa jurisprudencial e doutrinária, apresentar a análise da judicialização da saúde no Brasil. Para tanto, exporá o desenvolvimento histórico do Direito Social à Saúde, bem como sua constitucionalização e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Além disso, apresentará os princípios limitantes a concretização do direito fundamental à saúde, quais sejam: separação dos três poderes; previsão orçamentária; reserva do possível. Por fim, demonstrará a necessidade da judicialização da saúde, bem como evidenciará sua atuação no fornecimento de medicamentos.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Separação dos poderes. Previsão orçamentária. Judicialização. Reserva do Possível.

## **ABSTRACT**

The Brazilian Federal Constitution of 1988 enshrined the right to health as a fundamental social right under the responsibility of the State, through the creation of social and economic policies in order to reduce risks and aggravations of diseases, with equal and universal access to the entire population. Brazilian territory. More than thirty years later, the State still has difficulties in consolidating the aforementioned law. In this context, the phenomenon of judicialization of health emerges, through which citizens and institutions provoke the judiciary to solve their respective problems with health, whether in public or private. This paper aims, through data, studies, news, jurisprudential and doctrinal research, to present the analysis of the judicialization of health in Brazil. To this end, it will expose the historical development of the Social Right to Health, as well as its constitutionalization and the creation of the Unified Health System (SUS). In addition, it will present the limits for the realization of the fundamental right to health and, finally, will demonstrate the need for the judicialization of health, a necessary phenomenon in the Brazilian legal system, as well as highlighting its role in the legal system of the country in the supply of medicines.

Keywords: Right to Health. Separation of powers. Budget forecast. Judicialization. Reserve of the Possible.

# Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1. DIREITO SOCIAL À SAÚDE</b> .....	<b>9</b>
1.1 Direitos Sociais .....	9
1.2 Constitucionalização do direito à saúde .....	13
1.3 Sistema Único de Saúde (SUS) .....	18
<b>2. PRINCÍPIOS LIMITITANTES AO DIREITO À SAÚDE</b> .....	<b>25</b>
2.1 Princípio da separação dos três poderes .....	26
2.2 Princípio da previsão orçamentária .....	29
2.3 Princípio da reserva do possível.....	33
<b>3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL</b> .....	<b>36</b>
3.1 Fenômeno da judicialização da saúde.....	37
3.2 Intervenção do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos .....	42
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>46</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

Mediante a criação de políticas sociais e econômicas com foco na redução de riscos e agravos de doenças em território nacional, foi promovido como dever do Estado, o direito igualitário e universal à saúde, intitulado como direito fundamental pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Entretanto, cerca de trinta anos desde após a promulgação da atual Carta Magna, o Estado ainda possui dificuldades em consolidar este direito.

Neste contexto, surge o fenômeno da judicialização da saúde, meio pelo qual cidadãos e instituições provocam o Poder Judiciário para atuar, a fim de proporcionar soluções, em seus respectivos problemas, na seara da saúde, seja em âmbito público ou privado. Em outro prisma, há quem alegue que este fenômeno viola princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: separação dos poderes, previsão orçamentária e reserva do possível e, portanto, é um fenômeno que não merece prosperar.

Atualmente, é comum o debate a respeito da judicialização da saúde pela divergência de posicionamentos que este tema possibilita. De um lado o Estado, enquanto instituição, está abatido por uma crise financeira; de outro os cidadãos não podem ser privados de seus direitos básicos – assegurados pela Carta Magna – e, por isso buscam solução perante o Poder Judiciário.

O presente estudo se insere na necessidade de debater sobre a relevância, ou não, da judicialização da saúde no Brasil. Para tanto, a monografia apresentará dados, estudos, notícias, pesquisas em âmbito jurisprudencial, doutrinário e técnico, para que, ao final seja possível ao leitor tirar suas próprias conclusões e, assim, concordar ou discordar da conclusão apresentada pela autora, de modo que seja possível dar prosseguimento ao atual trabalho de conclusão de curso.

Como forma de alcançar o objetivo almejado, o trabalho tratará, no primeiro capítulo, da origem dos Direitos Sociais previstos em âmbito constitucional, bem como do desenvolvimento da constitucionalização do direito à saúde e a consequente criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Importante ressaltar, desde já, que a Constituição de 1988 possui um vasto rol de direitos sociais como tentativa de, efetivamente, atender aos anseios sociais e garantir a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Além disso, no segundo capítulo, apresentará os limites, impostos pelo Estado, para a concretização do direito fundamental à saúde, quais sejam: separação dos três poderes, previsão orçamentária e a reserva do possível. Por fim, o terceiro e último capítulo, disporá sobre a necessidade da judicialização da saúde no ordenamento jurídico brasileiro, e evidenciará sua atuação e reflexos no sistema jurídico pátrio, em especial, no que se refere ao fornecimento de medicamentos.

## 1. DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Em um Estado Democrático de Direito os direitos sociais são imprescindíveis para o alcance da igualdade social, vez que possuem como finalidade a melhoria das condições de vida de indivíduos hipossuficientes<sup>1</sup>. Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 consolida o regime democrático do Estado Brasileiro, que por sua vez é pautado na igualdade social por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais, sejam referentes a seguridade, saúde, previdência, assistências sociais, educação e/ou cultura.

Cumprido ressaltar que, no ordenamento jurídico pátrio os direitos sociais estão consagrados como seu fundamento, conforme artigo 1º, IV, da Constituição Federal. Além disso, nos termos do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, os direitos sociais são outorgados a todos os indivíduos do território nacional. Por fim, o direito à saúde, previsto no rol constitucional do artigo 6º, embora não esteja concretizado, representa uma inovação para a busca e consolidação da igualdade social.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, faz-se necessário o detalhamento dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal, com foco, especialmente, no direito à saúde e sua consolidação – embora incompleta – no território brasileiro.

### 1.1 Direitos Sociais

Para que os direitos sociais sejam efetivados, é necessário que o Estado atue positivamente a fim de implementar a igualdade social dos cidadãos hipossuficientes. Por este motivo, os direitos sociais também são conhecidos como “direitos de segunda geração”, o que a doutrina entende como aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva para serem concretizados<sup>2</sup>.

Em consonância com o doutrinador Uadi Boulos, a prestação estatal é tipificada como positiva por revelar a necessidade de atuação do Poder Público, cujo possui a incumbência de realizar serviços com a finalidade de garantir direitos

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 35ª edição, 2019. p. 128.

<sup>2</sup> TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 16ª edição,

sociais e beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, para que a igualdade social seja alcançada <sup>3</sup>. Desse modo, os direitos sociais possuem papel fundamental na vida dos indivíduos hipossuficientes, vez que promovem o bem-estar social e econômico.

Os Direitos sociais estão, na Constituição Federal Brasileira, genericamente elencados em seu artigo 6º e são eles: direito a educação, saúde, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Além disso, a Emenda Constitucional n.º 26/2000 acrescentou o direito social à moradia e a Emenda Constitucional n. 64/2010 inseriu o direito social à alimentação.

Para a análise dos direitos sociais constitucionalmente elencados é necessário diferenciá-los, doutrinariamente, com os direitos fundamentais. Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos fundamentais são todas as posições jurídicas subjetivas dispostas na Constituição Federal <sup>4</sup>, ou seja, não são apenas os direitos lá declarados com este *status* e sim os direitos resultantes da concepção constitucional dominante, por isso concretizam a garantia de uma convivência digna, livre e igual <sup>5</sup>.

Os direitos sociais podem não somente ser definidos como direitos de cunho positivo, mas também como liberdades sociais, isto é, são direitos que viabilizam a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos em sua condição de grupo social, e não apenas de indivíduos singularmente considerados.

Os direitos sociais, portanto, visam garantir a todos os indivíduos o exercício e usufruto de seus direitos fundamentais em posição de igualdade, para que possuam uma vida digna por meio da proteção e garantias dadas pelo Estado Democrático de Direito <sup>6</sup>.

Entre os direitos sociais elencados no artigo 6º da Carta Magna, o primeiro é o direito à educação, também disposto em seu artigo 205. Com o estudo dos

---

2018. p. 838.

<sup>3</sup> BOULOS, Uadi Lamnêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraivajur, 12ª edição, 2019. p. 789.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2001. p. 178.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 200. p. 57.

<sup>6</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 89.

artigos supramencionados, é notório concluir ser dever estatal promovê-lo. Cumpre ressaltar que é constitucionalmente assegurado o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, sendo este, portanto, um direito subjetivo plenamente eficaz, de aplicabilidade imediata e judicialmente exigível, caso não seja prestado espontaneamente.<sup>7</sup>

Posteriormente, está o direito ao trabalho, previsto apenas no artigo 6º da Constituição Federal. Tal direito possui grande relevância em âmbito social por estar diretamente relacionado ao direito à vida, visto que a partir de sua efetivação surge a concretização do sustento do indivíduo e a satisfação de suas necessidades e de sua família como, por exemplo, alimentação, vestuário, habitação, higiene, educação e previdência<sup>8</sup>.

O direito social à moradia, por sua vez, consagra o direito à habitação digna e adequada ao cidadão e sua família. É dever de todos os entes federativos, conforme artigo 23, inciso X, da Carta Magna, combater os fatos geradores de pobreza e marginalização<sup>9</sup>. A partir deste direito é possível alcançar o direito à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade do lar, previstos constitucionalmente no artigo 5º, incisos X e XI.

Em outro giro, o direito ao lazer também está incluso no rol constitucional dos direitos sociais. Este direito está intrínseco ao ideal de liberdade do indivíduo e garante a este a capacidade de repousar-se, divertir-se, desenvolver sua informação, participação social voluntária ou qualquer outra atividade que lhe interesse, após realizar seus compromissos profissionais, familiares e sociais<sup>10</sup>.

É indispensável que o indivíduo possua um ambiente tutelado de paz para nascer, crescer, reproduzir, envelhecer e falecer. Por esta razão, o direito à segurança também está assegurado no rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º, bem como está previsto no artigo 144, ambos da Lei Maior. Este direito deve ser provido pelo Estado e mantido por todos os cidadãos, a fim de alcançar a paz social<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 313.

<sup>8</sup> CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3ª edição, 1994 -1997. p. 886.

<sup>9</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Método, 16ª edição, 2012. p. 215.

<sup>10</sup> DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva. 3ª edição, p. 10.

<sup>11</sup> BUONAMICI, Sergio Claro. **Direito Fundamental Social à Segurança Pública**. 2010. p. 7.

Entre os direitos sociais há, ainda, o direito à previdência social, o qual é um conjunto de direitos assegurados ao trabalhador brasileiro, relativos à seguridade social<sup>12</sup>. Além disso, há o direito de proteção à maternidade e à infância, também previstos no artigo 201, III, e 203, I, ambos da CF/88, possuem natureza assistencial<sup>13</sup>. E, o direito à assistência aos desamparados, garantindo-lhes o mínimo para uma vida digna<sup>14</sup>.

E, finalmente, o direito social à saúde. Este direito, como já mencionado, é um avanço no rol dos direitos sociais. Representa também a consolidação da Conferência Mundial de Saúde, realizada em Viena no ano de 1993, a qual coloca o Estado como provedor de medidas que garantam a efetivação da saúde inclusiva e igualitária, de modo que trate cada particularidade do indivíduo de maneira eficaz.

Como será melhor explanado no próximo tópico, cumpre ressaltar que, embora a Conferência Mundial de Saúde tenha ocorrido em 1993, o reconhecimento, em âmbito constitucional, do direito à saúde se deu em 1988 com a promulgação da Constituição Federal Brasileira. Se revela, nesse contexto, uma grave omissão legislativa até meados de 1988, acerca de um direito fundamental à existência humana<sup>15</sup>.

Como ensina Paulo Gustavo Branco, em consonância com Norberto Bobbio, a saúde ser tratada como um direito social fundamental a todo e qualquer indivíduo não garante sua efetivação e este é o ponto que deve ser analisado e discutido<sup>16</sup>. Nesse sentido, cumpre citar Alexy<sup>17</sup>:

[...] a codificação dos direitos do homem por uma Constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização esteja resolvido. Isso não é, todavia, o caso. Muitos

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 310.

<sup>13</sup> Proteção à maternidade e à infância, e o direito à felicidade. **Direito Constitucional**, 2018. Disponível em: <<http://direitoconstitucional.blog.br/protacao-a-maternidade/>> Acesso em: 12 de setembro de 2019.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Natan. **A assistência como direito social e suas implicações jurídicas**, 2014. Disponível em: <<http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170601132241.pdf>> Acesso em: 12 de setembro de 2019.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 308.

<sup>16</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, Brasília – Distrito Federal: Saraiva Jur, 13ª edição, 2019. p. 155

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2017. p. 62.

problemas dos direitos do homem agora somente tornam-se visíveis em toda sua dimensão e novos acrescem por seu caráter obrigatório, agora existente [...]

Com estas ponderações, é possível a apreciação exclusiva do direito constitucional à saúde, o qual é essencial para o desenvolvimento da presente monografia.

## 1.2 Constitucionalização do direito à saúde

É de conhecimento público que diversas mudanças políticas acometeram o Estado Brasileiro e, por conseguinte, oito Constituições se fizeram presentes. Cumpre ressaltar que as Cartas Magnas referentes aos anos de 1891, 1934, 1946 e 1988 foram democráticas e as demais foram outorgadas, ou seja, impostas ao povo brasileiro, referentes aos anos de 1824, 1937, 1967 e 1969. O direito à saúde foi abordado de maneiras distintas até ser consolidado como na atual Lei Maior.

A Constituição Imperial de 1824 não previa o direito à saúde e sim “socorros públicos” aos cidadãos brasileiros, em seu artigo 179 <sup>18</sup>:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:  
[...]

31) A Constituição também garante os socorros públicos.

Enquanto a Constituição de 1891 retirou de seu texto o artigo que dispunha a respeito da garantia aos “primeiros socorros” e apresentou, em seu artigo 72, caput, uma sutil menção à proteção sanitária ao mencionar a “segurança individual” <sup>19</sup>:

---

<sup>18</sup> Disponível em:

<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v1\\_1824.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf)>

Acesso em: 13 de setembro de 2019.

<sup>19</sup> Disponível em:

<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v2\\_1891.pdf?sequence=5](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf?sequence=5)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes [...]

O rol dos direitos individuais e políticos foi ampliado na Constituição de 1934, a qual dispunha normas programáticas e atribuía competência concorrente à União e aos Estados para zelarem pela saúde e pelas assistências públicas. Garantia, ainda, assistência médica e sanitária a trabalhadores e gestantes <sup>20</sup>:

Art 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência públicas; ”

“Art 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz.

§ 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador:

(...)

h) assistencia medica e sanitaria ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuizo do salário e do emprego, e instituição de previdencia, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de accidentes de trabalho ou de morte; ”

Além dos dispositivos supramencionados, a Constituição de 1934 possuía outros artigos referentes ao direito à saúde. Em decorrência disto, tal Carta é conhecida como aquela que mais abordou o tema, até o advento da Constituição Federal de 1988.

Em outro giro, a Constituição de 1937, em seu artigo 137, manteve a saúde dos trabalhadores garantida pela legislação trabalhista. Quanto à competência legislativa em matéria de saúde, foi atribuída à União, com possibilidade de delegação aos Estados <sup>21</sup>:

---

<sup>20</sup> Disponível em:

<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v3\\_1934.pdf?sequence=10](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

<sup>21</sup> Disponível em:

<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v4\\_1937.pdf?sequence=9](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

(...)

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;

Art. 16. Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

(...) XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

De maneira inédita, a Constituição de 1946 trouxe o direito à vida. Entretanto, com competência privativa à União para legislar em matéria de saúde, conforme seu artigo 5º, <sup>22</sup>:

Art. 5º - Compete à União:

(...)

XV - legislar sobre:

(...)

b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;”

Art. 141. - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (...)

A Constituição de 1967 também inovou: garantiu aos trabalhadores e suas famílias assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. Ademais, manteve como privativa a competência da União, para legislar em âmbito de direito à saúde<sup>23</sup>:

Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

(...)

---

<sup>22</sup> Disponível em:

<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v5\\_1946.pdf?sequence=9](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

<sup>23</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

E, finalmente, a Constituição Federal de 1988, de maneira inédita, inseriu o direito à saúde no rol dos direitos sociais e fundamentais, tornando-o cláusula pétrea, conforme os artigos 6º e 196 a 200. Ao prever o direito à saúde, o texto constitucional estabeleceu o indivíduo como polo passivo e ativo, por ser o detentor do direito e responsável por zelar pela sua saúde e contribuir para a coletiva, em conjunto com o Estado que, por sua vez, é obrigado a garanti-lo.

Atualmente, o direito à saúde responsabiliza o Estado como garantidor, desde a formulação à execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos que promovam, previnam e recuperem a saúde<sup>24</sup>. Este conceito moderno de saúde considera suas determinantes e condicionantes como, por exemplo, a alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte.

Além disso, impõe aos órgãos componentes do Sistema Único de Saúde o dever de identificar fatores sociais e ambientais, e ao governo a imposição de formular políticas públicas condizentes com a melhoria do modo de vida da população, de acordo com suas necessidades.<sup>25</sup> Ademais, o direito à saúde possui ligação com a seguridade social, vez que a saúde é o objeto tutelado pela seguridade, conforme é notório no artigo 194, caput, da Constituição Federal de 1988<sup>26</sup>:

Art. 194 A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O artigo 196 da atual Carta Magna, ao tratar do direito à saúde, consagrou a promoção a saúde como dever do Estado, mediante a criação de políticas sociais e econômicas a fim de reduzirem o risco de doenças e agravos, em âmbito nacional, com acesso igualitário e universal a toda a população. Enquanto em seu artigo 197, o texto constitucional qualifica as ações e serviços de saúde como de relevância pública.

---

<sup>24</sup> SANTOS, Lenir. **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Editora Saberes, 2010, p. 147-148.

<sup>25</sup> Artigo 5º da Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

<sup>26</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

A partir da leitura do texto constitucional, é possível deduzir que, além do exposto, o direito à saúde possui conexões com aspectos primários nela previstos. É importante, como exemplo, citar a relação existente com políticas públicas, bem-estar social, princípio da igualdade, solidariedade e universalidade, todos com vista à concretização do direito à saúde.

Em relação às políticas públicas, cabe ao Estado regulamentar, fiscalizar e controlar aquelas que possuem relação com a saúde e pode, inclusive, vincular esta obrigação a outras obrigações constitucionais, como com o saneamento básico e saúde ambiental, com observância à competência federativa para legislar (artigo 24, XII) e para o implemento de ações que visem sua proteção (artigo 23, II).

Tais princípios também estão dispostos nos artigos constitucionais referentes ao sistema público (Sistema Único de Saúde – SUS) e privado de saúde, artigos 198 a 200. É possível observar, portanto, a preocupação do poder constituinte em conferir o direito à saúde a todos os indivíduos, sem privilégios ou distinções.

No que tange às conexões constitucionais secundárias, vale mencionar o parágrafo 2º do artigo 5º. Este dispositivo permite a ampliação dos direitos e garantias a partir daqueles estabelecidos por tratados internacionais, desde que a República Federativa do Brasil seja signatária. Nesse sentido, é relevante citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos <sup>27</sup>, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 <sup>28</sup>, as três Convenções da Organização das Nações Unidas contra a Tortura <sup>29</sup>, além de outros instrumentos que salvaguardam a saúde via conexão secundária.

O direito à saúde, portanto, foi consolidado de forma inédita pela Constituição Federal de 1988. Este diploma legal também consagrou como dever do Estado e seus entes federativos garantir, efetivamente, o direito à saúde, com acesso universal, gratuito e igualitário, a partir de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Assim, a Carta Maior de 1988 criou uma estrutura organizacional com o objetivo de garantir o direito à saúde através de um esboço do que posteriormente seria o Sistema Único de Saúde. Com a perspectiva de regulamentar e dar funcionalidade ao

---

<sup>27</sup> Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

<sup>28</sup> Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

<sup>29</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

SUS foi necessária a elaboração de Lei Específica da Saúde, a Lei nº 8.080/90.

### **1.3 Sistema Único de Saúde (SUS)**

Após a Constituição Federal de 1988 assegurar a saúde como direito de todos e dever do Estado, que atuaria por meio de ações e serviços públicos de caráter regionalizado, hierarquizado, com sistema de atendimento integral e descentralizado e participação da sociedade em sua gestão, o Sistema Único de Saúde – SUS foi criado, por meio da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como “Lei Orgânica da Saúde”<sup>30</sup>.

Em complemento a Lei Orgânica da Saúde, houve a promulgação da Lei n.º 8.142, em 28 de dezembro de 1990<sup>31</sup>. Esta dispõe sobre a gestão do Sistema Único de Saúde no tocante às transferências de recursos financeiros para seu funcionamento, que serão repassados automaticamente pela União ao Distrito Federal, estados e municípios, desde que preencham os requisitos estabelecidos na legislação supramencionada.

Com base nas definições legais presentes na Constituição Federal Brasileira de 1988 e na Lei Orgânica da Saúde de 1990, foi possível dar início ao processo de implantação do Sistema Único de Saúde. Tal fato, por sua vez, possuiu auxílio de três relevantes órgãos: Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS).

Além disso, as Normas Operacionais Básicas (NOBS) do SUS, instruídas por portarias ministeriais, também auxiliaram sua implantação. Estas disposições eram formalizadas por portarias advindas do Ministério da Saúde, com seu conteúdo debatido entre o Ministério da Saúde e representantes do CONASEMS e CONASS e, por fim, pactuadas pela Comissão Intergestores Tripartite.

Embora as NOBS fossem portarias ministeriais, possuíam instâncias de negociação, tais quais: a nível nacional, com a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) cuja possuía representante do Ministério da Saúde, do CONASS e CONASEMS; estadual com a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), com representação da

---

<sup>30</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

<sup>31</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)> Acesso em: 13 de setembro de 2019.

Secretaria Estadual de Saúde e do Conselho Estadual de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS).

As NOBS foram instrumentos imprescindíveis para a definição de estratégias na otimização da implantação do SUS, vez que eram elaboradas com base na avaliação periódica de seu desempenho na sociedade. Em decorrência das NOBS, foi possível delimitar a competência de cada esfera do governo e definir os requisitos necessários para repasse dos recursos do Fundo Nacional da Saúde aos cofres dos estados e municípios.<sup>32</sup>

Em 2003, o CONASS solicitou ao Ministério da Saúde revisão dos atos normativos constituintes do SUS. Este pedido possuiu embasamento nos anseios de gestores estaduais, os quais entendiam que o processo normativo do SUS não contemplava as necessidades de todos os estados e regiões do Brasil. Como resultado do processo, vale ressaltar a Portaria GM/MS n.º 399 de 2006 a qual criou o Pacto pela Saúde, com o intuito de qualificar a gestão pública do SUS, que possui três dimensões: Pacto pela Defesa do SUS, Pacto pela Vida e Pacto de Gestão<sup>33</sup>.

O Pacto pela Defesa do SUS visa a consolidação permanente do SUS, como uma política pública do Estado e não de governos. Já o Pacto pela Vida, diz respeito ao monitoramento das esferas de poder do governo e suas respectivas atuações, bem como suas metas e concretizações, além de ter definido seis prioridades para atuação das esferas de poder do governo<sup>34</sup>. E, por fim, o Pacto de Gestão cujo reafirma os princípios do SUS, elencados pela Constituição Federal de 1988 e Lei nº 8.080/90.

Entre os princípios do SUS, consolidados em âmbito legislativo, cumpre destacar o referente a universalidade e a integralidade assistencial. Em decorrência do primeiro, todos os brasileiros têm direito ao acesso dos serviços oferecidos pelo SUS de maneira gratuita, independentemente de sua condição socioeconômica ou da prestação de serviço que necessite, enquanto o segundo faz referência à disponibilidade de ações que supram todas as necessidades do paciente, da prevenção de doenças até sua reabilitação.

O SUS possui como gestores os representantes de cada poder do Estado,

---

<sup>32</sup> CARVALHO DÉA, **Sistema Único de Saúde Brasileiro**, I, vol. II. Brasília, 2011. p. 60

<sup>33</sup> SOUZA, RENILSO REHEM DE. **O Sistema Público de Saúde**, São Paulo, 2002. p. 15

<sup>34</sup> São elas: saúde do idoso, controle do câncer de colo de útero e de mama, redução da mortalidade infantil e materna, fortalecimento da capacidade de respostas às doenças emergentes e endemias, promoção da saúde e fortalecimento da atenção básica.

designados para desempenhar funções do Executivo na saúde e são eles: em âmbito nacional, o Ministério da Saúde; em âmbito estadual, o Secretário de Estado da Saúde; em âmbito municipal, o Secretário Municipal da Saúde. Os gestores participam do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS).

Os conselhos de Saúde (CONASEMS e CONASS) são órgãos colegiados de representação política com caráter permanente e deliberativo, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários que atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde em sua instância correspondente. Suas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Cada Conselho de Saúde tem competência para definir sua quantidade de membros e obedecerá a seguinte composição: 50% de entidades e movimentos representativos de usuários; 25% de entidades representativas dos trabalhadores da área de saúde e 25% de representação de governo e prestadores de serviços privados conveniados ou sem fins lucrativos.<sup>35</sup>

O gestor do SUS deverá exercer suas funções a fim de concretizar melhorias na área da saúde. Estas funções podem ser definidas como: formulação/planejamento de políticas (identificação das necessidades na área da saúde e como saná-las), financiamento, coordenação, regulação, controle e avaliação do sistema e prestação direta de serviços da saúde<sup>36</sup>.

A Lei Orgânica da Saúde estabelece quais as competências e atribuições de cada esfera do poder público no Sistema Único de Saúde. Além disso, também evidencia o funcionamento gestacional do sistema, o qual ocorrerá de maneira tripartida, descentralizada de apenas uma esfera do governo.

É importante evidenciar que o Sistema Único de Saúde é planejado e organizado para um país que possui 27 estados federados com 5.570 municípios e o Distrito Federal, alguns dos municípios com população maior que países. No decorrer de quase três décadas, o SUS é, atualmente, a principal e maior política pública da

---

<sup>35</sup> SECRETARIA EXECUTIVA, **Sistema de Planejamento do SUS: uma construção coletiva – trajetória e orientações de operacionalização/Ministério da Saúde**. Brasília, 2010. p. 168 e ss.

<sup>36</sup> SOUZA, REHEM DE, **Construindo o SUS: a lógica do financiamento e o processo de divisão de responsabilidades entre as esferas de governo**. Rio de Janeiro, 2002.

saúde no Brasil.

O SUS é conhecido mundialmente como um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde do mundo, o único que consolida os princípios supramencionados – universalidade e integralidade assistencial –. Além disso, também é o único a abranger mais de 160 milhões de habitantes com uma gestão descentralizada, dividida entre as três esferas de poder governamental: o nacional, estadual e municipal, que visa respeitar e atender às necessidades de cada região do país <sup>37</sup>.

De acordo com a Organização Pan-Americana de Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS) este sistema de saúde é referência obrigatória em uma nação comprometida com a universalidade da saúde, bem como é fonte de inspiração para a Região das Américas e países de outras latitudes <sup>38</sup>.

A assistência médica brasileira gratuita, portanto, decorre de artigos constitucionais e consolida-se através das Leis nº 8.080 e 8.142. Possui como base, ainda, identificar os anseios médicos da população de acordo com sua respectiva região a fim de otimizar a saúde coletiva.

Por todo o exposto, há a evidente necessidade de princípios pilares a serem respeitados para a concretização do Sistema Único de Saúde. Além dos anteriormente mencionados, também se fazem presentes os princípios de: regionalização, hierarquização, descentralização e participação popular.

O princípio da regionalização, considerado como o mais importante para a organização do SUS, estabelece que os serviços de assistência médica existentes devem atender as necessidades de cada região do país, analisadas a partir de critérios epidemiológicos com observância à população atendida. Já a hierarquização, norteia o procedimento de divisão dos níveis de atenção e visa garantir serviços eficazes de acordo com a complexidade requerida em cada caso, nos limites dos recursos disponíveis numa dada região.

O princípio da descentralização, por sua vez, diz respeito à distribuição de poder entre os entes federativos. Para tanto, devem ser fornecidas aos municípios

---

<sup>37</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**, Disponível em: <<http://portalmms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>> Acesso em: 12 de setembro de 2019

<sup>38</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE E ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Relatório 30 anos do SUS: que SUS para 2030?** Brasília – Distrito Federal, 2018. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5809:opas-lanca-relatorio-30-anos-de-sus-que-sus-para-2030-e-destaca-importancia-de-atencao-primaria-e-mais-medicos&Itemid=843](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5809:opas-lanca-relatorio-30-anos-de-sus-que-sus-para-2030-e-destaca-importancia-de-atencao-primaria-e-mais-medicos&Itemid=843)> Acesso em: 12 de setembro de 2019.

e estados, condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras suficientes. Como respaldo a este princípio, vale citar a concepção constitucional do mando único, em que cada esfera de governo é autônoma e soberana em suas decisões e atividades, com respeito aos princípios gerais e participação da sociedade por meio de Conselhos e Conferências de Saúde, que visem formular estratégias, controlar e avaliar a execução da política de saúde.

É válido enfatizar que o princípio da descentralização foi implementado em menos de uma década em todo âmbito nacional. Com sua introdução, foi possível a participação da comunidade na atuação da política pública por meio de conferências e conselhos, bem como a criação de instâncias de pactuação que devem respeitadas em todas as esferas do governo <sup>39</sup>.

O planejamento do SUS acontece de forma conjunta entre as três esferas de governo, as quais devem desenvolver suas respectivas atividades de maneira funcional, em consonância com o sistema de Estado, nacionalmente integrado. O planejamento desenvolvido por cada uma das esferas referente aos seus respectivos territórios, deverá considerar as atividades das demais de modo que se complementarão.

O planejamento entre as três esferas deverá ser organizado conforme as atribuições definidas pelas normas, acordos e pactos vigentes. O Ministério da Saúde, o CONASS e o CONASEMS, em consonância com o Conselho Nacional de Saúde, definem as diretrizes gerais de elaboração do planejamento para todas as esferas de gestão e estabelecem prioridades e objetivos nacionais.<sup>40</sup>

Os municípios, com base nas necessidades locais, diretrizes estabelecidas pelos conselhos municipais de saúde, prioridades estaduais e nacionais, elaboram, implementam e avaliam o ciclo do planejamento municipal. Os estados, em parceria com os COSEMS, a partir das necessidades de saúde estaduais, das diretrizes estabelecidas pelos conselhos estaduais de saúde com observância às prioridades nacionais, coordenam o ciclo de elaboração, implementação e avaliação do planejamento, em seus respectivos territórios. O Distrito Federal assume responsabilidades típicas das secretarias de estado e de município.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> PAIM, SILVA JAIRNILSON, **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos**. São Paulo, 2018.

<sup>40</sup> FERREIRA, ANA CÁSSIA COPPE, **Manual de Planejamento no SUS**, Brasília, 1ª ed., 2016.

<sup>41</sup> SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SÃO PAULO, **Instrumentos de planejamento de saúde**, São Paulo, 2017.

Para o desenvolvimento de políticas públicas, de qualquer natureza, deve-se respeitar regras gerais expressas, em sua maior parte, nos artigos 165 a 169 e 195, § 2º, da Constituição de 1988, e na Lei Complementar nº 101/2000, além das normas de Direito Financeiro estabelecidas pela Lei nº 4.320, de 1964. O setor da saúde deve ser orientado, a princípio, por estas regras e subsidiariamente pelas disposições constantes nas regras setoriais, desde Leis Orgânicas a publicações infralegais, como portarias e resoluções recentes.

O conjunto de normas referentes ao planejamento do SUS elenca diretrizes que se traduzem em sete princípios orientadores do planejamento pelos gestores. As disposições estabelecidas no Decreto nº 7.508, de 2011, na L.C. nº 141, de 2012, e especialmente na Portaria nº 2.135, de 25 de setembro de 2013, definem explicitamente as atuais diretrizes para o planejamento no SUS.

Os princípios basilares para o planejamento do SUS são: planejamento com base em uma atividade obrigatória e contínua, integrada à Seguridade Social e ao planejamento governamental geral, com respeito aos resultados das pactuações entre os gestores nas comissões regionais, bipartite e tripartite; ser articulado constantemente com o monitoramento, avaliação e gestão do SUS de maneira ascendente e integrada; e contribuir para a transparência e visibilidade da gestão da saúde e das necessidades de saúde da população.

Os objetivos e princípios do Sistema Único de Saúde, estabelecidos na Constituição Federal e Lei Orgânica da Saúde, anteriormente expostos, não estão consolidados por completo. Este fato é evidente com a análise dos resultados obtidos pela política pública cujo reflete na atual pesquisa de satisfação sobre o sistema em que, apenas 10% da população brasileira o considerou como ótimo ou bom<sup>42</sup>.

É certo que em decorrência do desrespeito aos objetivos e princípios basilares do SUS, a principal política pública de saúde do Brasil está falida, visto que o atual financiamento não possibilita que a assistência médica seja estendida e supra a necessidade de toda a população. Conforme o tempo avança, torna-se mais cara pois, além dos gastos necessários para sua manutenção, caso estivesse consolidada, é necessária a reparação dos efeitos negativos que se acumulam cotidianamente.

É relevante esclarecer que, ainda que o Sistema Único de Saúde brasileiro esteja acometido por problemas de corrupção, desorganização e uso político, este

---

<sup>42</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 12 de setembro de 2019.

sistema consolidou os maiores programas grátis de vacinação, transplante de órgãos e tratamento de infecção pelo HIV do mundo, é inevitável não imaginar quantas vitórias este sistema pode proporcionar se consolidado. Este fato revela sua importância e necessidade de readaptação a realidade em que se insere para que seja mantido.

Neste contexto, cumpre ressaltar que o direito à saúde, enquanto direito social fundamental, não pode sofrer restrição pelo Poder Público. Entre as formas subsidiárias para efetivação deste direito vale citar o fenômeno da judicialização, meio pelo qual os cidadãos podem se valer para que vejam efetivado seu direito fundamental, por meio do Poder Judiciário, conforme será estudado no decorrer do presente trabalho.

## 2. PRINCÍPIOS LIMITANTES AO DIREITO À SAÚDE

É de conhecimento público que uma vida digna possui ligação e dependência direta com o direito à saúde, conforme constitucionalmente estabelecido, direito prestacional pelo Estado, ou seja, limitar o direito à saúde significa impossibilitar o indivíduo de uma vida digna. Atualmente, o Poder Público possui dificuldades em concretizar o direito em questão.

Nesse sentido, é de suma importância elucidar que os direitos fundamentais existem antes mesmo de uma ordem jurídica positivada, ou seja, a lei não os cria, apenas os reconhece/declara. Desse modo, mesmo que o legislador não declare os direitos fundamentais, eles ainda deverão ser observados e, se necessário, concretizados judicialmente <sup>43</sup>.

Ou seja, se a lei apenas reconhece os direitos fundamentais, é possível concluir que há a possibilidade de o Poder Legislativo ter se equivocado na elaboração das normas, para mais ou para menos. Nesse sentido, a doutrina dos direitos fundamentais cultiva o entendimento de que o critério utilizado, para o reconhecimento de situações jurídicas fundamentais, é jurídico-cognitivo e não político. O veredicto, portanto, a respeito da existência de um direito fundamental cabe ao Poder Judiciário e não aos órgãos politicamente investidos <sup>44</sup>.

Com o pressuposto de que a vida digna é um direito fundamental, não há sentido lógico a Constituição Federal assegurar outros direitos fundamentais que contraponham a vida humana <sup>45</sup>. É necessário ressaltar que, o direito à vida possui íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental elencado no artigo 1º, III, da Constituição Brasileira.

Assim, qualquer previsão legal ou ação do Poder Público que prejudique, mesmo que de maneira ínfima, o direito à vida também prejudicará a dignidade da pessoa humana, visto que ambos são vetores igualmente fundamentais pela Carta Magna. É correto afirmar, portanto, que a inobservância do direito à saúde implica ao descumprimento dos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana,

---

<sup>43</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Revista Forense, 2003. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2003;1000680397>>

Acesso em: 18 de setembro de 2019.

<sup>44</sup> *Idem* cit. 38.

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 198.

fato inadmissível e inconstitucional <sup>46</sup>.

Com uma rápida análise do panorama jurídico atual, é notório que os direitos relacionados ao homem – normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – é o campo jurídico em que ocorre a maior defasagem entre a norma e sua concretização. Esta defasagem é mais acentuada nos direitos sociais. Cumpre exemplificar com a Constituição Italiana, onde os direitos sociais são conhecidos como “programáticas” <sup>47</sup>.

É de suma importância conferir jurisprudência pertinente ao direito à saúde, no caso de fornecimento de medicamentos, em que o desembargador Sérgio Kukina aborda a previsão orçamentária, o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível:

[...] Inteligência dos artigos 196, 198 e 227 da Constituição Federal, normas de eficácia plena, e artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Solidariedade dos Entes da Federação. Direito fundamental à saúde, que não pode ser obstaculizado pela Administração Pública sob invocação da cláusula da "reserva do possível". Atuação do Poder Judiciário que apenas garante o exercício ou a eficácia de direitos fundamentais, não importando em violação aos princípios da separação dos poderes e da autonomia administrativa. Pretensão autoral que não viola o princípio da isonomia, mas busca, sim, atendimento diferenciado, na justa proporção de sua desigualdade. [...] (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.553.385 - SP, 2019/0224027-5, Minis. Rel.Sérgio Kukina)<sup>48</sup>.

O presente capítulo possui como foco a análise dos princípios da separação dos três poderes, previsão orçamentária e a reserva possível, em função da atuação do Poder Judiciário face ao auxílio prestado para a concretização do direito à saúde que, por sua vez, deverá prevalecer, dada sua grandeza.

## 2.1 Princípio da separação dos três poderes

---

<sup>46</sup> SPITZCOVSKY, Celso. **O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde**, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8382/o-direito-a-vida-e-as-obrigacoes-do-estado-em-materia-de-saude>> Acesso em: 18 de setembro de 2019.

<sup>47</sup> BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**. Campus, 11ª edição, 1992, p. 77-78

<sup>48</sup> Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 23 de setembro de 2019.

O presente estudo, acerca do princípio da separação dos poderes, ocorrerá sob o prisma da intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, para auxiliar o Estado na concretização do direito à saúde. É mister salientar, desde já, que o princípio da separação dos poderes é uma limitação ao poder estatal <sup>49</sup>.

É necessária a existência de mais de um órgão para o exercício do poder soberano do Estado. Este fato decorre da premissa ensinada por Montesquieu: poderes reunidos limitam a liberdade de cada um. Em um contexto de poderes aglomerados seria comum o receio da criação de leis tiranas, pelo legislativo, para serem tiranamente executadas, pelo executivo, bem como o julgador com a possibilidade de criar leis para, por ele, serem executadas <sup>50</sup>.

A democracia, portanto, estaria em risco. Se o mesmo homem, o mesmo corpo dos principais, dos nobres ou do povo, exercesse os três poderes: legislar, executar as resoluções públicas e julgar crimes, o Estado seria um completo caos repleto de tirania e injustiças <sup>51</sup>.

Em âmbito histórico, é necessário contextualizar que, no século XVI, na obra “O Príncipe”, de Maquiavel, na França, há relatos da separação de poderes, sendo: o parlamento – legislativo; o rei – executivo; e o judiciário independente. Posteriormente, no século XVII, John Locke sistematizou a Separação dos Poderes ao defender quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder: a função legislativa, exercida pelo Parlamento e a executiva, exercida pelo rei que se desdobrava em duas: externas e internas <sup>52</sup>.

Embora o pioneiro a tratar do presente tema tenha sido Aristóteles <sup>53</sup>, a teoria criada por Charles Montesquieu, na obra “O Espíritos das Leis”, no século XVIII, supracitada neste capítulo, foi essencial para reconhecer a necessidade de existência dos três poderes. Entretanto, desde que organizado como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário.

O princípio da separação dos poderes, portanto, limita o poder estatal, por meio da desconcentração, divisão e racionalização de suas respectivas funções. A divisão

---

<sup>49</sup> DALLARI, Dalmo de A. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116

<sup>50</sup> MONTESQUIEU, Charles de; SECONDAT, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996., p.168

<sup>51</sup> MONTESQUIEU, Charles de; SECONDAT, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.p. 165

<sup>52</sup> DALLARI, Dalmo de A. Op. cit. p. 218

<sup>53</sup> ARISTÓTELES. **A política**. Edipro, 2ª edição, 2009. p. 110.

dos poderes é horizontal, ou seja, não há hierarquia entre o executivo, legislativo ou judiciário, de modo que um não se submeta aos outros e cada um exerça sua competência, constitucionalmente atribuída, independentemente de intervenções dos demais <sup>54</sup>.

Como é notório, em um Estado Democrático de Direito a teoria da separação de poderes se tornou essencial, pois com sua concretização há alternância no exercício do poder, de modo que quem o estiver exercendo não se perpetue ou aja autoritariamente. No Brasil, a Constituição Federal assegura a separação de poderes como cláusula pétrea, em seu artigo 2º.

Conforme a sociedade evoluiu novas exigências sociais surgiram, por conseguinte o Estado passou a ser solicitado, em grande escala, para agir, fato que impulsionou sua participação social. A separação dos poderes foi introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, em um momento histórico cujo era necessário limitar o poder do Estado, de modo a reduzir sua atuação <sup>55</sup>.

Com isso, houve a necessidade de elaboração de novos textos normativos que inviabilizassem o modelo anteriormente adotado, cujo não respeitava a separação dos três poderes. Fato que faz surgir uma controvérsia: o legislativo não possui conhecimento suficiente para fixar regras, sem ter conhecimento das ações e meios para atuar do executivo, enquanto não é viável o executivo aguardar o lento processo de elaboração legislativa para, só então, responder aos anseios sociais que, muitas vezes, são graves e urgentes <sup>56</sup>.

Neste contexto, é notória a necessidade de atuação do poder judiciário frente a casos de ineficácia/omissão estatal em âmbito do direito à saúde. Conforme os ensinamentos de Canotilho e Ingo Sarlet, mesmo normas *prima facie* programáticas, conforme é o artigo 196 da Constituição Federal, podem possuir um núcleo jurídico-positivo, de modo que mesmo que não se seja possível obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir alguma ação diante as eficazes e se existir apenas uma que possibilite a melhoria nas condições da saúde ou sua manutenção,

---

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Gabriela Mattos Misquita. **A importância do princípio da Separação dos Poderes para o Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67817/a-importancia-do-principio-da-separacao-dos-poderes-para-o-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

<sup>55</sup> DALLARI, Dalmo de A. Op. cit. p. 221

<sup>56</sup> *Idem* cit. 49.

esta conduta que deverá ser adotada pelo poder público <sup>57</sup>.

É necessário esclarecer que, embora muitos defendam o contrário, a implementação de políticas públicas, por determinação judicial, não implica na invasão de poderes ou em ofensa à Constituição Federal, visto que é realizada em consonância com o caso concreto e pela necessidade de preservação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Além disso, a atividade do Poder Judiciário não cria políticas públicas, apenas implementa as existentes, fato que evidencia a existência da separação de poderes, pois é possível ao judiciário controlar abusos (por ação ou omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências <sup>58</sup>.

Ainda cumpre citar que, de acordo com os ensinamentos de Barroso, sempre que houver uma omissão legislativa ou administrativa em implementar a Constituição, o judiciário deverá agir. Se existir lei e atos administrativos que não sejam cumpridos, os juízes e tribunais também deverão agir. Ou seja, quando os direitos fundamentais forem vulnerados: o judiciário possui legitimidade para agir <sup>59</sup>.

Conforme a atual realidade da sociedade moderna e seus anseios, o princípio da separação dos poderes foi flexibilizado, de modo a garantir a concretização dos princípios democráticos. Como exemplo, cumpre citar, a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo quando este não cumpre seu papel de garantir os anseios da sociedade, bem como em âmbito dos direitos fundamentais, em especial na concretização do direito à saúde.

## 2.2 Princípio da previsão orçamentária

A priori, para que seja possível o entendimento a respeito do princípio da previsão orçamentária, é necessária a apresentação de seu conceito conforme entendimento doutrinário:

[...] o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se

---

<sup>57</sup> *Idem* cit. 38.

<sup>58</sup> GANDINI. João A.D.; BARIONE. Samantha F.; SOUZA. André E.de. **A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário**. In: SANTOS, Lenir (Org.). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 76-77.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, 2007. p.104.

elaboram se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa da receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro (SILVA, 2005, p. 738)<sup>60</sup>.

Ou seja, a previsão orçamentária é o conceito dado às finanças públicas, é ato que prevê e autoriza a receita e despesas das entidades político-administrativas, por prazo determinado <sup>61</sup>. São, portanto, regras que viabilizam a programação de obras, serviços e encargos públicos, em termos de dinheiro, com estimativa da receita e fixação da respectiva despesa, a serem executados em dado exercício financeiro<sup>62</sup>.

O orçamento público brasileiro é composto por três leis, sendo elas: o Plano Plurianual (PPA), previsto no artigo 165, I, da Constituição Federal e regulamentado pelo Decreto n.º 2.829, de 29 de outubro de 1998; a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), também prevista no artigo constitucional 165, parágrafo 2º e a Lei Orçamentária Anual (LOA), a fim de planejar as despesas dos entes federativos.

O PPA deverá estabelecer, regionalmente, diretrizes e metas da Administração Municipal referentes a despesas de capital, aquelas dela decorrentes e relativas aos programas de duração continuada <sup>63</sup>. Enquanto a LDO deverá prever as metas e prioridades da Administração Municipal, com inclusão das despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Por fim, a LOA disporá a respeito das alterações legislativas, em âmbito tributário local, e deverão ser aprovadas até o final do primeiro semestre de cada ano <sup>64</sup>.

No âmbito de financiamento do direito à saúde, o histórico, desde a promulgação da Constituição de 1988, revela que o setor não foi priorizado. A EC 29 <sup>65</sup>, de 13 de setembro de 2000, previu a vinculação do financiamento a saúde, pela necessidade de assegurar um valor mínimo, para que os recursos não sejam suprimidos ano a ano. A EC 29, entretanto, foi revogada e o que se queria evitar está presente na atualidade.

---

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 738.

<sup>61</sup> BULOS, Uadi L. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed., Editora Saraiva, 2003. p. 191.

<sup>62</sup> MEIRELLES, Hely L. *apud* Carvalho, **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 724.

<sup>63</sup> MEIRELLES, Hely L. Op. cit. p. 267.

<sup>64</sup> MEIRELLES, Hely L. Op. cit. p. 268.

<sup>65</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm)> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

Além disso, atualmente a EC 95/2016<sup>66</sup> introduziu o congelamento dos gastos primários. Em 2017, por exemplo, os gastos públicos dos entes federativos em saúde foram R\$ 265 bilhões, o que representou R\$ 3,60 per capita dia (neste valor, R\$ 1.55 foi repassado pela União)<sup>67</sup>. É perceptível que o atual financiamento da saúde é insuficiente, fato que reflete na busca ao Poder Judiciário para sua concretização.

Entre as demandas, há pedidos desde o fornecimento de medicamentos como SPINRAZA 2,4MG/ML, cujo tratamento com quatro doses custa, aproximadamente, R\$1.188.611,00, fornecimento de fraldas geriátricas descartáveis e internação de pessoas acima do peso em SPA. Em atual pesquisa, divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em março do presente ano, indicou o aumento de aproximadamente 130% nesse tipo de ação entre 2007 e 2018<sup>68</sup>.

Na medida em que as demandas aumentam, os gastos do erário também. Em 2007, a União gastou R\$ 23 milhões e em 2018 R\$ 11 bilhões, aumento de gastos em 4.600% aos cofres públicos. É relevante esclarecer que toda liminar deferida, para fornecimento de medicamentos, deve ter o custo suportado pelo Poder Público, que patrocinará sem licitação, ou seja, utilizará recursos orçamentários para o atendimento de um único caso. Por conseguinte, a previsão orçamentária para a área da saúde estará comprometida<sup>69</sup>.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, recentemente, que o Estado é desobrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), salvo em casos excepcionais<sup>70</sup>. A Advocacia Geral da União (AGU) indica que, após essa decisão, a tendência é que os processos nesta área diminuam cerca de 60%<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm)> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

<sup>67</sup> MENDES, Áquilas; CANURT, Leonardo. **“Desvinculação orçamentária” de Guedes mata a saúde pública**. Disponível em: <<http://idisa.org.br/domingueira/domingueira-n-10-marco-2019#a0>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

<sup>68</sup> HERCULANO, Lenir Camicura; MELO, Jeferson. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88612-demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

<sup>69</sup> NORONHA, Thiago. **A judicialização da saúde e o direito à vida**. Disponível em: <<https://www.enfoquems.com.br/colonistas/a-judicializacao-da-saude-e-o-direito-a-vida>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

<sup>70</sup> Recurso Extraordinário (RE) nº 657718

<sup>71</sup> ASPIS, Mauro Eduardo Vichnevetsky. **STF se posiciona sobre fornecimento pela Justiça de remédio sem registro na Anvisa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/stf-posiciona-fornecimento-remedios-registro>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

Além disso, o Supremo Tribunal de Justiça, também em recente decisão, determinou que o Poder Judiciário pode obrigar o Estado a fornecer medicamentos não previstos em atos normativos do SUS, desde que preenchidos três requisitos cumulativos, quais sejam: existência de registro do referido medicamento pela ANVISA; laudo médico fundamentado e circunstanciado, que evidencie a necessidade do medicamento e ineficácia dos medicamentos disponíveis pelo SUS; e, o mais latente, comprovada a incapacidade financeira do paciente em arcar com o custo do medicamento prescrito <sup>72</sup>.

Diante as tentativas do Poder Público em reduzirem o impacto da judicialização da saúde, faz-se necessário o questionamento: “Uma vida tem preço?” Este foi o questionamento levantado por Associações de pacientes que acompanharam o debate no STF a respeito da judicialização da saúde. Mais de 500 mil assinaturas foram entregues à Presidente do STF, a ministra Carmen Lucia, por meio da campanha online “#STFMinhaVidaNãoTemPreço”, após ser entregue ainda é possível assinar o abaixo-assinado, atualmente conta com mais de 830.000 assinaturas <sup>73</sup>.

A discussão a respeito da previsão orçamentária, portanto, é dotada de complexidade. De um lado está o limite orçamentário, cujo impõe aos magistrados o dever de considerar interesses coletivos ao negar um pedido de medicamento, que poderá salvar uma vida, de outro está o direito à saúde que, como já demonstrado, é essencial para a concretização do direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana <sup>74</sup>.

A fim de elucidar o debate, vale citar o Ministro Celso de Mello, quando Presidente do STF:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de

---

<sup>72</sup> Informativo 941-STF (29/05/2019) – Márcio Alexandre Lopes Cavalcante.

<sup>73</sup> Disponível em: <<https://www.change.org/p/permita-que-todos-recebam-os-rem%C3%A9dios-que-precisam-para-viver-1-milh%C3%A3o-de-assinaturas-at%C3%A9-22-de-maio>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

<sup>74</sup> SANTOS, Lenir; FUNCIA, Francisco. **Desvinculação orçamentária: avanços e recuos no financiamento da saúde.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-26/opiniao-desvinculacao-orcamentaria-financiamento-saude>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.<sup>75</sup>

Cabe ao Judiciário, portanto, garantir ao cidadão, que o provoca para atuar, o tratamento digno que deveria ser prestado pelo Estado. Tratamento este que será prestado não só como forma de garantir a justiça social, consagrada na Constituição Federal, mas, sobretudo, em razão da concretização do direito à saúde, cujo além de ser um direito fundamental, possui relação com outros direitos e princípios fundamentais, constitucionalmente consagrados.

### 2.3 Princípio da reserva do possível

O Estado, após adotar argumentos enraizados nos princípios da separação dos três poderes e previsão orçamentária, como limitantes a atuação do Poder Judiciário frente a concretização do direito à saúde, adotou como subterfúgio a teoria do princípio da reserva do possível. Esta teoria teve origem na Alemanha, no início dos anos 1970, a fim de limitar as prestações materiais do Estado com justificativa nos recursos financeiros disponíveis:

“amparar a limitação dos direitos sociais a prestações materiais de acordo com as capacidades financeiras do Estado, vez que seriam financiados pelos cofres públicos”<sup>76</sup>.

Em consonância com a doutrina, a expressão “reserva do possível” tem como finalidade identificar a limitação dos recursos financeiros públicos disponíveis, diante das necessidades a serem por eles supridas. No que tange ao presente estudo, é necessário destacar que a reserva do possível significa além das discussões a respeito do que se pode exigir do Estado em âmbito judicial é, também, a existência de um limite financeiro a ser respeitado para a concretização dos direitos exigidos<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

<sup>76</sup> OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos.** Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/%208857/6313>> Acesso em: 23 de setembro de 2019.

<sup>77</sup> BARCELLOS, Ana P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da**

É de conhecimento público que a Constituição Brasileira de 1988 reconhece numerosos direitos fundamentais e sociais. Diante a quase impossibilidade de concretização de todas estas normas, surge a necessidade de declará-las não plenamente cumpríveis e não vinculativas, ou seja, apenas como programáticas. Para reverter este quadro, faz-se necessária a adoção da teoria dos princípios a qual reconhece direitos constitucionais fundamentais e sociais sem exigir o impossível para sua concretização <sup>78</sup>.

Nesse contexto, a teoria dos princípios declara normas não plenamente cumpríveis como sendo princípios, de modo que quando dois ou mais se colidirem serão ponderados sob a perspectiva de uma reserva do possível com base naquilo que o indivíduo pode requerer, razoavelmente, da sociedade <sup>79</sup>. De acordo com a reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais e prestações materiais estão subordinadas à reserva da capacidade financeira do Estado, pois são direitos fundamentais dependentes de prestações <sup>80</sup>.

Cumprir elucidar que a doutrina pátria se posiciona no sentido de relacionar a reserva do possível com o mínimo existencial que, por sua vez, possui referencialidade com o mínimo necessário para uma vida condigna. Dessa forma, o mínimo existencial colide, muitas vezes, com a reserva do possível e, portanto, é difícil estabelecer abstratamente qual deles deverá prevalecer <sup>81</sup>.

O mínimo existencial pode ser definido como o consumo necessário para o indivíduo possuir e conservar uma vida digna, de modo que supra suas necessidades físicas, como, por exemplo, vestuário, moradia, assistência à saúde, alimentação, e espiritual-cultural, como educação e sociabilidade <sup>82</sup>. É perceptível que, os direitos sociais, por todo o exposto no presente trabalho, são a garantia do mínimo existencial e, também, da dignidade da pessoa humana.

Contudo, para a efetivação dos direitos sociais, como o direito à saúde, é necessário o investimento de recursos financeiros públicos. Atualmente, Poder

---

**dignidade da pessoa humana.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 261.

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª edição revisada, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 65

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 69.

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 29-30.

<sup>81</sup> JORGE NETO, Nagibe de M. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 151.

<sup>82</sup> LEIVAS, Paulo G. C. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

Público, como supramencionado, é economicamente limitado e com base na reserva do possível, muitas vezes, alega não ser possível atender toda a população indistintamente, dessa forma, deixa de assumir sua responsabilidade frente a concretização dos direitos sociais <sup>83</sup>.

A Constituição Brasileira é conhecida, conforme doutrina constitucional contemporânea, como “Constituição Social”, por ser a materialização de diversas promessas modernas, como a igualdade, respeito aos direitos fundamentais e justiça social, por isso possui extenso rol de direitos sociais. Sob este prisma, o Estado brasileiro concebeu direitos sociais como direitos fundamentais <sup>84</sup>.

O Estado, portanto, assumiu compromisso para efetivar todos os direitos sociais e fundamentais, fato que torna inconstitucional a invocação do princípio da reserva possível para a não concretização de tais direitos, em decisões administrativas ou judiciais, as quais deverão considerar o mérito em questão, na perspectiva do presente trabalho: a saúde <sup>85</sup>. Para que seja possível a concretização de tais direitos sociais, é necessária a adoção da teoria dos princípios, a qual visa concretizar direitos fundamentais e sociais de acordo com o possível.

---

<sup>83</sup> NASCIMENTO, Ana Franco do. **Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>> Acesso em: 21 de setembro de 2019.

<sup>84</sup> STRECK, Lênio L. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.15.

<sup>85</sup> KELBERT, Fabiana O. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 76.

### 3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Cumprir reiterar que a saúde é, explicitamente, um direito fundamental social, previsto em diversas normas internas – inclusive, na Carta Magna – e externas, as quais, muitas delas, o Brasil é signatário. Além disso, a Constituição Federal atribui ao Estado o dever de consolidá-la em âmbito nacional, mediante políticas sociais e econômicas que possibilitem ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, de forma igualitária e justa.

Nesse sentido, é de suma importância interpretar os direitos sociais em consonância com a Constituição, como um todo – do contexto histórico até as normas lá dispostas. Para tanto, é necessário confrontar o texto constitucional com a sociedade para a qual é dirigida. Ao examinar os dispositivos referentes ao resgate de promessas modernas em conjunto com a história brasileira, é perceptível que há ausência de justiça social, bem como que os direitos sociais, constitucionalmente elencados, ali estão porque grande parte da população não os tem <sup>86</sup>.

O direito à saúde, enquanto dever do Estado, não está concretizado em território nacional como deveria. Diante disso, o indivíduo que necessita de prestações estatais referentes a este direito busca, muitas vezes, por meio de provimentos judiciais, obrigar a Administração Pública a cumprir com seu dever constitucional, a fim de obter os resultados práticos que decorreriam de políticas públicas eficientes voltadas para este fim <sup>87</sup>.

Neste contexto se insere o presente capítulo, cujo prosseguirá na demonstração da grandeza do direito à saúde, conforme explanado durante o trabalho. Além disso, evidenciará a necessidade do fenômeno da judicialização da saúde, enquanto meio para concretização do direito social fundamental em questão, bem como apresentará dados referentes a intervenção do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos.

---

<sup>86</sup> STRECK, Luiz Lênio. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** – Janeiro - Junho, 2009.

<sup>87</sup> PARANHOS, Vinícius L. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. **Meritum**, v.2. n.1. Belo Horizonte, 2007. p. 201.

### 3.1 Fenômeno da judicialização da saúde

É necessário esclarecer que, “judicialização” é o termo adotado para nomear a atuação do Poder Judiciário em questões de grande repercussão – política e/ou social – que não são resolvidas pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – que estão presentes o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral <sup>88</sup>. Assim, o Poder Judiciário exerce funções atípicas <sup>89</sup>.

Como é notório, em âmbito brasileiro, a judicialização da saúde não decorre do exercício deliberado da vontade política e sim do modelo adotado na elaboração do texto constitucional, o qual estipula em seu artigo 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito <sup>90</sup>. A judicialização, portanto é um direito constitucional. Nesse sentido, é possível citar a precariedade do fornecimento de medicamentos gratuitos pelo Poder Público, como uma das principais causas da judicialização em âmbito do direito à saúde <sup>91</sup>.

A triste realidade do sistema público de saúde e o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos – muitos demasiadamente onerosos até para classes financeiramente privilegiadas – em uma sociedade possuidora do direito à saúde pública, com acesso igualitário, digno, suficiente e universal, assegurado constitucionalmente, proporciona um caos social e político. Com o intuito de ter seu direito efetivado, os cidadãos buscam a tutela jurisdicional.

Diante a essencialidade do direito à saúde, não é tolerável a ausência de atos, principalmente quando advir do Poder Público, que obste sua solidificação. Neste contexto se insere a crescente atuação do Poder Judiciário, o qual é provocado a agir frente às omissões dos Poderes Executivo e Legislativo. <sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização**, ativismo social e legitimidade democrática. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 16 de outubro de 2019. p. 3.

<sup>89</sup> Para Lenza, 2007, p. 325., Função típica do Poder Judiciário é: Julgar (função jurisdicional), dizendo o direito no caso concreto e os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei e função atípica é: a) Natureza legislativa: regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, “a”); b) Natureza executiva: administra, v.g., ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários (art. 96, I, “f”).

<sup>90</sup> *Idem* cit. 82.

<sup>91</sup> ORDACGY, André da Silva. **O Direito Fundamental à Saúde Pública**. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2019.

<sup>92</sup> FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. Jus

Parte da doutrina, entretanto, atribui ao fenômeno da judicialização da saúde uma violação direta aos princípios da separação dos poderes, da previsão orçamentária e à reserva do possível. Nesse sentido, a Juíza Sonia Maria Mazzetto Moroso Teres negou, em liminar, o fornecimento de medicamento com respaldo na violação à previsão orçamentária, pelo Poder Judiciário:

"Investir recursos em determinado setor significa deixar de investi-los em outros, porquanto é fato notório que a previsão orçamentária apresenta-se, por via de regra, aquém da demanda social. Melhor dizendo: ao autorizar o fornecimento de qualquer medicamento no âmbito judicial, o qual não se encontra inserido no planejamento do Município, estar-se-á, por via de consequência, impulsionando o deslocamento dos recursos reservados anualmente para a compra de insumos e a manutenção de serviços básicos de prevenção, promoção e recuperação da saúde para toda a coletividade, em prol de um único paciente." <sup>93</sup>

Em contrapartida, o Ministro Barroso assegura que o judiciário é o guardião da Constituição e, portanto, deve fazê-la valer, inclusive em detrimento dos outros poderes, a fim de consolidar os direitos fundamentais, valores e procedimentos democráticos. Neste contexto, cumpre citar a explanação do ministro a respeito do tema:

"A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes." <sup>94</sup>

A judicialização, portanto, é um instrumento que auxilia o Estado na busca pela materialização do direito à saúde, conforme previsto constitucionalmente, por meio da

---

Navigandi 2012 Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

<sup>93</sup> MEDEIROS, Ângelo. Juíza considera efeitos financeiros da judicialização da saúde em negativa de liminar. **Poder Judiciário de Santa Catarina**, 30 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiza-considera-efeitos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-negativa-de-liminar>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

<sup>94</sup> *Idem* cit. 82.

salvaguarda direta do bem pretendido pelo cidadão enfermo ou obrigando, mesmo indiretamente, o Poder Executivo a ser mais eficiente em suas políticas públicas. Por meio da análise da judicialização é possível inferir que, o atual orçamento destinado a saúde pública necessita de replanejamento. Ordinariamente, o investimento insuficiente em saúde conduz à majoração dos recursos destinados à previdência e à assistência social <sup>95</sup>.

É notório que, a judicialização, inevitavelmente, causa intervenção nos cofres públicos, com decisões extravagantes ou emocionais, que condenam o Poder Público a financiar tratamentos e medicamentos extremamente caros ou destituídos de essencialidade <sup>96</sup>. Em contrapartida, este argumento ou qualquer outro que tenha como base um direito secundário, não é o suficiente para rechaçar a judicialização, vez que não se sobrepõe a necessidade de efetivação do direito social e fundamental à saúde <sup>97</sup>.

Devido ao relevante caráter social da judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aprovou a recomendação n.º 31, em 30 de março de 2010 <sup>98</sup>, a qual recomenda aos Tribunais a adoção de medidas que auxiliem aos magistrados em suas decisões neste âmbito, além de recomendar a capacitação dos julgadores. Bem como aprovou a resolução n.º 107/2010 <sup>99</sup>, a qual instituiu o Fórum Nacional do Judiciário, a fim de monitorar a resolução de demandas relacionadas ao direito à saúde.

Neste sentido, em 06 de agosto de 2013, houve a sugestão para a criação de varas especializadas para julgarem processos relativos ao direito à saúde. A recomendação decorre de um pedido de providência encaminhado ao CNJ pelo ex-deputado, na época dos fatos, presidente do Instituto Brasileiro de Turismo e, atualmente, governador do Maranhão, Flávio Dino. <sup>100</sup>

Entre os argumentos apresentados por Flávio Dino, o principal era referente ao Judiciário possuir órgãos especializados em diversos assuntos, como questões

---

<sup>95</sup> *Idem* cit. 85

<sup>96</sup> *Idem* cit. 82.

<sup>97</sup> *Idem* cit. 85

<sup>98</sup> Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

<sup>99</sup> Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

<sup>100</sup> NASCIMENTO, Luciano. **CNJ recomenda ao Judiciário a criação de varas especializadas em direito à saúde**, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/08/cnj-recomenda-ao-judiciario-a-criacao-de-varas-especializadas-em-direito-a>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

trabalhistas, ambientais, violência de gênero e não ao maior problema nacional, de acordo com pesquisas: o mau atendimento ou negação de atendimentos, nas redes pública e privada de saúde. Cumpre, ainda, citar um trecho da declaração por ele dada:

"Se é um direito fundamental é preciso que haja um aprimoramento do sistema judicial para atender às demandas da população, com mais rapidez e precisão, pois estamos falando de algo que pode não pode ser perdido"

Neste contexto, por se tratar de ações que versem direitos fundamentais, é necessária a análise das demandas com profundidade e atenção. Por isso, foi aprovada a recomendação n.º 43, de 20 de agosto de 2013, a qual "Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar"<sup>101</sup>.

Assim, a especialização das varas, em matéria de saúde pública, auxiliará ao trabalho dos magistrados, cujo não possuem formação médica, a dominarem assuntos complexos desta área, ou seja, passarão a ter conhecimento jurídico e técnico. Como consequência, os diálogos entre o juiz, a Administração Pública e a seara médica, serão mais eficazes, além de sentenças mais céleres, com motivações mais concretas e seguras.

Ademais, em 2016, o Deputado Federal Hiran Gonçalves, propôs uma emenda à Constituição, PEC 297/16<sup>102</sup>, a qual determina a criação de varas especializadas em litígios referentes a saúde pública nos tribunais de justiça dos estados, Distrito Federal e tribunais regionais federais. O autor da proposta destaca que muitas vezes – em razão da indisponibilidade orçamentária ou outros motivos – o Estado não disponibiliza tratamentos e/ou medicamentos que garantam integralmente o direito à saúde, por conseguinte, as demandas judiciais neste âmbito crescem<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1823>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

<sup>102</sup> Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2121184>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

<sup>103</sup> HAJE, Lara. PEC prevê criação de varas especializadas em saúde nos tribunais de Justiça e TRFs. **Direito e Justiça – Câmara dos Deputados**, 2016 de fevereiro de 2018. Disponível em:

Acrescenta, ainda, que a judicialização da saúde é um fenômeno necessário para a concretização do direito fundamental em análise e, portanto, é imprescindível uma maior especialização dos magistrados para proferirem decisões mais técnicas e precisas, com amparo em evidências científicas. Em 2017, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) aprovou a admissibilidade da PEC 297/16 <sup>104</sup>.

Por fim, cumpre citar a resolução n.º 238, de 6 de setembro de 2016 <sup>105</sup>, a qual traz em seu texto a responsabilidade dos comitês em darem assistência aos Tribunais para criarem Núcleos de Apoio Técnico (NAT). Fato decorrente da parceria entre os Tribunais e o Ministério da Saúde, consiste na disponibilização, para os magistrados, de um banco de dados com laudos técnicos e pareceres elaborados por especialistas da saúde (médicos e farmacêuticos, por exemplo) <sup>106</sup>.

Quando o magistrado receber uma demanda, poderá solicitar ao NAT informações técnicas a respeito do caso. O NAT, por sua vez, enviará um parecer técnico ao juiz, com informações necessárias – e com dados científicos – de acordo com a demanda. Este fato que simboliza um grande avanço para a judicialização da saúde brasileira.

O Conselho Nacional de Justiça, notoriamente, se preocupa com o fenômeno da judicialização. As recomendações, resoluções, PEC, criação de varas especializadas e núcleos de apoio técnico, apresentam uma inovação nesta seara jurídica, avanços que contribuirão com a sociedade e a organização judiciária. Isto porque, entre os pedidos judiciais muitos – se não a maioria – são de tutela antecipada e, por se tratarem de questões urgentes sobre a vida, o juiz, por não possuir formação técnica suficiente a respeito do assunto, acaba deferindo, muitas vezes, influenciado por questões sociais e morais.

Por todo o exposto, a importância do fenômeno da judicialização da saúde é gritante, pois o Judiciário não pode quedar-se inerte quando provocado para solucionar um litígio, em especial quando referente a um direito fundamental. Bem como, é notória a necessidade de implementação das varas especializadas e da

---

<<https://www.camara.leg.br/noticias/507916-pec-preve-criacao-de-varas-especializadas-em-saude-nos-tribunais-de-justica-e-trfs/>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

<sup>104</sup> *Idem* cit. 96.

<sup>105</sup> Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

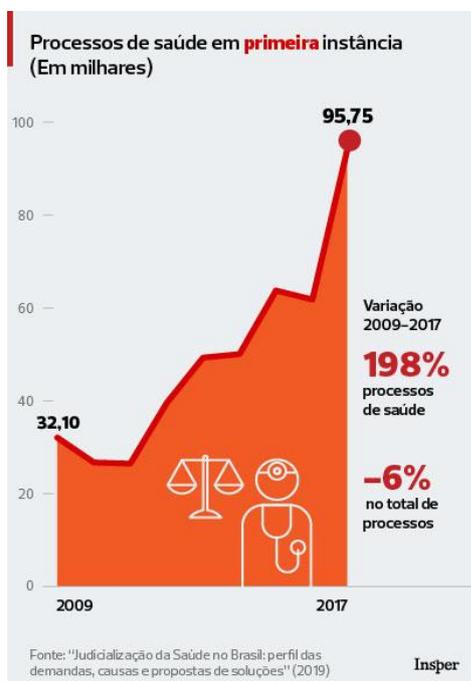
<sup>106</sup> MORAIS, Naiara. **A judicialização da saúde no Brasil e a criação de núcleos de assessoria técnica como alternativa para sua minimização.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73821/a-judicializacao-da-saude-no-brasil-e-a-criacao-dos-nucleos-de-assessoria-tecnica-como-alternativa-para-sua-minimizacao>> Acesso em: 17 de outubro de 2019.

implementação dos NAT's, a fim de capacitar tecnicamente os magistrados para julgarem com mais segurança e celeridade.

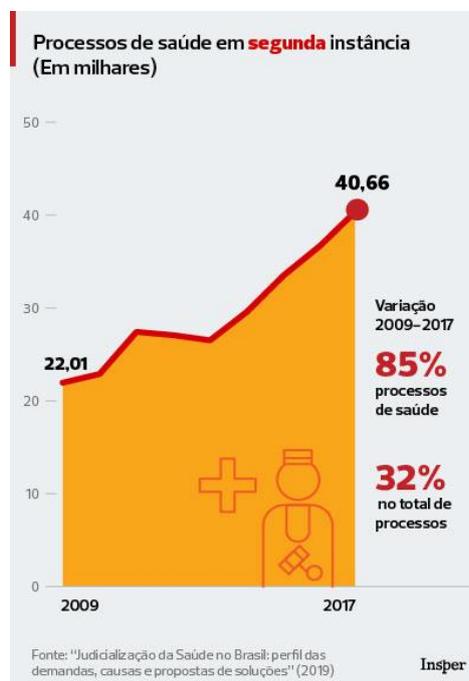
### 3.2 Intervenção do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos

Entre o período de 2009 a 2017, a quantidade anual de processos em primeira instância relativos à saúde cresceu em 198%. Tal percentual engloba a seara pública e privada, no que tange à rede pública: grande parte dos processos recaem sobre procedimentos e medicamentos não disponibilizados por ela; em âmbito privado: possuem relação com procedimentos e medicamentos não previstos nos contratos das operadoras de saúde <sup>107</sup>.

Em segunda instância, durante o mesmo lapso temporal, as ações sobre saúde também cresceram, aumento que simboliza 85%. Embora nem todos os processos de primeira instância cheguem até a segunda, o crescimento da judicialização também na instância recursal indica o movimento generalizado no país <sup>108</sup>. Conforme representado nos gráficos a seguir:



Fonte: Insper (2019).



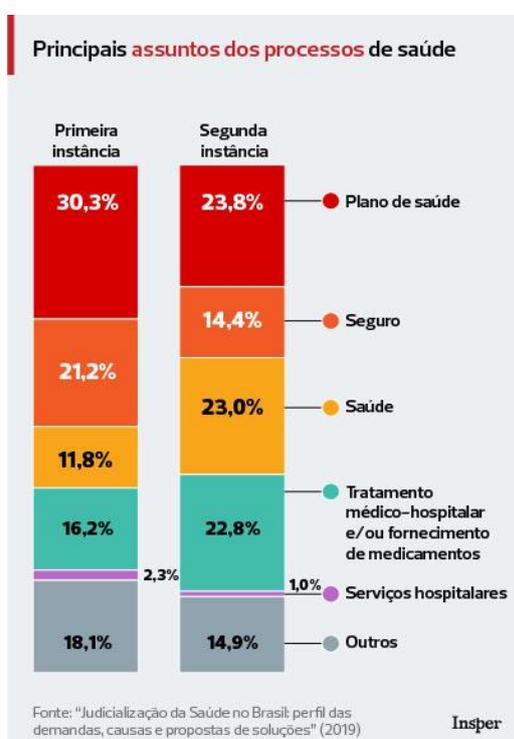
Fonte: Insper (2019).

<sup>107</sup> Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União. **Insper, 24 de maio de 2019**. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>> Acesso em: 18 de outubro de 2019.

<sup>108</sup> *Idem* cit. 101.

Entre tais demandas os temas: “plano de saúde”, “seguro” e “saúde” são dominantes em ambas instâncias. Cumpre ressaltar que “plano de saúde” e “seguro” são temas referentes à saúde privada, a qual é suplementar à pública. Enquanto “saúde” engloba os casos do setor público, tema geral que representa 12% e 14%, na primeira e segunda instância, respectivamente.

Em seguida ao principal tema referente à saúde pública, estão “medicamentos” e “tratamentos médico-hospitalares” também presentes na tabela ilustrativa dos principais assuntos tratados no âmbito dos processos de saúde. Enquanto nas decisões de segunda instância, 70% dos acórdãos são referentes a medicamentos



Fonte: Insper (2019).



Fonte: Insper (2019).

Em 2016, de acordo com o Ministério da Saúde, o gasto com demandas judiciais consumiu R\$ 1,3 bilhões. Com este investimento, 790 itens foram comprados e a soma dos dez medicamentos mais caros custaram R\$ 1,1 bilhão – 90% do gasto total. Entre os mais caros das demandas estão: Soliris (eculizumabe), Vimizim (elosulfase), Translarna (Atalureno) 1000mg e 250 mg, Juxtapid (lomitapida), Replagal

<sup>109</sup> *Idem* cit. 101.

(alfagalsidase), Cinryze (Inibidor de C1 esterase), Myalept (Mentreleptina) <sup>110</sup>.

O Ministério Público, em tentativa de controlar a distribuição dos dez medicamentos mais caros, promoveu ações a fim de contatar pacientes que pleitearam tais medicamentos e estabelecimentos de saúde que os atendiam. Ao todo, 414 pacientes foram pesquisados nas ações: 362 foram localizados, 28 não localizados, 5 não residem no endereço fornecido nas ações judiciais, 6 recusaram-se a prestar informações e 13 faleceram <sup>111</sup>.

Além disso, a Polícia Federal, em 08 de março de 2017, por meio da Operação Cálice de Hígia apurou que, em Campinas – São Paulo, havia uma associação responsável por ajuizar demandas fraudulentas que solicitavam, em caráter liminar, o fornecimento de medicamento que não havia sido aprovado pela ANVISA. Apenas no Distrito Federal, foram identificadas, pelo Poder Judiciário, mais de 900 demandas referentes a tal medicamento <sup>112</sup>.

De 2010 a 2016, referido medicamento custou mais de R\$ 1,2 bilhões aos cofres públicos. A investigação apurou que grande parte dos pedidos possuíam mesmo modelo e partiram de uma única associação de pacientes, a qual é responsável por captar portadores da Síndrome Hemolítica Urêmica, diagnóstico inconclusivo ou até mesmo negativo <sup>113</sup>.

Os dados apresentados pelo Ministério da Saúde e pela Polícia Federal são alarmantes frente ao alto investimento de recursos públicos para a distribuição de medicamentos. Estes dados induzem a uma questão: será mesmo o fenômeno da judicialização da saúde, meio pelo qual busca-se a efetivação do direito social fundamental, um problema jurídico e político que, por si só, gera grandes rombos aos cofres públicos e, portanto, não merece prosperar?

O Ministério da Saúde, em tentativa de minimizar os impactos gerados pelos medicamentos aos cofres públicos, conseguiu desconto de 29% no medicamento Soloris, economia de R\$ 220 milhões ao ano. Importante mencionar que referido

---

<sup>110</sup> Ministério da Saúde; Sistema Único de Saúde. **PLATAFORMA E-NATJUS Ferramenta com evidências técnicas e científicas vai apoiar magistrados nas decisões de saúde** Disponível em: <<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/novembro/21/CNJ-Funcionamento-NATJUS.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2019.

<sup>111</sup> *Idem* cit. 104

<sup>112</sup> Doenças Raras: PF investiga aquisição fraudulenta de medicamento de alto custo. **Alta complexidade política e saúde**. Disponível em: <<http://altacomplexidade.org/doencas-raras-pf-investiga-aquisicao-fraudulenta-de-medicamento-de-alto-custo/>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

<sup>113</sup> *Idem* cit. 106.

medicamento, por meio de obtenção judicial, representou o maior gasto anual, apenas em 2016 R\$ 613 milhões de reais foram destinados à sua compra <sup>114</sup>.

Enquanto o medicamento Spinraza, desde dezembro de 2017, está 50% mais barato em território nacional. O Governo Federal regularizou o medicamento no Brasil e, com isso, o preço máximo de venda ao Ministério Público será de R\$ 209,7 mil, anteriormente R\$ 420 mil reais eram gastos com a importação de cada unidade <sup>115</sup>.

Em relação aos processos que requisitam a disponibilidade de medicamentos experimentais e/ou não registrados pela ANVISA, o Supremo Tribunal Federal <sup>116</sup>, como explicitado no tópico 2.2, recentemente, reconheceu que o Estado não é obrigado a fornecê-los, salvo em casos excepcionais. A AGU indica que, a partir deste entendimento, o investimento público com tais medicamentos reduzirá em 60% <sup>117</sup>.

Também em recente decisão, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que o Poder Judiciário poderá obrigar o fornecimento de medicamentos não previstos em atos normativos do SUS apenas quando preenchidos três requisitos cumulativos – medicamento registrado pela ANVISA; laudo médico probatório da necessidade do medicamento e ineficácia dos demais disponíveis pelo SUS; e comprovada incapacidade financeira do paciente em arcar com o custo do medicamento prescrito.

Como exposto no presente capítulo, embora a judicialização da saúde represente, para os cofres públicos, um alto investimento dos recursos financeiros, sua necessidade em território nacional é indubitável e, portanto, é um fenômeno que merece sim prosperar. Atualmente, a fim de minimizar este quadro, diversos órgãos e autoridades públicas buscam meios de reduzir o investimento público. Em relação aos medicamentos, maior gasto financeiro, descontos foram alcançados pelo Ministério da Saúde, enquanto o STF e STJ, concretizaram decisões que tornaram a aplicabilidade da judicialização da saúde mais criteriosa.

---

<sup>114</sup> *Idem* cit. 104.

<sup>115</sup> Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde comprará medicamento Spinraza para atender ações judiciais**, 19 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42215-ministerio-da-saude-comprara-medicamento-spinraza-pela-metade-do-preco>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

<sup>116</sup> Recurso Extraordinário (RE) nº 657718

<sup>117</sup> ASPIS, Mauro Eduardo Vichnevetsky. **STF se posiciona sobre fornecimento pela Justiça de remédio sem registro na Anvisa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/stf-posiciona-fornecimento-remedios-registro>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República, após mais de trinta anos desde sua promulgação, dispõe, em seu artigo 6º, uma gama de direitos sociais, dentre eles, o mais relevante para o presente estudo: o direito à saúde. O Estado, entretanto, ainda não o concretizou conforme os anseios da sociedade e constitucionalmente disposto. Por conseguinte, o Poder Judiciário é provocado para agir perante demandas judiciais que visam a materialização do direito à saúde, fato denominado como “fenômeno da judicialização da saúde”.

A priori, para o alcance do entendimento a respeito da presente monografia, fez-se necessária a abordagem dos direitos sociais elencados no artigo 6º, da Constituição Federal, conforme ocorreu no primeiro capítulo. Após a análise da evolução dos direitos sociais e a constitucionalização do direito à saúde, é perceptível que houve uma grande evolução no decorrer das Constituições – das outorgadas as promulgadas – e que, por consequência da atual Constituição Social, foi possível a criação do Sistema Único de Saúde.

Em seguida, foram analisados os princípios considerados limitantes à atuação judiciária em demandas relacionadas ao direito à saúde, quais sejam: separação dos três poderes, previsão orçamentária e reserva do possível. Após a análise aos aspectos teóricos e jurisprudenciais aplicáveis ao tema, é possível afirmar que o texto constitucional, os dispositivos legais e atual jurisprudência legitimam o Poder Judiciário a atuar nesta seara e a promover o direito à saúde, sem observância aos limites impostos pelo Estado.

Com estas premissas consolidadas, tornou-se possível a discussão sobre o fenômeno da judicialização da saúde, no terceiro capítulo. O qual, como comprovado, atua com diversas finalidades, entre elas consolidar o direito à saúde e suprir as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo. Ademais, restou comprovada sua necessidade, em âmbito social e político, para fornecer medicamentos, seara em que ocorre maior investimento do orçamento público, em decorrência da ineficiente distribuição.

No decorrer da monografia, ficou demonstrado que a saúde é um direito de todos, conforme estipulado no artigo 196, da Constituição Federal, que deverá ser concretizado mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços, de

modo que seja promovida, protegida e recuperada como um todo. Sob este prisma, é visível que o Poder Judiciário não pode ser o terceiro poder a se omitir frente a necessidade de consolidação deste direito fundamental social.

Ademais, como demonstrado, a judicialização da saúde representa alto investimento dos recursos financeiros públicos, principalmente em âmbito dos medicamentos. Como forma de reverter este quadro, órgãos e autoridades públicas têm atuado a fim de alcançar descontos em medicamentos e ampliar a taxatividade dos requisitos para sua obtenção, pela esfera pública.

Como exemplo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Público, salvo em casos excepcionais, não possui obrigação em fornecer medicamentos experimentais e/ou não reconhecidos pela ANVISA. Enquanto o Supremo Tribunal de Justiça determinou que o Poder Judiciário apenas obrigará o Estado a prover medicamentos não previstos nos atos normativos do SUS quando preenchidos três requisitos cumulativos – entre eles, a falta de poder aquisitivo do paciente e justificção médica da ineficiência dos outros medicamentos disponibilizados pelo SUS.

Embora os recursos financeiros ainda sejam escassos, há uma engajada atuação de autoridades e órgãos públicos pela busca de soluções para minimizar o alto investimento público gerado pela judicialização. Fato que evidência o reconhecimento aos bons resultados do fenômeno, que deverá perdurar na sociedade até o momento em que os demais poderes não mais se omitirem frente a problemática da saúde pública.

Por todo o exposto, não há possibilidades para o Poder Judiciário quedar-se inerte frente ao chamamento de um cidadão que necessita solucionar seu conflito, em especial na seara da saúde, direito fundamental social que, em hipótese alguma, poderá ser mitigado frente a algum princípio ou direito. Ainda que o Estado imponha limites a atuação judiciária, a fim de diminuir o fenômeno da judicialização da saúde, tais limitações não encontram respaldo normativo, jurisprudencial ou técnico para mitigarem o direito à saúde, cuja concretização não pode, jamais, prescindir do acionamento do Poder Judiciário, quando presente alguma omissão estatal.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª edição revisada, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2017.

ARISTÓTELES. **A política.** Edipro, 2ª edição, 2009.

ASPIS, Mauro Eduardo Vichnevetsky. **STF se posiciona sobre fornecimento pela Justiça de remédio sem registro na Anvisa.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-13/stf-posiciona-fornecimento-remedios-registro>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

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

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, 2007.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática.** Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

BERGONZI, Gécica. **A judicialização da saúde como garantia da efetivação de direito fundamental.** Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário Univates,

Curso de Direito – Lajeado, junho de 2015.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**. Campus, 11ª edição, 1992.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. 9.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, Brasília – Distrito Federal: Saraiva Jur, 13ª edição, 2019.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 20 de maio de 1840. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de

20 de outubro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

BULOS, Uadi L. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed., Editora Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraivajur, 12ª edição, 2019.

BUONAMICI, Sergio Claro. **Direito Fundamental Social à Segurança Pública**. 2010.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3ª edição, 1994 -1997.

DALLARI, Dalmo de A. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Doenças Raras: PF investiga aquisição fraudulenta de medicamento de alto custo. **Alta complexidade política e saúde**. Disponível em: <<http://altacomplexidade.org/doencas-raras-pf-investiga-aquisicao-fraudulenta-de-medicamento-de-alto-custo/>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva. 3ª edição.

FERREIRA, ANA CÁSSIA COPPE, **Manual de Planejamento no SUS**, Brasília, 1ª ed., 2016.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. Jus Navigandi 2012 Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25377/a>>

[judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs](#)> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

GANDINI, João A.D.; BARIONE, Samantha F.; SOUZA, André E.de. **A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário**. In: SANTOS, Lenir (Org.). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2010.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Revista Forense, 2003. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2003;1000680397>> Acesso em: 18 de setembro de 2019.

HAJE, Lara. PEC prevê criação de varas especializadas em saúde nos tribunais de Justiça e TRFs. **Direito e Justiça – Câmara dos Deputados**, 2016 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/507916-pec-preve-criacao-de-varas-especializadas-em-saude-nos-tribunais-de-justica-e-trfs/>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

HERCULANO, Lenir Camicura; MELO, Jeferson. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88612-demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 12 de setembro de 2019.

JORGE NETO, Nagibe de M. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União. **Insper, 24 de maio de 2019**. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>> Acesso em: 18 de outubro de 2019.

KELBERT, Fabiana O. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Método, 16ª edição, 2012.

MEDEIROS, Ângelo. Juíza considera efeitos financeiros da judicialização da saúde em negativa de liminar. **Poder Judiciário de Santa Catarina**, 30 de abril de 2018. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiza-considera-efeitos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-negativa-de-liminar>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

MEIRELLES, Hely L. *apud* Carvalho, **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Áquilas; CANURT, Leonardo. “**Desvinculação orçamentária**” de Guedes **mata a saúde pública**. Disponível em: <<http://idisa.org.br/domingueira/domingueira-n-10-marco-2019#a0>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**, Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>> Acesso em: 12 de setembro de 2019.

Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde comprará medicamento Spinraza para atender ações judiciais**, 19 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42215-ministerio-da-saude-comprara-medicamento-spinraza-pela-metade-do-preco>> Acesso em: 20 de outubro de 2019.

Ministério da Saúde; Sistema Único de Saúde. **PLATAFORMA E-NATJUS**

**Ferramenta com evidências técnicas e científicas vai apoiar magistrados nas decisões de saúde** Disponível em:

<<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/novembro/21/CNJ-Funcionamento-NATJUS.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2019.

MONTESQUIEU, Charles de; SECONDAT, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

\_\_\_\_\_. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 35ª edição, 2019.

MORAIS, Naiara. **A judicialização da saúde no Brasil e a criação de núcleos de assessoria técnica como alternativa para sua minimização**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73821/a-judicializacao-da-saude-no-brasil-e-a-criacao-dos-nucleos-de-assessoria-tecnica-como-alternativa-para-sua-minimizacao>> Acesso em: 17 de outubro de 2019.

NASCIMENTO, Ana Franco do. **Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>> Acesso em: 21 de setembro de 2019.

NASCIMENTO, Luciano. **CNJ recomenda ao Judiciário a criação de varas especializadas em direito à saúde**, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/08/cnj-recomenda-ao-judiciario-a-criacao-de-varas-especializadas-em-direito-a>> Acesso em: 16 de outubro de 2019.

NORONHA, Thiago. **A judicialização da saúde e o direito à vida**. Disponível em: <<https://www.enfoquems.com.br/colunistas/a-judicializacao-da-saude-e-o-direito-a-vida>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no**

**fornecimento de medicamentos.** Disponível em:  
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/%208857/6313>>  
Acesso em: 23 de setembro de 2019.

OLIVEIRA, Gabriela Mattos Misquita. **A importância do princípio da Separação dos Poderes para o Estado Democrático de Direito.** Disponível em:  
<<https://jus.com.br/artigos/67817/a-importancia-do-principio-da-separacao-dos-poderes-para-o-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

OLIVEIRA, Natan. **A assistência como direito social e suas implicações jurídicas,** 2014. Disponível em:  
<<http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170601132241.pdf>> Acesso em: 12 de setembro de 2019.

ORDACGY, André da Silva. **O Direito Fundamental à Saúde Pública.** Disponível em:  
<<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE E ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Relatório 30 anos do SUS: que SUS para 2030?** Brasília – Distrito Federal, 2018. Disponível em:  
<[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5809:op-as-lanca-relatorio-30-anos-de-sus-que-sus-para-2030-e-destaca-importancia-de-atencao-primaria-e-mais-medicos&Itemid=843](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5809:op-as-lanca-relatorio-30-anos-de-sus-que-sus-para-2030-e-destaca-importancia-de-atencao-primaria-e-mais-medicos&Itemid=843)> Acesso em: 12 de setembro de 2019.

PAIM, SILVA JAIRNILSON, **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos.** São Paulo, 2018.

PARANHOS, Vinícius L. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. **Meritum**, v.2. n.1. Belo Horizonte, 2007.

Proteção à maternidade e à infância, e o direito à felicidade. **Direito Constitucional**, 2018. Disponível em: <<http://direitoconstitucional.blog.br/protacao-a-maternidade/>>

Acesso em: 12 de setembro de 2019.

Recurso Extraordinário (RE) nº 657718

SANTOS, Lenir. **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Editora Saberes, 2010.

\_\_\_\_\_. FUNCIA, Francisco. **Desvinculação orçamentária: avanços e recuos no financiamento da saúde**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-26/opinia0-desvinculacao-orcamentaria-financiamento-saude>> Acesso em: 22 de setembro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Livraria do Advogado Editora.

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SÃO PAULO, **Instrumentos de planejamento de saúde**, São Paulo, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2001.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde**, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8382/o-direito-a-vida-e-as-obrigacoes-do-estado-em-materia-de-saude>> Acesso em: 18 de setembro de 2019.

STRECK, Lênio L. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. STRECK, Luiz Lênio. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** – Janeiro-Junho, 2009.

TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 2018.

TORRES, Ricardo L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

VIENA (1993), **Declaração e Programa de Ação**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. PGE. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> . Acesso em: 16 de outubro de 2019.