



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON

AMANDA THAYANE RODRIGUES NALEVAIKI GILIO

**A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À
SAÚDE**

**JI-PARANÁ
2018**



**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA – EMERON
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
PARA A CARREIRA DA MAGISTRATURA**

AMANDA THAYANE RODRIGUES NALEVAIKI GILIO

A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON, para obtenção de grau acadêmico de Pós-graduação em Direito para a Escola da Magistratura, sob orientação do Professor Esp.Haruo Mizusaki.

**JI-PARANÁ/RO
2018**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

N 147b Nalevaiki, Amanda Thayane Rodrigues

A Intervenção do Poder Judiciário na Efetividade do Direito à Saúde/
Amanda Nalevaiki – Rondônia, 2018.

79 p.

Orientador: Esp. Haruo Mizusaki.

Trabalho de Conclusão de Curso Pós Graduação em Direito – Escola da
Magistratura de Rondônia (EMERON), 2018.

1. Direito à Saúde 2. A Saúde no Brasil 3. A Intervenção do Poder Judiciário
na Efetividade do Direito à Saúde. I. Mizusaki, Haruo.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA -
EMERON

AMANDA NALEVAIKI

A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO
DIREITO À SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON, como requisito parcial para a obtenção do grau acadêmico de Especialização em Direito para a Escola da Magistratura, sob a orientação do Professor Orientador Esp. Haruo Mizusaki.

BANCA EXAMINADORA

Esp. Haruo Mizusaki – EMERON

Nota

Me. Oscar Francisco Alves Junior – EMERON

Nota

Ma. Philiane Ferreira Paulino da Silva – EMERON

Nota

Média

Ji-Paraná/RO, 05 de novembro 2018

Dedico o presente trabalho aos meus professores, familiares e amigos que sempre me incentivaram e apoiaram.

Agradeço a Deus pela capacidade e saúde. Aos meus pais e minha irmã, dos quais eu me orgulho e nos quais eu me espelho. Ao meu esposo, Bruno, pela compreensão nos momentos que me fiz ausente. Ao professor Haruo Mizusaki, pelos ensinamentos e pela tamanha dedicação com a qual me orientou na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

NALEVAIKI, Amanda. **A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE.** 2018. 64 p. Monografia. Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (EMERON), 2018.

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a intervenção do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde. Para realização do estudo, fez-se necessário discorrer sobre os direitos sociais expressos na Constituição Federal, mais especificamente sobre o direito à saúde, seus princípios, bem como, seu caráter de direito fundamental. O presente trabalho versa a respeito da problemática da saúde pública no Brasil e os óbices à sua efetividade, abordando temas importantes como, previsão orçamentária e o princípio da reserva do possível. Também, aborda a respeito da intervenção do poder judiciário na saúde pública mediante a omissão da administração na prestação desse direito, sobrepondo-se ao princípio da separação de poderes e as consequências da intervenção judicial. Ilustra ainda, através de pesquisa empírica na jurisprudência com decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Rondônia acerca do direito à saúde, os critérios adotados na análise dos casos, além dos posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos em sede de recursos ainda em trâmite. Por fim, foram debatidos os pontos que se opõe a intervenção do poder judiciário no direito à saúde, apontando soluções a serem adotadas a fim de minimizar as consequências negativas e possibilitar a prestação da saúde de forma justa a coletividade.

PALAVRAS CHAVE: Direito à Saúde, Judicialização, Efetividade, Poder Judiciário.

ABSTRACT

Nalevaiki, Amanda. **A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE.** 2018. 64 p. Monografia. Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (EMERON), 2018.

The present work has the purpose of analyzing the intervention of the Judiciary to guarantee the right to health. To carry out the study, it was necessary to discuss the social rights expressed in the Federal Constitution, specifically on the right to health, its principles, as well as its character as a fundamental right. The present work deals with the public health problem in Brazil and the obstacles to its effectiveness, addressing important issues such as budget forecasting and the principle of reserving the possible. It also addresses the intervention of the judiciary in public health through the omission of the administration in the provision of this right, overriding the principle of separation of powers and the consequences of judicial intervention. It also illustrates, through empirical research in the jurisprudence with decisions rendered by the Rondônia Court of Justice on the right to health, the criteria adopted in the analysis of the cases, in addition to the positions of the ministers of the Federal Supreme Court rendered in appeals still pending. Finally, we discussed the points that oppose the intervention of the judiciary in the right to health, pointing out solutions to be adopted in order to minimize the negative consequences and enable health provision in a fair way to the community.

KEYWORDS: Right to Health, Judiciary, Effectiveness, Judicial Power.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	8
LISTA DE SIGLAS	9
INTRODUÇÃO	10
1 DIREITO À SAÚDE	13
1.1 Direitos Sociais.....	16
1.2 Princípios Jurídicos do Direito à Saúde	18
1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	19
1.2.2 Princípio da igualdade.....	20
1.2.3 Princípio da proporcionalidade.....	22
1.2.4 Princípio da reserva do possível.....	23
1.3 Direito à Saúde Como um Direito Fundamental	24
1.4 A Saúde Como Direito Humano.....	27
1.5 Natureza Jurídica do Direito à Saúde.....	28
1.6 O Princípio da Eficiência na Administração Pública.....	30
1.7 Direito à Saúde e Sua Prestação Pelo Estado.....	31
2 A SAÚDE NO BRASIL.....	33
2.1 Evolução da Saúde nas Constituições	34
2.2 Sistema Único de Saúde	37
2.3 Lei 8.080/90.....	40
2.4 Desenvolvimento das Políticas Públicas no Brasil	42
2.5 Forma de Custeio.....	44
2.6 Previsão Orçamentária.....	47
3 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	50
3.1 A Judicialização da Saúde	51
3.2 A Judicialização e o Princípio da Separação de Poderes	54
3.3 Análise de Julgados do Estado de Rondônia nas Ações que Objetivam Tratamentos de Saúde.....	57
3.4 Teoria da Reserva do Possível Como Limitador do Ativismo Judicial.....	62
3.5 Recursos Extraordinários nº566.471 e nº 657.718.....	64
3.6 Saúde: Um Direito Fundamental (Sem) Limites.....	66
3.7 Considerações a Respeito da Intervenção do Poder Judiciário na Saúde Pública.....	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS.....	75

LISTA DE SIGLAS

ANVISA- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CAPS- Caixas de Aposentadoria e Pensão
CF - Constituição Federal
EMERON - Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
IAPs – Instituto de Aposentadoria e Pensão
ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IPI – Imposto Sobre Produto Industrializado
IPTU – Imposto Sobre Propriedade Territorial Urbana
IPVA – Imposto Sobre Propriedade
IR - Imposto Sobre a Renda
ISS – Imposto Sobre Serviço
ITBI – Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis
ITCMS – Imposto Sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação
ITR – Imposto Territorial Rural
LC – Lei Complementar
LDA – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA – Lei Orçamentária Anual
MP - Ministério Público
OMS - Organização Mundial da Saúde
ONU - Organização das Nações Unidas
PPA – Plano Plurianual
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS - Sistema Único de Saúde
TJ-RO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

INTRODUÇÃO

O Direito à saúde é um direito fundamental consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro e encontra-se previsto na Constituição Federal como cláusula pétreia em razão da imperiosa necessidade de promoção da saúde à população. E apesar disso, o estado brasileiro não vem atendendo de forma suficiente a demanda da saúde.

Quando não fornecido na via administrativa o tratamento (ou medicamento) que se figura indispensável à saúde do paciente, a administração pública está deixando de cumprir a obrigação que lhe compete: a de prestar o direito à saúde à população. Assim, em casos de recusa expressa ou omissão do ente público, o Judiciário pode ser acionado e determinar sua efetivação, podendo o juiz utilizar-se de meios coercitivos como a aplicação de multa e sequestro de valores dos cofres públicos para atendimento das necessidades do paciente.

Essas prerrogativas se justificam em razão da natureza de direito fundamental conferida à saúde, apresentando-se como um direito indisponível e relacionado diretamente com a manutenção da vida.

O Poder Judiciário tem atuado constantemente na efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde. Isso decorre da ausência de prestações positivas pelos órgãos administrativos que deixam de cumprir esse direito constitucionalmente previsto, seja diante a falta de políticas públicas para o setor ou a falta de atos administrativos eficazes.

Os entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são demandados nas ações de saúde, mas, buscam eximir-se da responsabilidade sob a alegação da necessidade de observância dos limites orçamentários.

Por sua vez, o Poder Judiciário tem exercido um papel de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais, atendendo as demandas judiciais na busca de assegurar ao paciente o tratamento do qual necessita, quando assim devidamente comprovado.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende apontar as questões acerca da prestação da saúde pública no Brasil e da legitimidade do Poder Judiciário para

atuar na concretização de modo a assegurar o cumprimento desse direito fundamental previsto na Constituição Brasileira.

Busca-se demonstrar os aspectos da intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, abordando questões a respeito da legitimidade de tal atuação.

Para este estudo valeu-se do método dedutivo, com análise bibliográfica e documental, acompanhado de análise técnica, objetivando-se obter, ao final do presente trabalho, conclusões em torno de medidas que possam ser adotadas para melhorar a promoção da efetivação da saúde no Brasil, não se olvidando do debate doutrinário e jurisprudencial a respeito da intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde.

Com vistas a atingir os objetivos pretendidos, no primeiro capítulo da presente monografia serão exploradas as questões pertinentes ao direito à saúde, sua adequação como direito social, analisando também, os princípios atinentes ao direito à saúde, sua categorização como direito fundamental, bem como, a natureza jurídica do direito em comento.

Será ainda dissertado acerca do princípio da eficiência da administração pública com o intuito de compreender as omissões do Estado no que diz respeito ao direito à saúde e apontar a incumbência de prestação da saúde pelos entes estatais.

No segundo capítulo faz-se uma abordagem do direito à saúde no Brasil, sobre sua evolução, apresentando um esboço do Sistema Único de Saúde (SUS). Discorrendo também sobre a Lei que o regulamenta, Lei nº 8.080/90, e das políticas públicas adotadas no Brasil a fim de compreender as diretrizes aplicadas à prestação da saúde na via administrativa. E para possibilitar uma melhor compreensão acerca do tema da saúde, far-se-á uma abordagem sobre a reserva do possível, constantemente invocada pela administração para negar o direito do paciente, com análise de como se dá o custeio da saúde pública que tem como centro a questão da previsão orçamentária.

No terceiro capítulo será abordado o fenômeno da judicialização da saúde como garantia da efetivação de um direito fundamental, explanando a respeito do princípio da separação dos poderes e a possível invasão da função jurisdicional na

esfera administrativa, já que a saúde compete primordialmente à esfera administrativa e legislativa.

Faz-se também uma análise dos julgados do Tribunal do Estado de Rondônia nas questões afetas à saúde a fim de identificar os requisitos para o exercício desse direito, e os argumentos utilizados para o deferimento e/ou indeferimento dos pedidos, e ainda, do teor dos Recursos Extraordinários de nº 566.471 e nº 657.718, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que examinam a respeito da obrigatoriedade do Estado suprir determinadas demandas afetas à saúde.

Em seguida, analisa-se os eventuais limites aplicados ao exercício do direito à saúde, bem como, as considerações a respeito de críticas levantadas ao fenômeno judicialização.

Mencione-se que os temas acima elencados foram selecionados com o objetivo de atender ao disposto no Regimento do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura em Ji-Paraná o qual orienta que o Trabalho de Conclusão de Curso deve problematizar aspectos do cotidiano do Poder Judiciário e propor inovações, mudanças ou melhorias em alguma prática jurisdicional, de gestão ou administrativa, o que será feito no capítulo terceiro.

Por hipótese, o estudo propõe-se a demonstrar que o direito à saúde está previsto na Constituição Federal como direito fundamental e tem plena eficácia, devendo, o Poder Judiciário assegurar a sua prestação diante a omissão do Estado, observado requisitos mínimos para o deferimento de tais prestações.

1 DIREITO À SAÚDE

A saúde é um requisito inerente ao direito à vida, o qual, por sua vez, é considerado o direito mais importante e que merece maior resguardo pelo ordenamento jurídico.

A fim de compreendermos a situação do direito à saúde na atualidade, é importante conhecermos o progresso da saúde no mundo e principalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, abordando-se os fatos históricos que colaboraram para o seu surgimento.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, ante todas as atrocidades praticadas contra o ser humano naquele período, pairou-se uma grande preocupação em estabelecer garantias fundamentais à pessoa natural. Nesse cenário, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) através da assinatura da chamada Carta da ONU, a qual possuía como fundamento a dignidade do indivíduo, a promoção e o respeito aos direitos humanos.

Nesse sentido, Débora Silva¹, apresenta os principais objetivos da ONU, quais sejam: manter a paz internacional, fortificar os laços entre os países soberanos, garantir os direitos humanos, promover o desenvolvimento social e econômico das nações e criar condições que mantenham a justiça e o direito internacional.

Com a criação dessa organização mundial, vários tratados e convenções foram celebrados entre os países, os quais objetivavam dar cumprimento aos princípios estabelecidos na Carta da ONU, dentre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual estabelecia:

Artigo 25. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Embora a Declaração não fosse adotada por todos os países e, portanto, não munida de grande força normativa, a previsão da saúde como um direito a ser

¹ SILVA, Débora. ONU, Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/onu/>>.

garantido a todo o ser humano na Declaração Universal dos Direitos Humanos, fez com que os países signatários à declaração adotassem medidas a fim de efetivamente proporcioná-la.

O direito à saúde passou a ser visto de modo indissociável ao direito à vida e, portanto, indisponível. Passou-se a implementar políticas sociais e econômicas a fim de garantir efetivamente esse direito.

Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196 consagrou a saúde como um direito garantido a todos os indivíduos, tanto no aspecto coletivo, quanto individual, o que a caracteriza como um direito fundamental, que por sua vez garante aplicabilidade imediata. O artigo em comento impõe, ainda, o dever de assegurar o direito à saúde ao Estado, o que compreende a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

De acordo com Severo e Souza (2014, p. 66):

A própria estrutura do texto constitucional traduz a importância dada ao sistema de proteção dos direitos e das garantias individuais. Em seu preâmbulo, a Constituição Federal traz o preceito das instituições de um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, os direitos à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça.

Nota-se que o legislador constituinte se preocupou em resguardar diversos direitos ao indivíduo, colocando-os como fundamento do Estado Brasileiro a fim de garantir sua real efetivação.

Ainda nesse sentido, doutrina Pedro Lenza (2010, p. 838), “ao Poder Público cabe dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle do direito à saúde, utilizando-se de políticas diretas ou indiretas a fim de dar cumprimento às prestações de saúde”.

Como direito fundamental, Mariana Filchtiner Figueiredo (2011, p. 39 a 41) observa que o direito à saúde apresenta diferentes efeitos, dos quais se destacam os seguintes:

- a) A “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, no sentido de que os valores e bens jurídicos consagrados pelas normas de direitos fundamentais, cujo fio condutor se encontraria na proteção da dignidade humana (...) cuja interpretação deve considerar, além das normas próprias do direito privado, a proteção constitucional assegurada ao titular do direito à saúde, muitas vezes somada à tutela, também constitucional, do consumidor, do idoso, da criança e do adolescente, por exemplo.

- b) A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares (...) diz respeito à vinculação das pessoas privadas, físicas e jurídica, às normas de direitos fundamentais (...).
- c) O reconhecimento de um dever geral de proteção atribuído ao Estado, "no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também, contra as agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados (...).
- d) A proteção constitucional das garantias institucionais, pela salvaguarda do núcleo essencial desses complexos jurídico-normativos em face da supressão ou da excessiva restrição por parte do legislador ordinário.

A obrigação do Estado de garantir a saúde, não diz respeito somente ao tratamento de enfermidades, mas abrange também o âmbito da prevenção, o que leva a adoção de medidas para reduzir os riscos de proliferação de doenças, como as campanhas de vacinação e instalação de saneamento básico, por exemplo.

Nesse diapasão, a saúde passou a ter um conteúdo mais significativo em razão da imposição aos entes públicos da obrigação de prestá-la. Assim, José Afonso da Silva (1994, p. 707 e 708) doutrina:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.

A proteção à saúde pública também envolve o cuidado em vedar condutas que possam causar prejuízos à saúde da coletividade, o que abrange medidas como a proteção ao meio ambiente, ao fornecimento de saneamento básico, alimentação, dentre outros.

Em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988 encontra-se previsões que garantem o direito à saúde, dentre elas, o inciso IV do artigo 7º, o qual determina que, o salário mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, e ainda, o inciso XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde.

Além do mais, o direito à saúde faz parte dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o qual descreve:

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

Os direitos sociais possuem ainda, status de cláusula pétreia consagrada pelo artigo 60, §4º, inciso IV da Carta Magna, e por tratar-se de conteúdo de ordem social, exige que o Estado implemente meios que permitam a prestação efetiva da saúde à toda população.

1.1 Direitos Sociais

Os direitos sociais são direitos de prestações positivas que possuem condição de cláusula pétreia, e mesmo que sua prestação irrestrita e gratuita onere o Poder Público, enquanto viger o atual diploma constitucional, esse direito jamais poderá ser abolido. Assim está expressamente previsto no §4º, inciso IV do artigo 60 da Constituição Federal, o qual menciona que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”.

Assim, explica Ferreira Filho (2009, p. 316):

São estes direitos a prestações positivas por parte do Estado, vistos como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos. Costumam ser apontados como segunda geração dos direitos humanos.

A despeito dessa previsão, Ladeira (2009, p. 106) *apud* Mallmann, esclarece que, “o reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito”, o qual objetiva garantir o direito à igualdade.

Os direitos sociais são considerados prestações oferecidas pelo Estado de modo direto ou indireto, que primam em proporcionar melhores condições de vida à população, principalmente a de baixa renda, a fim de assegurar igualdade social, condições decentes de vida, reduzir as diferenças entre as classes sociais, de forma a possibilitar que a parcela mais carente da população também tenha acesso aos direitos do mínimo existencial.

Ao abordar o conceito de direitos sociais, Tavares (2012, p. 837) menciona que são aqueles:

Que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.

Bulos (2017, p. 823) também conceitua os direitos sociais, afirmando que, “são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”.

Os direitos sociais devem ser oferecidos de modo a proporcionar aos indivíduos usufruir de estados inerentes à vida digna, que poderiam acessar caso possuíssem condições financeiras para tanto. Por isso, preocupa-se em oferecer esse direito principalmente à população de baixa renda, pois entende-se que a parcela da comunidade que dispõe de melhores condições terá acesso aos direitos sociais por seus próprios recursos.

Em sua obra, Bulos também menciona que “a finalidade dos direitos sociais é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem direta ou indireta, a partir da realização de igualdade real” (2017, p. 823).

Nos ensinamentos de Chimenti (2008, p. 146):

A efetivação dos direitos sociais, conforme dispõe a Ordem Social, cumpre o preceito da dignidade da pessoa humana, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, e caminha ao alcance dos objetivos fundamentais da República, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais, além de promoção do bem de todos.

A fim de oferecer uma melhor qualidade de vida aos indivíduos, o artigo 6º da Constituição Federal, citado no tópico anterior, designa como direitos sociais: o direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, os quais, por sua vez, estão diretamente ligados ao direito à vida.

Ao prever a alimentação como direito social, o constituinte assegura não só o acesso ao alimento no sentido de manutenção da subsistência, mas, também, que seja fornecido ao indivíduo uma alimentação saudável e de qualidade, a fim de que possa se desenvolver de modo adequado e com saúde.

A assistência aos desamparados, objetiva garantir o mínimo para uma vida digna. Essa assistência é prestada por meio de programas governamentais e

benefícios assistenciais, como o Bolsa Família e a garantia de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência ou idosa que não possua meios de prover sua própria subsistência ou tê-la provida por sua família, conforme previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal.

No que se refere ao direito à saúde, como direito social ligado diretamente ao direito à vida, a Constituição atribui ao Estado o compromisso de proporcionar medidas que possibilitem sua efetivação a todo o ser humano. Dessa forma, a saúde é um dos direitos sociais mais invocados e que mais necessita de investimento estatal.

Feita essas ponderações, passa-se a apreciar os princípios jurídicos que norteiam o direito à saúde no ordenamento Brasileiro.

1.2 Princípios Jurídicos do Direito à Saúde

Princípios são fundamentos do nosso ordenamento jurídico, que servem como fonte e pilar das normas, prestando auxílio na interpretação do sistema legal, de modo que, no momento da elaboração das leis, as mesmas, devem observar os princípios vigentes no ordenamento jurídico, estando de acordo com os preceitos por eles externados.

Conceitua Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 451):

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dar sentido harmônico.

Ressalta-se ainda, que um princípio não possui força normativa, servindo apenas como um guia no ordenamento jurídico, pois não é uma regra, que obrigatoriamente deve ser seguida propriamente da forma como está descrita.

O sistema jurídico brasileiro diferencia as regras e os princípios, nesse sentido, Alexy (p. 86-87, apud Cunha Júnior, 2012, p.155):

As regras devem ser cumpridas na forma prescrita. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos (...). O princípio é norma ordenadora de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Desse modo, os princípios desempenham a função de orientar os juízes no momento de julgar, e também, os demais profissionais do direito na fundamentação de seus pedidos e averiguação dos seus direitos.

De acordo com Miguel Reale (2003, p. 37):

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e das práxis.

Ademais, nos ensinamentos de Simone Letícia Severo e Sousa (2014, p. 31), os princípios desempenham a importante função de conferir unidade normativa a todo o sistema jurídico, eis que se impõem como diretrizes tanto para interpretação de toda e qualquer norma legal, quanto para a ação de todos os entes estatais.

Os princípios jurídicos podem apresentar-se de forma explícita ou implícita, tendo em vista que há aqueles expressamente previstos na norma legal e outros que decorrem da interpretação do direito. No entanto, inexiste qualquer nível hierárquico entre os princípios, sendo eles expressos ou não.

Importa dizer que, deve ser avaliada a pertinência do princípio no caso concreto, pois sua invocação não é medida obrigatória, como mencionado, não se tratam de regras, as quais sim, possuem observância obrigatória.

Nesse sentido, ensina Luís Roberto Barroso (2009, p. 04):

Princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.

No que se refere ao direito à saúde, inúmeros princípios podem ser invocados, seja para fundamentar demandas positivas, seja para justificar razões negativas. Contudo, analisaremos alguns dos mais pertinentes, que são: princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade e reserva do possível.

1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê,

em seu inciso III, a dignidade humana. O referido dispositivo enuncia que o Estado Democrático de Direito Brasileiro será fundado com base no princípio em referência, e que deve servir de alicerce para interpretar demais preceitos constitucionais.

A dignidade humana não é um princípio simplesmente imaginado pelo legislador constituinte, mas sim, deve necessariamente ser concretizado, pois consiste no dever de atendimento às necessidades mínimas do indivíduo e funciona como limite ao poder estatal e também como obrigação, no que se refere a garanti-la.

Márcio Rodrigues do Nascimento (2016), ensina:

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, diz respeito às exigências básicas do ser humano, para que concretamente, lhe sejam oferecidos os recursos necessários à manutenção de uma existência digna. Portanto, é o próprio valor da pessoa humana, a sua dignidade pessoal que impõe o respeito incondicional à sua dignidade.

No mesmo sentido, Lôbo (2008, p. 38) ensina que esse princípio consiste em:

Dever de respeito entre a convivência dos seres humanos, nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas.

No que tange ao direito à saúde, sabe-se que é um direito fundamental inerente à vida. Uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana designa além de outros, a proteção da integridade física e psíquica do indivíduo.

1.2.2 Princípio da igualdade

O Princípio da igualdade, em seu caráter literal, está expressamente previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal, o qual declara que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Esse princípio, também é conhecido como princípio da isonomia, e, como ensina os doutrinadores: “a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades” (LENZA, 2014, p. 1072).

Podemos extrair desse ensinamento, que, deve-se proporcionar oportunidades à população, capazes de viabilizar um certo equilíbrio entre os

indivíduos, seja no contexto físico, financeiro ou racial do indivíduo, dentre outros fatores que possam gerar qualquer desigualdade.

Chimenti (et. al. 2008, p. 64) expõe a despeito do princípio da igualdade:

O princípio da isonomia deve ser considerado sob duplo aspecto: o da igualdade na lei e o da igualdade perante a lei. Igualdade na lei constitui exigência destinada ao legislador, que, na elaboração da lei, não poderá fazer nenhuma discriminação (...) A igualdade perante a lei pressupõe que esta já esteja elaborada e se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação. (...)

O princípio da igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades, visando garantir sempre o equilíbrio entre todos.

Existem diversas diferenças entre os indivíduos e esse princípio busca ponderar essas diferenças com o objetivo de proporcionar a cada cidadão o tratamento que deve receber em virtude da sua condição, para que assim, possa proporcionar a todos o acesso aos bens inerentes à vida.

O autor Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 41) descreve em sua obra que devem ser considerados quatro elementos a fim de preservar o princípio da isonomia, são eles:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa- ao lume do texto constitucional- para o bem do público.

Desse modo, na aplicação do princípio da igualdade, deve-se atentar para que não ocorra a promoção de privilégios ilegítimos, pois sua aplicação tem que ser justa e parcial, sob pena de desequilibrar a relação e provocar efeito contrário, qual seja, lesar a classe que, em tese, estaria em grau mais favorecido.

Ao utilizar-se do princípio da igualdade, o julgador deverá avaliar a situação cautelosamente, aplicando a razoabilidade no tratamento isonômico, com o objetivo final de beneficiar a todos, devendo fundamentar a decisão, demonstrando motivo

justo no seu emprego, para não entrar em contradição com o próprio princípio invocado.

1.2.3 Princípio da proporcionalidade

Esse princípio, também conhecido na doutrina como princípio da razoabilidade, tende a impor um limite à atuação estatal, avaliando sua conduta e buscando enquadrá-la a uma medida considerada razoável e adequada.

Karl Larenz, *apud* Pedro Lenza (2017, p. 166), ensina:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

No que diz respeito ao direito à saúde, a proporcionalidade objetiva vedar pedidos exorbitantes, que acabam por onerar demasiadamente o Poder Público. Nesse aspecto, sempre deverá ser ponderada a possibilidade de recorrer às vias de menor custo, bem como, a tratamentos que sejam de fato imprescindíveis para a saúde do paciente.

Dessa forma, podemos citar como exemplo, tratamentos puramente estéticos ou voltado tão somente para o bem-estar do indivíduo, como cirurgias plásticas, por exemplo. É certo que requisições dessa natureza são totalmente dispensáveis, pois não trazem grave risco à vida ou diretamente à saúde do indivíduo.

Ao realizar a análise proporcional dos casos, um paciente que sofre de insuficiência renal, por exemplo, necessita e tem muito mais direito ao tratamento pela via pública do que um indivíduo que sofre alguma imperfeição física e almeja melhorar a aparência.

Em sua monografia, Leny Pereira da Silva² (p. 25) expõe:

A doutrina, inspirada em decisões da Corte Constitucional Alemã, tem apontado três dimensões ou critérios do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e a proporcionalidade

²Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf

em sentido estrito. Será possível uma limitação a um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora todos esses aspectos.

Nesse ínterim, visando dar maior efetividade ao direito à saúde, garantido constitucionalmente, deve ser analisada a necessidade do tratamento pleiteado, se o mesmo é efetivamente imprescindível à vida e/ ou à saúde do paciente, e ainda, se corresponde ao tratamento mais adequado, a fim de respeitar o princípio da proporcionalidade.

1.2.4 Princípio da reserva do possível

O direito à saúde deve ser apreciado sob o prisma social, já que é um direito garantido a todos e custeado pelo Poder Público, assim, todos repartem de modo isonômico as custas para que ele seja prestado de forma gratuita.

No entanto, o ente público tem limitações, não possui estrutura organizacional, física, nem econômica capaz de atender todos àqueles que precisam do serviço da saúde.

O princípio da reserva do possível preconiza que, ante a impossibilidade financeira do Estado prover tratamentos de saúde de maneira indistinta, deve-se preservar o interesse coletivo, estabelecendo prioridades, pois a prestação pela administração pública está condicionada à existência de previsão orçamentária e recursos disponíveis.

Tangerino (2016), expõe em seu artigo:

A reserva do possível trabalha com a ideia de observância dos limites da razoabilidade, pois que, nessa análise, os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer e as políticas públicas estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, a tese da reserva do possível sustenta que a satisfação dos direitos fundamentais é limitada pela capacidade orçamentária do Estado.

Esse princípio é invocado como um limitador da responsabilidade estatal e sua aplicabilidade depende da análise do caso real e concreto, no qual serão verificados os valores em discussão.

O princípio da reserva do possível representa uma releitura da responsabilidade estatal, visto que leva em consideração a limitação material, orçamentária e orgânica do próprio Estado.

Depreende-se, portanto, que não é possível impor ao Estado a incumbência de disponibilizar aos cidadãos todas as prestações atinentes ao direito à saúde e outros direitos sociais pleiteados, tendo em vista que, o ente público possui restrições que tornam impossível a prestação irrestrita de qualquer direito invocado.

1.3 Direito à Saúde como um Direito Fundamental

Os direitos fundamentais estão dentre os pilares da República Federativa do Brasil e elencados no artigo 1º da Constituição Federal, os quais são: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Nesse sentido, Barchet (2009, p. 127), pontua que “a dignidade da pessoa humana alça o ser humano, enquanto tal, à condição de fim último do Estado. Este não existe por si mesmo, mas como um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais”.

Tais normas, referem-se a direitos básicos individuais, que se preocupam primordialmente com a dignidade da pessoa humana, e, por sua vez, visam garantir direitos básicos, como a vida, liberdade, igualdade, segurança, dentre outros.

Bulos (2017, p. 526), conceitua direitos fundamentais da seguinte forma:

São o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerente à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

A Constituição Federal de 1988 apresenta em seu Título II os direitos e garantias fundamentais. A respeito desse termo, Chimenti (2008, p. 55 e 56) pontua:

A expressão “direitos e garantias fundamentais” do Título II da Constituição deixa clara a existência de institutos diversos. As expressões utilizadas demonstram que cada uma tem sentido próprio.

Em Direito Constitucional, “direitos” são dispositivos declaratórios que imprimem existência ao direito reconhecido. Por sua vez, as “garantias” podem ser compreendidas como elementos assecuratórios, ou seja, são os dispositivos que asseguram o exercício dos direitos e, ao mesmo tempo, limitam os poderes do Estado.

A Constituição, em seu artigo 5º descreve que os direitos individuais e coletivos são um rol exemplificativo e a doutrina defende que, ao longo do seu texto, a Carta Magna traz outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, Bulos (2017, p. 533) expõe em sua obra:

Na Constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais abrangem:

- os direitos individuais e coletivos (art. 5º);
- os direitos sociais (art. 6º e 193);
- os direitos à nacionalidade (art. 12);
- os direitos políticos (arts. 14 ao 16); e
- os direitos dos partidos políticos (art. 17).

Pedro Lenza (2017, p. 1099), também pontua:

Os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5º da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

Constata-se, portanto, que os direitos em comento, ante sua grande relevância para os indivíduos, vão muito além daqueles mencionados no Capítulo 1 da Constituição. E o direito à saúde, por tratar-se de um direito social, também possui esse atributo, o qual por sua vez, o agrega ainda mais valor.

Moraes (2000, p. 39), conceitua os direitos fundamentais da seguinte forma:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Visto sua abrangência e importância para o ordenamento jurídico, no que concerne ao estudo dos direitos fundamentais, é relevante mencionar suas características a fim de vislumbrar-se o significado que se apresenta em considerar a saúde como tal.

Nos ensinamentos de Bulos, (2017, p. 534), são características dos direitos fundamentais:

- Históricos – derivam de longa evolução, participando de um contexto histórico perfeitamente delimitado. Nascem, morrem, extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender das circunstâncias. (...)
- Universais – ultrapassam os limites territoriais de um lugar específico para beneficiar os indivíduos, independentemente de raça, credo, cor, sexo, filiação etc. (...)
- Cumuláveis (ou concorrentes) – podem ser exercidos ao mesmo tempo. Exemplo: direito de informação e liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV e XXXIII).
- Irrenunciáveis – podem deixar de ser exercidos, mas nunca renunciados. (...).
- Inalienáveis - são indisponíveis. Os seus titulares não podem vendê-los, aliená-los, comercializá-los, pois não têm conteúdo econômico. (...)

- Imprescritíveis – não prescrevem, uma vez que não apresentam caráter patrimonial (...).
- Relativos (ou limitados) – nem todo direito ou garantia fundamental podem ser exercidos de modo absoluto e irrestrito, salvo algumas exceções.

Conforme já mencionado, o direito à saúde foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, além do mais, em seu artigo 196, consagrou a saúde como um direito garantido a todos os indivíduos, tanto no aspecto coletivo, quanto individual, o que a caracteriza, indiscutivelmente, como um direito fundamental.

A saúde está envolvida em uma relação de direitos fundamentais que não pode ser desprezado pelo Estado Democrático de Direito, como, o direito à vida, alimentação, liberdade, lazer, entre outros.

Quanto às gerações de direitos fundamentais, o direito à saúde participa de todas as três gerações desse direito, pois está presente nos direitos de primeira geração, tendo em vista que, se relaciona à vida propriamente dita, o qual é o núcleo essencial de todos os outros direitos.

A respeito da primeira geração dos direitos fundamentais, Bonavides, *apud* Lenza (2017, p. 1.100), ensina:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência e de oposição perante o Estado.

A saúde também é apresentada como um direito de segunda geração, pois desta dimensão faz parte os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. E ainda, em razão de a promoção à saúde depender de prestações positivas e atuação efetiva por parte do Estado, como por exemplo, construção de hospitais, compra de medicamentos, equipamentos médicos, próteses, entre outras ações.

Por fim, faz parte dos direitos de terceira geração, os quais, nas palavras de Chimenti (2008, p. 48):

A fraternidade ou a solidariedade é o fundamento dos denominados direitos de terceira geração. Acima da proteção individual, encaram a necessidade de proteção do corpo social, do gênero humano. Neles se incluem a proteção ao meio ambiente, ao progresso, ao patrimônio comum da humanidade, à paz, à autodeterminação dos povos, à defesa do consumidor, à infância e juventude, à comunicação.

É inegável mencionar que o direito à vida não esteja relacionado à proteção ao meio ambiente e outros direitos de terceira geração, eis que, agentes como a poluição do ar e das águas causam grandes prejuízos à saúde.

Portanto, o direito à saúde também pertence aos direitos humanos de terceira geração, tendo em vista que seus destinatários são sujeitos indeterminados, pois a saúde é um direito de todos e deve ser prestada de modo indistinto, fazendo parte, por fim, das três gerações dos direitos fundamentais, característica que norteia ainda mais sua imprescindibilidade.

1.4 A Saúde Como Direito Humano

Consideram-se direitos humanos àqueles inerentes a todo indivíduo, sem qualquer restrição ou discriminação, pois buscam efetivar a dignidade da pessoa humana.

Casado Filho (2012, p. 21), conceitua:

Direitos Humanos são um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico.

Direito humano é um ramo que engloba, dentre outros, os direitos sociais, dos quais faz parte, o direito à saúde. A interligação dos direitos humanos com o direito à saúde materializa-se da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual, prevê em seu artigo 25, que *“toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e a sua família, saúde (...).”*

A título elucidativo, abordaremos algumas das características dos direitos humanos, principalmente aquelas que são capazes de identificar também o direito à saúde, tendo em vista que ambos os direitos muito se assemelham por possuírem como preocupação primordial o bem-estar da pessoa humana.

A primeira característica trata da universalidade, a qual retrata que os direitos humanos são inerentes a todos os indivíduos, sem qualquer distinção ou pretexto de exclusão.

Outra característica é a indisponibilidade, a qual define que os direitos humanos são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis. Contudo, trata-se de um

atributo que deve ser analisado com cautela, pois há alguns direitos humanos que, em casos restritos, podem ser relativizados, como por exemplo, o próprio direito ao tratamento de saúde quando o paciente se recusa fazê-lo. Embora seja um direito indisponível, se o sujeito dotar plena consciência e mente saudável e sua escolha não pôr em risco direitos de terceiros, sua recusa ao tratamento será, sim, legítima.

A imprescritibilidade, como característica, pontua que, se o indivíduo deixar de exercer o direito quando deveria, ele não perderá o poder de exercê-lo quando desejar, pois, pode ser postulado a qualquer momento.

Nesse sentido, a saúde, por tratar-se de um bem voltado à preservação da vida e da dignidade humana, é considerada também, como um direito humano e, portanto, deve ser garantido a todos.

1.5 Natureza Jurídica do Direito à Saúde

O direito à saúde trata-se de um direito social, assim definido pelo artigo 6º da Constituição Federal e porta duplo sentido; pois ao considerar o seu provedor e destinatário, nota-se que possui caráter de direito e ao mesmo tempo de dever ou responsabilidade.

Isso porque, o Poder Público detém a responsabilidade de prover à saúde e os indivíduos possuem o direito de usufruir da saúde, no que tange a sua prestação pelo ente estatal.

A partir dessa análise, Dallari (1988, p. 4) expõe:

Atualmente, a saúde não tem apenas um aspecto individual que respeita apenas a pessoa. Não basta que sejam colocados à disposição dos indivíduos todos os meios para promoção, manutenção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde “pública” tem um caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. E o faz por meio de leis. É a própria sociedade por decorrência lógica que define quais são esses comportamentos nocivos e determina que eles sejam evitados, que seja punido o infrator e qual a pena que deve ser-lhe aplicada. Tal atividade social é expressa em leis que a administração pública deve cumprir e fazer cumprir.

Além do mais, o direito à saúde pode ser visto como um direito individual, e também como um direito social. No que diz respeito ao caráter individual, importa dizer que deve ser oportunizado a cada indivíduo o acesso aos serviços de saúde e tratamentos dos quais necessita.

No que concerne ao seu caráter social, a saúde deve ser prestada a toda comunidade de modo indistinto, e ainda, deve ser considerada a implantação de programas capazes de reduzir a proliferação de doenças, o que beneficia a comunidade como um todo.

O artigo 197 da Constituição Federal menciona que os serviços de saúde devem ser prestados pelo Poder Público, ou ainda, por entes de direito privado, possibilitando a prestação desse direito por toda a comunidade. Contudo, somente ao Poder Público compete a obrigação de fiscalizar e controlar os serviços de saúde, o que qualifica sua natureza predominantemente pública.

Nesse sentido, dispõe Lenir Santos (2015, p. 10) em seu artigo:

É sua natureza pública que permite a complementariedade do sistema público por serviços privados, mesmo sendo os mesmos lucrativos. Trata-se de uma mesma natureza para um mesmo serviço, independentemente de sua titularidade, por não ser este o seu traço distintivo, mas sim a sua ‘fundamentalidade e relevância pública’.

Ademais, partindo de outro enfoque, o dispositivo 197 da Constituição Federal aborda quatro aspectos que devem ser considerados para a definição da natureza jurídica do direito à saúde.

Afirma que os serviços de prestação da saúde são de relevância pública, em seguida, manifesta que, ao Poder Público caberá estabelecer por meio de lei, a respeito da regulamentação, fiscalização e controle da saúde. E declara ainda, que os serviços de saúde devem ser executados diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros, ou ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Da análise do artigo em comento, verifica-se que a incumbência principal de prover a saúde no que tange às prestações positivas, recai sob o Ente Público, conforme mencionado anteriormente e apenas de forma complementar compete à toda a sociedade.

1.6 O Princípio da Eficiência na Administração Pública

A Constituição Federal, em seu artigo 37 dispõe a respeito dos princípios que regem o Regime Jurídico Administrativo brasileiro, os quais são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esses princípios devem funcionar de forma harmônica, de modo que, um não pode se sobrepor aos demais. No que diz respeito ao princípio da eficiência, explica Hely Lopes Meirelles (2005, p. 96): “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional (...) exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade”.

Ainda de forma conceitual, nas palavras de Di Pietro (2013, p. 84):

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

A eficiência é tida como um dever do administrador no oferecimento de serviços públicos e como contrapartida mínima esperada pela sociedade ante os recursos econômicos confiados ao Estado.

Em observância a esse princípio é que os agentes da administração pública devem prestar seus serviços de modo satisfatório, com atividades que visam combater a morosidade, desperdícios, baixa produtividade, entre outros.

Jesus Leguina Villa *apud* Di Pietro aduz (2013, p. 84 e 85):

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. (...) o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

Conforme visto, os agentes públicos somente poderão agir nos limites que a lei lhes autoriza, respeitando assim, o princípio da legalidade. Pois, como já dito, inexiste hierarquia entre os princípios da administração pública, por isso, devem

apresentar-se em harmonia uns com os outros, pois não é admissível que um princípio prevaleça sob o outro.

É com base no princípio da eficiência que a população pode cobrar e exigir do poder público que sejam praticadas condutas eficazes no exercício dos direitos sociais, inclusive, do direito à saúde, garantindo efetivo cumprimento da legislação.

1.7 Direito à Saúde e Sua Prestação Pelo Estado

Conforme já abordado, a Lei 8.080/90 regulamenta alguns dos dispositivos da Constituição Federal que tratam da obrigatoriedade de o Estado prestar serviços de saúde aos indivíduos, tornando impreterável seu cumprimento.

Ao se referir a um direito a ser prestado pelo Estado na forma de serviço público, significa que deverá ser garantido de forma geral com capacidade de atender toda coletividade.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 4) define serviço público da seguinte forma:

Serviço público, em sentido jurídico é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído pelo estado em favor dos interesses que houver definidos como próprios no sistema normativo (...). Consiste na prestação de uma utilidade ou comodidade material, como oferecimento de água, luz, telefone, transporte coletivo, tratamento de saúde, ministério de ensino etc. Esta oferta é feita aos administrados em geral. Daí falar-se, com razão no princípio da generalidade do serviço público.

A respeito dos serviços públicos, existem três princípios que os norteia, quais sejam; o princípio da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários.

O princípio da continuidade do serviço público orienta que a prestação dos serviços da administração pública não pode parar, devendo ser prestados de forma contínua, sem interrupções.

Quanto ao princípio da mutabilidade, Di Pietro doutrina (2013, p. 112 e 113):

O princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos,

nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público.

O princípio da igualdade dos usuários, por sua vez, defende que os serviços públicos serão prestados à todas as pessoas que dele necessitar, não se admitindo qualquer diferenciação de caráter pessoal.

A Lei 8.080/90 que trata a respeito das ações e serviços de saúde, dispõe no artigo 2º, §2º que o dever do Estado em garantir a saúde não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Isso significa que, toda a coletividade, além de serem destinatários dos serviços de saúde, também são responsáveis por provê-la.

A respeito da obrigatoriedade da prestação da saúde pelo Estado, Zenaida Tatiana Monteiro Andrade³ pontua:

O direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, sendo certo caber ao Poder Público o cumprimento desse dever, garantindo a todo o cidadão o acesso aos serviços de saúde. Esse aspecto assume extrema importância na medida em que a norma estabelecida pela Constituição aponta para a obrigação do Poder Público se responsabilizar pela cobertura e pelo atendimento na área de saúde, de forma, integral, gratuita, universal e igualitária, isto é, sem nenhum tipo de restrição.

Embora o Poder Público figure como principal obrigado pela prestação da saúde, conforme abordado, tal prestação transcende à obrigação individual do Estado, porque, para que a promoção da saúde seja efetivada, depende de uma série de condutas e fatores, que ultrapassam os deveres impostos ao Estado.

A sociedade deve possuir essa consciência; de que a promoção da saúde também depende de cada pessoa individualmente, pois a preocupação em zelar da própria saúde e a de seus familiares é requisito primordial para a efetiva garantia da saúde, como ilustração, pode-se mencionar: o cuidado em não aplicar venenos e agrotóxicos nas plantações que possam causar riscos à saúde, realizar alimentação mais saudável, praticar exercícios físicos, comparecer às campanhas de vacinação, entre inúmeras outras.

³ Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=903>.

Além do mais, por tratar-se de um cuidado que obriga toda a coletividade, o Poder Público deve realizar campanhas contínuas, promovendo a prevenção e a repressão de doenças.

Contudo, a Constituição Federal exterioriza expressamente a obrigação do Poder Público de prestar à toda população serviços de saúde. Nesse sentido, doutrina Pedro Lenza (2017, p. 1.251):

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

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Portanto, em que pese a responsabilidade de toda a coletividade na proteção à saúde, o Ente Público é o principal obrigado em prestar a saúde à toda população e nesse contexto, importa compreendermos como ocorre o oferecimento do direito à saúde no Brasil, conforme será abordado no capítulo seguinte.

2 A SAÚDE NO BRASIL

Não há um conceito unitário para a saúde. Sabe-se que é um direito constitucionalmente consagrado, competindo ao Estado Brasileiro prestar saúde digna à toda população.

Severo e Souza (2014, p. 68 e 69), pontua em sua obra:

Com o surgimento da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1946, a saúde foi definida como o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como, reconhecida como um dos direitos humanos de todo ser humano. (...)

A saúde é uma incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e vários componentes.

Ao conceituar a saúde como um completo bem-estar físico, mental e social, a OMS ultrapassou o conteúdo realista desse bem, ante a evidente impossibilidade de garantia da saúde sob essa ótica.

Contudo, essa definição contribuiu para que os Estados dedicassem maior atenção à saúde pública, buscando a implantação de meios legais para possibilitar sua prestação.

A respeito da saúde, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 372) reconhece em sua obra:

Esta é afirmada como direito de todos e dever do Estado. As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, devendo essas ações e serviços públicos de saúde ser integrados numa rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.

A efetivação do direito à saúde ocorre quando é possibilitado à sociedade o real acesso a este bem, o que deve ser considerado como um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno que preza pela igualdade ante a pretensão de garantir direitos a todos, sem distinção de qualquer natureza.

Embora previsto no ordenamento jurídico brasileiro como um direito social básico, tem um conceito extremamente indefinido, eis que inexiste previsão legal que institui premissas efetivas para a prestação da saúde.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1988, p. 13) aduz que “a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’; essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica”.

No entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Direito à saúde e direito à vida: O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento constitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar – políticas sociais econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República (STF, RE 241.630-2 RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 3-4-2001, p. 49).

Constata-se, portanto, que o direito à saúde deve ser garantido pelo Poder Público e não pode sofrer limites nem restrições por tratar-se de valores diretamente ligados à vida.

2.1 Evolução da Saúde nas Constituições

Após a declaração de Independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, o Rei Dom Pedro I criou o chamado “Conselho de Estado” com o objetivo de elaborar o projeto da Constituição.

A primeira Constituição Brasileira foi outorgada em 25 de março de 1824, e segundo Pedro Lenza (2017, p. 115), denominada “Constituição Política do Império do Brasil”, a qual “foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo em vista a figura do Poder Moderador, constitucionalizado, e como características, o unitarismo e absolutismo”.

Em 1891, adveio a primeira Constituição Republicana do Brasil. Contudo, não tratou expressamente a respeito da proteção à saúde.

O direito à saúde foi previsto no ordenamento constitucional, pela primeira vez, no século XX, na Constituição de 1934, a qual, em seu artigo 10, inciso II, estabelecia a competência concorrente entre a União e os Estados para cuidar da saúde e prestar assistência pública.

No entanto, os direitos sociais previstos na Constituição de 1934 sequer foram implementados, pois a Carta Constitucional de 1937, logo em seguida, impedi que os direitos sociais previstos na Constituição vigorassem.

A Constituição Federal de 1937 adveio sob um caráter autoritário que pairava durante o governo de Getúlio Vargas e deixou de garantir o direito à saúde, prevendo isoladamente a competência privativa da União de legislar sobre proteção a esse direito.

Segundo os ensinamentos de Severo e Sousa (2014, p. 60), “a Constituição de 1937 abrangia os riscos sociais, assistência médica ao trabalhador e à gestante, a velhice, a invalidez e os acidentes de trabalho”. No entanto, não foi abordado efetivamente o direito à saúde ou obrigação da sua prestação pelo Poder Público, tratando-se apenas de norma definidora de competência legislativa.

A Constituição de 1946, retomou a estrutura da Constituição de 1934 e abordou o tema da saúde em relação a regra de repartição de competências, prevendo em seu artigo 5º, inciso XV, alínea “b”, a competência da União legislar sobre normas gerais de defesa e proteção à saúde.

A Constituição de 1967, deixou mais uma vez de se referir diretamente à saúde como direito social inerente a todo o indivíduo. Nesse sentido, ao comentar a despeito dessa Constituição, Martins (2008, p. 43) citou em sua obra, que:

Apesar de a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 ter declarado a saúde como um dos elementos que compõem a dignidade humana, esta constituição se limitou em atribuir à União a competência para legislar sobre

um plano nacional de educação e de saúde.

Até esse momento, no que diz respeito a matéria da saúde, o ordenamento constitucional se limitava em tratar questões de competência legislativa, se omitindo completamente em conferir eficácia e aplicabilidade ao direito à saúde.

Já a Constituição Federal de 1988, com um caráter amplamente social, pretendeu estabelecer mais direitos aos indivíduos, com dispositivos tendentes a atender as necessidades da população. Instituiu o Estado Democrático de Direito.

Nos ensinamentos de Motta e Barchet (2007, p. 135):

O Estado Democrático de Direito, assim, representa uma evolução do Estado de Direito. Este erige a lei ou ato normativo de idêntica hierarquia como o único instrumento apto a criar direitos, e, principalmente, para impor restrições e criar obrigações para os membros da coletividade (Estado de Direito). Aquela aprofunda tal exigência, asseverando que a legitimidade da lei não é assegurada apenas pelo fator de ter sido observado o procedimento para sua elaboração, é necessário mais, que o próprio conteúdo das normas que compõem a lei tenha caráter democrático, que seus dispositivos estejam em consonância com os anseios populares e visem justamente à satisfação (Estado Democrático de Direito).

A Constituição de 1988 manifestou efetiva atenção à saúde, incluindo-a como um direito social de todos e a obrigação da sua prestação pelo Estado, estabelecendo divisões de competência para legislar sobre temas atinentes à saúde; à União no que diz respeito aos assuntos federais, e aos municípios e Distrito Federal sobre temas específicos de cada localidade e aos entes estaduais, a matéria residual, para que todas as esferas pudessem ter competência para adotar medidas políticas, sociais e econômicas para defender e garantir o direito à saúde.

Visando o bem-estar e a justiça social, tanto foi o cuidado com a saúde, que o constituinte de 1988 dedicou toda a seção II do Título VIII, Capítulo II ao direito à saúde, abordando essa matéria especialmente nos artigos 196 a 200, além de outros dispositivos espalhados no texto constitucional. Diante disso, a saúde ganhou o tônus de direito fundamental do indivíduo.

Nessa perspectiva, considerou nos artigos 196 e 197 a obrigação do Estado formular ações públicas destinadas a implementar à saúde a toda população. Vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O direito à saúde está prescrito expressamente em diversos outros dispositivos da Carta Magna, dentre eles o artigo 227, o qual prevê a assistência à saúde à criança e ao adolescente.

Na interpretação desse dispositivo, Alexandre de Moraes afirma (2007, p. 2.221):

O Estado, no cumprimento de sua obrigação constitucional, promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; criação de programas de prevenção e atendimento especializado para portadores de deficiência física, sensorial ou mental.

A Constituição de 1988 elaborou a estrutura organizacional com o Sistema Único de Saúde (SUS), que está previsto no seu artigo 198, para oferecer os serviços de saúde com qualidade e igualdade melhor, provendo-os para todos, sem qualquer distinção, pondo fim a discriminações e indiferenças.

2.2 Sistema Único de Saúde

O artigo 4º da Lei 8.080/90 estabelece que o Sistema Único de Saúde (SUS) é um “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

A forma de organização e funcionamento do SUS, foi definido pelo artigo 198 da Constituição Federal, o qual estabelece:

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

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Esse sistema abrange as políticas públicas atinentes a garantir a saúde e tem organização descentralizada, pois, será dirigido nos âmbitos municipal, estadual e federal. Expõe também, a importância da prevenção como a melhor alternativa para um sistema eficaz; e por fim, a descentralização e abrangência ampla dos serviços de saúde, sendo que, todos os agentes públicos e a própria comunidade devem se envolver nesse processo.

A Carta Magna conferiu a todos os entes estatais, União, Estados, Distrito Federal e Municípios a obrigatoriedade de prover a saúde à população, com a prevenção, promoção e cura. Estabeleceu ainda, nos seus parágrafos, que o custeio desse serviço será feito com recursos desses entes, com o orçamento da seguridade social, além de outras fontes, como será abordado no tópico 2.5 que tratará da forma de custeio da saúde.

Nesse sentido, Ohland (2010, texto digital) expõe:

O SUS consiste em um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. É um sistema que, ao menos no plano teórico de sua concepção, tem como princípios garantir acesso universal, integral e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos complexos transplantes de órgãos.

Também pontua Severo e Souza (2014, p. 71):

O Sistema Único de Saúde (SUS), um importante ponto de inflexão na evolução institucional do país, determinou um novo arcabouço jurídico-institucional no campo das políticas públicas em saúde, conformando o modelo público de ações e serviços de saúde no Brasil. Os principais marcos e normativos legais para a conformação do SUS, são a Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica da Saúde de 1990.

Apesar de instituído pela Constituição em 1988, o SUS somente foi regulamentado em 1990, pela Lei nº 8.080, a qual define seu modelo operacional e propõe a sua forma de organização e funcionamento (título II).

No capítulo II, a Lei 8.080/90 define os princípios que norteiam os objetivos do SUS, os quais são:

Universalidade: expressa que os serviços da saúde devem ser assegurados a todos os indivíduos indistintamente, independente de sexo, cor, raça, classe social, características físicas ou qualquer outro elemento. Para Fernando Aith (2010, p. 208), esse princípio expõe que “as ações e serviços públicos de saúde, realizados,

portanto no âmbito do SUS, devem ser acessíveis a todos que deles necessitem e fornecidos de forma igual e equitativa", o que inclusive, alude ao princípio seguinte;

Equidade: funciona como um princípio da justiça social, a qual confere a igualdade da assistência à saúde sem qualquer preconceito ou privilégio individual. Além do mais, os serviços da saúde devem estar atentos às necessidades da população;

Integralidade: representa que as ações de saúde devem buscar o atendimento de todas as necessidades do indivíduo, promovendo serviços preventivos e curativos que atendam a coletividade.

Não obstante, existem critérios que limitam esse princípio a fim de proteger a operacionalidade desse sistema, como, a impossibilidade de prestação de tratamentos experimentais. Nesse sentido, Weichert (2010, p. 102 e 103), ao comentar o artigo 198 da Constituição, ensina:

A leitura isolada dessa norma constitucional conduz a interpretação (equivocada) de que o SUS deve, a qualquer tempo, para qualquer cidadão, em qualquer contexto, fornecer todo e qualquer insumo de saúde. O chamado "princípio da integralidade" obriga o Poder Público, nessa concepção, a ser um provedor de prestações isoladas e descontextualizadas de saúde. O cidadão teria direito subjetivo de receber do Estado qualquer produto ou serviço prescrito por um profissional ao qual a lei autorizasse o exercício da medicina.

O mesmo autor (2010, p. 116), pontua que "a demanda de saúde – para fins do princípio da integralidade – é qualquer prestação exigível dos serviços do SUS, seja no campo da prevenção, seja no da recuperação da saúde". Conclui-se desse modo, que o princípio da integralidade anuncia que, ao SUS compete garantir atenção adequada a toda a demanda de saúde;

Hierarquização: prega a necessidade de um conjunto de ações de modo contínuo, que busque a prevenção, tratamento e cura de doenças de modo individual e coletivo;

Participação popular: aos processos atinentes à saúde pública deve ser oportunizado a participação popular para que os próprios usuários do serviço tenham voz ativa, possibilitando assim, a sua efetiva adequação ao que a população necessita. Fernando Aith (2010, p. 213), ensina que esse princípio "impõe aos agentes públicos a criação de mecanismos de participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e serviços públicos de saúde";

Descentralização: trata de questões político administrativas, de modo que, os próprios municípios devem possuir autonomia para tratar das questões administrativas do SUS. Mariana Filchtiner Figueiredo (2011, p. 68), esclarece:

Os serviços de saúde, conquanto descentralizados e regionalizados, fazem parte de um só sistema público de saúde, cujo planejamento deve então obedecer a um comando também único, em cada esfera de governo, seguindo as mesmas diretrizes e políticas públicas – o que não impede que sejam ampliados por meio de programas setoriais ou locais.

O Sistema Único de Saúde, nos termos da Constituição da República vigente, visa, primordialmente, garantir à população o acesso à saúde mediante a implementação de políticas públicas hábeis a reduzir as doenças e oferecer tratamento aos enfermos, para tanto, é regulamentado pela Lei 8.080/90, a qual traz critérios e disposições a respeito do funcionamento desse serviço público.

2.3 Lei 8.080/90

A Lei 8.080/90 regula as ações e serviços de saúde em todo o território nacional, fixando condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Por isso, é conhecida como Lei Orgânica da Saúde.

A ementa da referida lei menciona: “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”.

O *caput* do artigo 2º da lei, reproduz o entendimento implícito na Constituição Federal, e confere expressamente ao direito à saúde, o status de direito fundamental, citando: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Assim, sana qualquer questionamento a respeito.

Ainda, o artigo 2º, em seu §1º designa ao Estado, o dever de formular e executar políticas públicas que assegurem condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

A respeito desse aspecto, Mariana Filchtiner Figueiredo (2011, p.137), traz a definição do que seria cada um desses três institutos, vejamos:

- Prevenção: redução de riscos de doenças e outros agravos = atuação anterior ao estabelecimento de dano à saúde, pública e/ ou privada, procurando evitá-lo;

- Promoção: estabelecimento de ações e serviços para a promoção da saúde = atuação prospectiva de alcance amplo, não limitada apenas ao campo sanitário, por meio da qual se incentiva a proteção da saúde;
- Cura: recuperação da saúde = sentido mais comum do dever de proteção à saúde, indica a atividade implementada *a posteriori*, ou seja, depois de constatada a doença, que busca a cura ou pelo menos uma significativa melhora da qualidade de vida das pessoas.

Também ensina Weichert (2010, p. 116):

A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) delimitou os objetivos do SUS (artigo 5º), incumbindo-lhe a “assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”, sem prejuízo de sua interação com outras áreas governamentais para a “identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde” e a “formulação da política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social”, a redução do risco de doenças e outros agravos.

O artigo 6º da Lei 8.080/90, estabelece que as demandas a serem atendidas pelo Poder Público, incluem o direito tanto à assistência farmacêutica, quanto à tratamentos médicos, inclusive no exterior.

Contudo, no que diz respeito ao tratamento no exterior, importa destacar que, para sua disponibilidade, devem ser atendidos os seguintes requisitos:

- a) absoluta impossibilidade de assistência adequada em território brasileiro;
- b) comprovação científica da eficácia e resolutividade do tratamento; e
- c) aceitação pelo paciente ou representante de que profissionais do SUS acompanham e avaliem o tratamento, antes, durante e após sua realização. (WEICHERT, 2010, p. 118).

A disponibilização de tratamento no exterior pelo SUS é praticamente inexistente, pois ante o avanço da saúde no Brasil, o preenchimento de todos os requisitos raramente irá ocorrer. Além do mais, a parcela da população que recorre ao SUS é de baixa renda, que por sua vez, não possui conhecimento profundo e detalhado a respeito dos tratamentos realizados no exterior.

Os artigos que seguem na Lei 8.080/90, tratam das diretrizes do SUS, entre outros temas relacionados ao sistema único de saúde, que foi objeto do tópico anterior. Ressaltam também, a competência comum dos três entes federativos para tratar de questões da saúde pública. E tratam ainda, de outras questões abordadas ao decorrer da presente pesquisa.

2.4 Desenvolvimento das Políticas Públicas no Brasil

A questão da efetividade da saúde é enfrentada desde a sua previsão legal, pois as declarações que defendiam os direitos sociais, por boa parte da história foram considerados como questões meramente políticas, dependendo de outras normas para sua efetiva prestação.

Ainda na época do Brasil Colônia, a situação da saúde no Brasil era bastante escassa ante a ausência de profissionais nessa área e de políticas que implementassem a oportunização de prevenção ou tratamento.

Todo esse contexto colaborou para que grandes epidemias se espalhassem no território brasileiro, levando inúmeras pessoas a condições degradantes e até mesmo à morte em razão da ausência de tratamento médico adequado.

Mesmo após a proclamação da República, já no século XIX, permanecia essa mesma situação, o que gerou grande preocupação ao Poder Público, que, por sua vez, passou a implementar programas para prevenir epidemias e levar tratamento àqueles que necessitavam.

No entanto, essa preocupação possuía muito mais caráter econômico do que propriamente humano, pois o objetivo principal dos entes políticos era fomentar o comércio internacional com a exportação de mercadorias, o que se tornaria inviável diante a proliferação de doenças, pois traria descredibilidade pelos países internacionais ante o risco de adquirirem produtos contaminados.

Nesse sentido, Severo e Souza (2014, p. 44), aduz:

No século XIX, a questão era simples: a saúde pública cuidava dos problemas coletivos, a saber, das epidemias, da vigilância e regulamentação de aspectos da vida econômica e social que interessassem à sociedade, como eram os casos do controle de alimentos e do meio ambiente.

Sob essa mesma perspectiva, aponta Luciano Moreira de Oliveira, membro do Ministério Público de Minas Gerais (2010), que:

No âmbito nacional, no período republicano, percebe-se como uma das principais preocupações o controle de epidemias, buscando-se, essencialmente, assegurar a confiança dos produtos nacionais destinados às exportações. As ações de saúde, no princípio do século XX, são descoordenadas, limitando-se ao citado controle de epidemias e às atividades filantrópicas e religiosas.

Desse modo, foram criados órgãos na luta de combate às doenças mais comuns e com o objetivo de prover a higiene pública. Para fortalecer esse conhecimento, Mendes (*apud* Severo e Souza, 2014, p. 44 e 45) dispõe que:

Enquanto a sociedade brasileira esteve dominada por uma economia agroexportadora, assentada na monocultura cafeeira, o que se exigia do sistema de saúde era, sobretudo, uma política de saneamento destinada aos espaços de circulação das mercadorias exportáveis e a erradicação ou controle das doenças que poderiam prejudicar a exportação. Por esta razão, desde o final do século passado até o início dos anos 60, predominou o modelo do *sanitarismo campanhista*.

No ano de 1923, foi implementada a Lei nº 4.682, a qual instituiu o sistema de Caixas de Aposentadoria de Pensão (CAPs), que funcionava como uma fonte de custeio para os gastos com saúde e sustento nas hipóteses de afastamento dos trabalhadores. No entanto, não oportunizava o atendimento integral, se restringindo apenas aos ferroviários, marítimos e estivadores, ou seja, à categoria que trabalhava com as exportações.

Em 1953, sob a presidência de Getúlio Vargas, foi criado o Ministério da Saúde. Contudo, ainda não havia uma real preocupação do governo em atender efetivamente os problemas de saúde pública, se limitando ainda, ao interesse econômico.

Mais tarde, houve a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs), os quais vieram para substituir as CAPs e proporcionar o atendimento à uma parcela maior da população.

A Lei Orgânica de Previdência Social, sancionada no ano de 1960 veio a abolir os antigos sistemas de custeio e passou a prever uma tríplice contribuição, implementando, além da participação do empregado, também a do empregador e da União no custeio da assistência social.

Os regimes de seguridade até então implementados no Brasil, garantia somente assistência pública e prestação de assistência médica à classe trabalhadora filiada ao regime previdenciário e seus respectivos dependentes. Os demais, não poderiam usufruir desses direitos.

Foi somente com a promulgação da Constituição de 1988 que a saúde pública voltou-se verdadeiramente para as necessidades da população, quando

atribuiu ao Estado o dever de implementar políticas sociais que assegurassem o direito à saúde a todos os cidadãos.

Como esclarecido por Carvalho (2012, p. 1274):

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

O texto constitucional buscou fixar o compromisso do Poder Público com o bem-estar social, principalmente no que se refere a saúde coletiva. Inclusive, regulamentou em seu artigo 198 a criação do SUS (Sistema Único de Saúde), conforme abordado no tópico 2.2.

O direito à saúde não tem apenas o aspecto repressivo, que se refere a cura ou o tratamento de doenças, mas também o preventivo. Sendo assim, o Estado deve desenvolver políticas públicas, sociais e econômicas para reduzir o risco de doenças, e para propiciar o acesso universal e igualitário de todos os serviços voltados à sua prestação.

Contudo, a execução de políticas públicas que propiciem a efetiva prestação da saúde necessita de recursos orçamentários, os quais, são escassos, o que vem contribuindo para o surgimento de uma disparidade entre o bem garantido constitucionalmente e a realidade enfrentada pelos que dependem da saúde pública.

2.5 Forma de Custeio

A saúde está integrada na seguridade social, da qual também faz parte a assistência social e previdenciária.

Por sua vez, os serviços da seguridade social, como prestação pública, serão financiados com verbas da União, dos Estados, Distrito Federal, municípios, dentre outros meios.

Dispõe o § 1º do artigo 198 da Constituição Federal, o qual menciona que o financiamento do Sistema Único de Saúde será realizado nos termos do artigo 195, o qual por sua vez, prevê que a seguridade social será financiada por toda a

sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei. Vejamos o teor no artigo 198:

Art. 198. [...]

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Em continuidade, o §2º do artigo 198 da Constituição Federal fixa superficialmente, as fontes de arrecadação e aplicação desses recursos, que devem ser destinadas aos serviços públicos da saúde, no entanto, essa previsão não soluciona todas as questões a respeito da repartição das despesas, já que se trata de um sistema único de âmbito nacional.

Em 13 de janeiro de 2012, foi implementada a Lei Complementar nº 141, regulamentando o §3º do artigo 198 da Constituição, a qual, dentre outras previsões, estabeleceu os percentuais de cada fonte arrecadatória a serem destinados à saúde, bem como, a aplicação, rateio, fiscalização, avaliação e controle das despesas na área da saúde.

Desse modo, a Lei Complementar nº 141 de 2012, veio sanar as discussões pertinentes ao custeio da saúde pública, estabelecendo os recursos mínimos a serem aplicados nas suas ações e serviços, critérios de rateio, transferência e fiscalização.

A referida Lei, fixou no capítulo III, seção I, os recursos mínimos a serem destinados à saúde, estabelecendo que a União deverá aplicar os recursos empenhados no ano anterior corrigidos pela variação do Produto Interno Bruto (PIB) também ocorrida no último exercício. E em caso de variação negativa do PIB, não poderá haver redução, mas sim, manter os valores aplicados no ano anterior.

Os Estados e Distrito Federal, obrigar-se-ão a aplicar no mínimo 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos e recursos adiante relacionados, deduzidas as parcelas transferidas aos municípios:

Impostos sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD); impostos sobre operação relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte e comunicação (ICMS); impostos sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA); imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR) cobrado sobre os rendimentos pagos pelos Estados, Distrito Federal e respectivas autarquias e

fundações; da parcela recebida pela União do imposto que vier a instituir; bem como, da parcela recebida pela União da arrecadação de imposto sobre a renda (IR) e imposto sobre produtos industrializados (IPI).

Os municípios deverão aplicar anualmente à saúde 15% (quinze por cento): do montante arrecadado dos impostos de propriedade predial e territorial urbana (IPTU), imposto sobre transmissão “inter vivos” de bens imóveis (ITBI), serviços de qualquer natureza (ISS); do IR pagos pelos municípios, suas autarquias e fundações; da parcela recebida da arrecadação pela União de imposto territorial rural (ITR); da parcela recebida pelos Estados decorrente da arrecadação proveniente do IPVA, ICMS e recursos que auferirem da União; bem como, da parcela recebida pela União resultante da arrecadação de IR e IPI.

Insta salientar que, embora haja proibição de vinculação de receitas de impostos a despesas destinadas, o próprio inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, prevê como exceção a essa regra, a possibilidade de destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde ante a impescindibilidade da sua manutenção.

A Emenda Constitucional nº 86 de 2015, dentre outras previsões, acrescentou o §9º ao artigo 166 da Constituição Federal, estabelecendo que, havendo alterações no projeto de lei orçamentária, essas se limitarão ao acréscimo de 1,2 % (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto, devendo metade desse percentual ser destinado à saúde.

Além do mais, em observância ao princípio da vedação ao retrocesso, segundo o qual, “uma vez concretizado o direito, ele não pode ser diminuído ou esvaziado” (LENZA, 2017, p. 1271), esses percentuais não poderão ser minorados.

Contudo, é evidente que o Estado, o principal responsável pela efetivação do direito à saúde, não vem cumprindo seu ofício de forma adequada, o que, consequentemente, ocasiona danos àqueles que dependem do sistema público para tratamento de saúde.

Todas essas modalidades de custeio do serviço da saúde se alocam no plano orçamentário de cada ente federativo, que é devidamente organizado para que supra as necessidades de maior importância, pois os recursos estatais devem ser

destinados para a assistência eficaz de modo a satisfazer os interesses da população.

2.6 Previsão Orçamentária

A elaboração do orçamento público é de grande importância, pois diz respeito a destinação dos bens materiais arrecadados compulsoriamente da população. Embora o orçamento público não tenha efeito vinculativo, pode ocorrer infração penal se não for observada pelo gestor os ditames da Lei Complementar nº 101 de 2000, chamada Lei de Responsabilidade Fiscal.

A respeito da organização do orçamento público, Silva (2005, p. 738), ensina:

Se 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.

Observa-se a seriedade em que são tratados os recursos públicos destinados à saúde, pois todas as despesas passam por uma prévia avaliação da sua necessidade e viabilidade do investimento, e posteriormente, ainda são votadas para aprovação.

Trata-se de um manejo com o dinheiro arrecadado de toda a população, seja de modo direto ou indireto e isso justifica todos os procedimentos adotados anteriormente à realização da despesa. Além do mais, é essencial que não faltem recursos em nenhuma das outras áreas, devendo ser atendidos todos os direitos sociais e fundamentais do cidadão, dentre outras despesas públicas indispensáveis a manutenção do Estado.

Com o intuito de planejar as despesas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o artigo 165 da Constituição Federal prevê que o orçamento público brasileiro é constituído por três leis de competência do Poder Executivo, as quais são: o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDA) e a lei orçamentária anual (LOA).

A fim de atribuir plena eficácia e obediência ao orçamento público, o artigo 167 da Constituição Federal estabelece:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

[...]

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

O dispositivo constitucional em comento, protege o orçamento público elaborado, vedando a prática de condutas que venham a desajustar as previsões nele estabelecidas.

Acerca do PPA, tem-se que é o plano responsável por orientar na elaboração dos demais orçamentos e planos de governo. Destarte, Silva (2005, p. 737), com muita propriedade ensina:

A constituição institui um sistema orçamentário efetivamente moderno. Abre amplas possibilidades à implantação de um sistema integrado de planejamento do orçamento-programa, de sorte que o orçamento fiscal, os orçamentos de investimentos de empresas e o orçamento da seguridade social passam a constituir etapas do planejamento de desenvolvimento econômico e social, ou, se quiser, conteúdo dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, na medida em que estes tem que compatibilizar-se com o plano plurianual que é o instrumento que estabelece as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, que integrarão o orçamento anual, em cada ano, e por ela executadas anualmente.

Trata-se de planejamento estrutural, porque todos os planos e programas têm suas estruturas estabelecidas segundo o plano plurianual (art. 165, § 4º). Essa integração do orçamento público com o econômico [como assinala Alejandro Ramirez Cardona] garante a necessária coordenação entre a política fiscal (intervencionismo indireto) e a política econômica (intervencionismo direto).

Cumpre, contudo, observar que a integração, referida acima, tem caráter dinâmico, como é próprio das estruturas. Não se trata, por isso, de simples justaposição de planos, mas de uma vinculação permanente e contínua, que não admite ininterruptão, de sorte que os planos mais gerais ou globais abrangem os mais concretos e a execução destes leva à materialização daqueles.

Por conseguinte, incumbe ao Poder Público a obrigação de inserir no orçamento as necessidades das prestações de saúde, promovendo medidas capazes de garantir esse direito à população.

Conforme já comentado, os serviços de assistência à saúde, devem ser prestados de modo integral, atendendo todas as necessidades de quem a ele recorre, nesse sentido, Weichert (2010, p. 117), pontifica:

Frise-se que considerações de ordem econômica não interferem no conteúdo do direito à saúde. Ainda que, por hipótese, o Poder Público não disponha de condições para suportar concretamente a prestação aos

usuários, isso não significa que o direito ao atendimento integral seja comprimível ou de extensão variável conforme as disponibilidades orçamentárias. No máximo, o que poderá ocorrer é a frustração do seu exercício, por força de limitações.

Contudo, os recursos públicos são reduzidos, e não contemplam todas as necessidades da população. Por isso, o Estado é obrigado a escolher prioridades na administração pública. Mesmo que considerado um direito fundamental, os recursos alocados à saúde são insuficientes para atender todas as demandas, pois existem diversos outros direitos igualmente importantes quanto a saúde que devem ser proporcionados à população.

Aqui há um outro problema. As isenções fiscais concedidas pelos Entes Públicos, funcionam como renúncia de tributos que se destinam à saúde e reduzem o valor destinado para essa finalidade aos entes que estão em situação inferior.

As chamadas contribuições sociais que estão previstas no artigo 149 da Constituição Federal, não entram no rateio dos recursos da seguridade e é uma forma de driblar o efeito vinculativo da destinação dos recursos à saúde.

Dos fatores mencionados, observa-se que a parcela arrecadada para a saúde é bastante diminuta, por isso, diante das falhas do Poder Público, os indivíduos têm recorrido ao Poder Judiciário, a fim de efetivar o direito constitucional à saúde, pleiteando receber o tratamento que necessitam.

Isso tem posto em discussão a aplicabilidade imediata da norma expressa no artigo 196 da Constituição, o qual prevê que “a saúde é um direito de todos e dever do Estado”, pois os cidadãos precisam recorrer à esfera judicial para conseguir ter acesso a tratamentos e medicamentos que deveriam ser ofertados pelo Poder Público sem tanta burocracia.

Esse cenário, tem causado uma série de consequências negativas, tanto na ordem administrativa, desequilibrando o orçamento público; quanto na ordem judicial, provocando transtornos para o judiciário, principalmente em razão da superlotação de processos.

3 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Conforme abordado no capítulo anterior, a promoção da saúde é de competência do Poder Executivo, ao qual, incumbe, por intermédio da administração pública, implementar serviços capazes de garantir a saúde à toda população, tanto preventiva, como repressivamente, com a disponibilização de medicamentos e tratamentos médicos.

Contudo, a prestação de serviço de saúde pública possui diversas falhas e deficiências por omissão ou malversação do dinheiro público pelo Executivo, que nega ou prejudica a efetivação dessa garantia, a qual possui importância primordial à vida – direito de maior valor do ordenamento jurídico.

Diante dessa omissão, surge a necessidade de os interessados buscarem outros meios capazes de suprir a deficiência na prestação de serviço de saúde e obter acesso a medicamentos, cirurgias ou tratamentos de que necessitam.

Assim, os interessados buscam, junto ao Poder Judiciário, a concessão de provimentos judiciais tendentes a obrigar a Administração Pública a cumprir o disposto na Constituição Federal, dentre eles, o de garantir a todos, indistintamente, o direito à saúde.

Esse fenômeno teve início após a Constituição Federal de 1988, a qual, conferiu ao direito à saúde, a mais ampla e irrestrita garantia e ainda, o status de direito social. A partir desse reconhecimento, os indivíduos passaram a açãoar o judiciário a fim de compelir o Estado a cumprir a obrigação constitucionalmente imposta.

O maior dilema da intervenção do judiciário na saúde é de como o Estado, no âmbito dos três poderes - executivo, legislativo e judiciário - , irá definir as atividades competentes a cada um a partir desse momento, já que, primordialmente, competia ao legislativo instituir as leis garantidoras da saúde e ao executivo cumpri-las.

Ao tratar do fornecimento de medicamentos, Souza (2010, p. 17), aduz:

Deve-se pensar na possibilidade de o Judiciário efetivar aquele direito à saúde, fornecendo o medicamento de que tanto necessita o autor, diante da omissão do Executivo na criação de políticas públicas. Evidente que, se as políticas públicas fossem suficientes, não haveria razão para o cidadão ter que recorrer ao Judiciário, a fim de ter garantido seu direito.

De regra, o Poder Judiciário não deveria imiscuir-se nos assuntos do Poder Executivo. Todavia, a omissão qualificada deste exigiu daquele Poder medida eficaz para assegurar o direito à saúde a toda a população. Desse modo, houve um aumento expressivo na quantidade de demandas judiciais em face do Poder Público obrigando-o a concretizar o direito à saúde. Inclusive, boa parte dessas ações judiciais envolvem a invocação do direito à saúde em razão da recusa do Poder Público em atender o mínimo em tratamentos médicos e cirúrgicos, fornecer medicamentos ou, até mesmo, a construir e equipar estruturas da saúde.

3.1 A Judicialização da Saúde

Conceituando o termo judicialização, Martins e Carpanez (2016, p. 3 e 4) afirmam que é “a atuação por parte do Poder Judiciário ao decidir questões que, a princípio, competiria aos Poderes Legislativo e Executivo”.

Assim, pode-se compreender que a judicialização é a transferência do poder de decisão que primordialmente competia ao executivo ou legislativo, ao poder judiciário. Esse deslocamento ocorre por competir ao poder judiciário a efetivação das garantias constitucionais, além do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A esse respeito, Avila (texto digital, 2013), explana:

Cabe ao Judiciário assumir um papel mais politizado, de forma que não apenas julgue o certo e o errado conforme a lei, mas sobretudo examine se o poder discricionário de legislar está cumprindo a sua função de implementar os resultados objetivados pelo Estado Social. Ou seja, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim a responsabilidade de garantir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias. Dessa forma, exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente possa controlar a ineficiência das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciarem dos fins almejados pela Constituição.

A interferência do poder judiciário na gestão da saúde, possui como principal consequência negativa, a violação do princípio da equidade e universalidade inerentes ao direito à saúde. Isso ocorre em razão de as decisões judiciais abrangerem apenas os indivíduos que recorrem ao judiciário, podendo deixar uma grande maioria de pessoas que necessitam, excluídas desse direito ou colocadas em segundo plano.

A disponibilização de um determinado tratamento médico – seja de medicamento, cirurgia, internação ou outros – descontrola os recursos públicos, os quais já são, por si, escassos e finitos. Onerar o Estado com a obrigação de disponibilizar o tratamento concedido judicialmente a apenas uma parte dos pacientes, pode representar a falta de recursos para oportunizar a saúde ao restante da coletividade.

Essa situação desorganiza toda a gestão pública, pois o planejamento orçamentário do Estado é realizado anualmente, com previsões de receitas e investimentos para o decorrer do ano seguinte, conforme abordado neste trabalho no Capítulo 2, tópicos 2.5 e 2.6.

Nessa perspectiva, uma sentença condenatória obrigando o ente público a efetivar o direito à saúde, transfere o dinheiro que estava destinado a determinado fim na Lei Orçamentária, para suprir aquele ao qual foi obrigado na via judicial. Embora, no planejamento orçamentário, seja obrigado a contingenciar os gastos com o custeio em razão de condenações judiciais, é comum o valor dessa despesa ultrapassar excessivamente os valores que constavam no planejamento orçamentário, até mesmo porque, conforme já dito, os recursos públicos são escassos e é impossível destinar um valor muito alto para essa finalidade.

A desestabilização inesperada nas contas governamentais reflete em todos os segmentos da seara pública, pois, ao final, falta recursos para investir em diversos setores, inclusive, na própria área da saúde, o que agrava as iniquidades do sistema de saúde, tornando-as um ciclo vicioso.

Além do mais, na assistência à saúde, todos os entes federados são igualmente responsáveis por provê-la, de modo que, a todos compete contribuir com parte de seu orçamento, de forma isonômica.

Contudo, as condenações judiciais atingem somente aqueles que integram o polo passivo do processo, geralmente, o Estado e o município onde reside o paciente, ou em alguns casos, isoladamente, o ente estadual, o que onera de modo desproporcional os Entes Federativos.

Além disso, tal situação concentra a oportunização do direito à saúde - que deveria ser integral, irrestrita e gratuita, nos termos da constituição - somente àqueles indivíduos que recorrem à justiça na busca desse direito.

O direito à saúde possui natureza coletiva. Ao ponderá-lo, deve ser observadas as condições particulares dos indivíduos, pois, na maioria das vezes é possível apontar um sujeito que necessita mais que outro de um determinado tratamento, principalmente quando leva-se em conta condições como: a natureza da enfermidade, a urgência do caso, a possibilidade de programação, a ordem de prioridades, as condições financeiras do paciente, se este pode custear seu tratamento pela via particular, dentre outras variáveis.

Ocorre que, na concessão do direito à saúde pelo Poder Judiciário pode advir a violação dessas condições, pois ao ter seu pedido atendido pelo judiciário, o interessado estará passando na frente de outros que também necessitam do tratamento e encontram-se aguardando na fila por não terem buscado a via judicial. Seria o caso destes participarem da lide como terceiros interessados?

Apesar de competir ao Judiciário a concretização das garantias dos direitos dos cidadãos quando ameaçados ou violados, as demandas por saúde têm causado um aumento excessivo de processos, provocando sobrecarga de todo o sistema judiciário, situação essa, que agrava os problemas já existentes e enfrentados por esse poder, como, por exemplo, a morosidade processual e a sobrecarga dos servidores.

A título de exemplificação, pode-se prenunciar a demanda de ações judiciais que se iniciaram na Comarca de Ji-Paraná no primeiro semestre de 2018 (período entre 01/01/2018 a 31/06/2018), pois segundo dados extraídos do Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJE) nesse período foram distribuídas 264 (duzentos e sessenta e quatro) ações tutelando o direito à saúde, enquanto foram ajuizadas no total 5.835 (cinco mil oitocentos e trinta e cinco) ações cíveis.

Desses números verifica-se quão numerosas são as ações judiciais que perseguem esse objeto, pois representam 6,88% (seis vírgula oitenta e oito por cento) do total de ações. Deve-se esclarecer que o sistema do PJE disponibiliza 1.107 (um mil cento e sete) assuntos para o ato da distribuição das ações e dentre todas essas opções, quase 7% (sete por cento) das demandas buscam a tutela da saúde.

Sustein (2008, p. 186), afirma:

Depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político. Em ambas as acusações, o prejuízo para a democracia poderá ser muito sério. O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões políticas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Pode inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. A ênfase no judiciário frequentemente compromete esses valores. A invalidação judicial de desfechos políticos poderia muito bem ter efeitos corrosivos sobre os processos democráticos.

Além do mais, do ponto de vista amplo, a prática de recorrer ao Judiciário, tem se tornado um atalho para o recebimento de tratamentos médicos, desrespeitando outros pacientes que aguardam tratamentos há mais tempo, ou ainda, que se encontram em situações mais graves.

Permeia, ainda, a dificuldade no julgamento das causas, pois, em sua grande maioria, quando chegam às portas do judiciário, tratam-se de situações urgentes que implicam em risco de morte ou gravame irreversível à saúde, fatos estes que não concedem ao julgador o tempo necessário para uma análise minuciosa do caso, com busca de orientações de profissionais especializados na área da saúde, análise de meios alternativos que demandariam menores custos, etc.

Todas essas questões levantadas demonstram os prejuízos de pôr em prática a concessão do direito à saúde pela via judicial.

3.2 A Judicialização e o Princípio da Separação de Poderes

Em primeira perspectiva, a competência para prestação da saúde pública no aspecto da responsabilidade do Estado e de definir questões relacionadas ao direito à saúde, concedendo ou não pedidos, pertence ao Poder Executivo. Assim, o fenômeno da judicialização da saúde provoca interferência no poder organizacional do Executivo.

O estudo do princípio da separação dos poderes no presente trabalho, faz-se pertinente em razão da interferência do Poder Judiciário, quando provocado, em assuntos de competência do Poder Executivo, no que se refere as causas relativas à efetivação do direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 confere à separação dos poderes o *status* de cláusula pétreia, mencionando em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônico entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O autor Gustavo Barchet (2009, p; 98), a respeito desses três Poderes, ensina que o poder é único e o povo é seu titular, mas admite divisão em três funções básicas; a legislativa, a executiva (ou administrativa) e a jurisdicional, de modo que, cada uma tem sua função principal exercida por órgãos especializados, mas o exercício de cada atividade não é exclusiva do respectivo órgão.

Segundo os ensinamentos de Barchet (2009, p. 99), “o Poder Executivo tem como função típica a administrativa, por meio da qual se busca, de modo direto e imediato, a realização de determinada utilidade pública”. A esse poder compete a organização e administração do Estado visando a satisfação do interesse público. Deve observância à lei, pois só poderá praticar os atos que dela resultam, como o próprio nome sugere, “executa” as determinações decorrentes da norma.

O Poder Legislativo é o responsável pela criação, modificação e revogação das leis. Além de criar, é incumbido de aprovar ou rejeitar projetos de lei e vetos do prefeito, governador ou presidente da República, a depender do caráter da lei a ser elaborada.

Ao Poder Judiciário, quando requerido por partes interessadas, compete solucionar os conflitos de interesses de forma imparcial. A decisão judicial terá o poder de substituir a vontade das partes, resolvendo a lide em caráter definitivo.

O texto constitucional, no artigo 2º, estabelece que a União é a detentora de todas esferas de poderes, e atribuiu independência a cada poder. No entanto, determina que essas três esferas deverão atuar de forma harmônica, o que expressa que, cada poder agirá de modo a não conflitar com o interesse de outro.

A princípio, o tema da saúde pública é de discricionariedade da administração no âmbito do Poder Executivo. A esse respeito, dissertam Christofoli e Machado⁴:

Ao levar se a ideia de discricionariedade está intimamente ligada ao interesse público, tal prisma decorre do momento de constitucionalização dos direitos, estando a atuação da Administração Pública pautada pelo cumprimento dos mandamentos constitucionais. Dessa afirmação fica que a

⁴ Disponível em:
http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/DanielChristofoli_GuilhermeMachado.html

discricionariedade é um exercício vinculado ao atendimento dos direitos fundamentais.

Diante dessa perspectiva, qual seja, a da vinculação da Administração Pública às prioridades fundamentais, tem-se a limitação do espaço de atuação no que diz respeito à efetivação das políticas públicas de saúde, que não poderão ser negadas ao cidadão, tampouco a sua não realização motivada por escusas.

Tendo por perspectiva a noção de que a discricionariedade é verdadeira autorização da norma para que a Administração promova sua integração ao plano fático, conforme critérios de conveniência e oportunidade, entende-se que, na hipótese de omissões administrativas, o Poder Judiciário poderá intervir.

As demandas levadas ao judiciário que objetivam a garantia do direito à saúde, acabam por afetar, de certa forma, o princípio da separação dos poderes. No entanto, sob outro enfoque, a implementação de direitos inerentes à vida - como é o direito à saúde – por meio de decisão judicial, não representa invasão de poderes, pois atende as peculiaridades do caso específico levado ao judiciário.

José Afonso da Silva (2005, p. 768) expõe como direito do cidadão exigir do Estado a prestação da saúde, sob a forma de política pública adequada, no que prossegue:

Não pode, a toda evidência, porém, a sociedade permanecer à espera de vontade política para a criação de leis e a adoção de práticas que executem os comandos constitucionais. Diante da omissão legislativa ou executiva para a adoção de políticas, emerge, extraordinariamente, ao Judiciário a função de assegurar, por meio da justiciabilidade de políticas públicas, a implementação de políticas públicas que concretizem os ditames constitucionais. A jurisdição constitucional, então, traduz-se em mecanismo de relevância ímpar para garantir a tutela dos direitos fundamentais quando o Estado, por meio do Poder Executivo ou Legislativo, deixar de observar a imposição normativa constitucional, não implementando os mecanismos que efetivem aludidos direitos na forma pretendida constitucionalmente.

Além do mais, a própria Constituição da República, no inciso XXXV do artigo 5º, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual estabelece que, uma vez instado o Judiciário a se pronunciar a respeito de determinada questão, deverá fazê-lo, pois é a esfera de poder que detém o monopólio da jurisdição.

Destarte, o direito à saúde é considerado um direito fundamental do indivíduo, assim, uma vez apresentada pela parte interessada uma possível lesão a esse direito, o judiciário deverá analisá-lo e resolver a questão, obrigando, se necessário, o Poder Público a conceder o direito almejado.

Isso ocorre porque os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal dispõem de aplicação imediata, contudo, muitas vezes, os princípios constitucionais indicam direções contrárias. Isso ocorre no caso do direito à saúde, quando confrontado com o princípio da separação de poderes, pois a saúde é tema de competência da Administração, contudo, ao pleitear esse direito na via judicial, o poder judiciário deverá pronunciar-se e decidir a respeito de um assunto que a princípio, não seria de sua competência.

A esse respeito, Barroso (2009, p. 05) defende: “O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa”.

Conforme demonstrado, para o princípio da separação dos poderes, as funções dos entes estatais são independentes e não devem colidir. No entanto, é admissível a interferência por meio de decisões do Poder Judiciário em atos do Poder Executivo quando este não cumpre sua função de satisfazer as necessidades da sociedade no que lhe compete, sobretudo, quando se refere ao direito à saúde.

Sob essa perspectiva, ensina Mendes:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. (MENDES, 2011 p. 75).

A delegação das questões de saúde ao Judiciário deve se restringir àqueles casos em que efetivamente ocorrer a omissão por parte do Executivo, evitando-se ao máximo a interferência nas políticas públicas.

A esse respeito, defende Moreira do Valle (2010, p. 1 e 2):

Pode-se afirmar que o Poder Judiciário, no exame dos casos concretos, pode – e deve – afastar qualquer lesão ou ameaça a direito, mas apenas nas situações em que a política pública relacionada à saúde se revelar defeituosa ou insuficiente. Assim, a atuação do Poder Judiciário, no ponto, só pode ser exceptiva, nunca podendo ser realizada de forma ampla, aberta e incondicional, sob pena de se agredir o princípio constitucional da divisão funcional do Poder, colocando-se em risco a efetividade das políticas econômicas e sociais do setor. (texto digital).

Embora existir previsão expressa na Constituição Federal que delega ao Poder Executivo o dever de zelar da saúde de toda a comunidade brasileira, a

própria Carta Magna também estabelece que são poderes harmônicos e independentes em si; o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, que, combinado com o dever do Judiciário em solucionar casos que apresentam lesão ou ameaça a direito, prescinde que, quando acionado, o Judiciário não pode deixar de solucionar as questões que envolvem o direito à saúde sob a alegação de que, em razão da separação dos poderes, não teria competência de fazê-lo.

3.3 Análise de Julgados do Estado de Rondônia nas Ações que Objetivam Tratamentos de Saúde

Nesse tópico, serão analisadas algumas decisões recentes do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que apresentam como objeto o direito à saúde com o intuito de conhecer os argumentos utilizados para concessão ou negação dos pedidos. Foram extraídas a partir da jurisprudência desse Tribunal em pesquisa com filtro em decisões proferidas a partir do ano de 2015, buscando selecionar especificadamente aquelas que debatem a respeito da obrigação do Poder Público custear tratamentos médicos e suas justificativas, pois expressam o entendimento dos julgadores.

Apelação. Ação civil pública. Exame médico. Chamamento da União. Illegitimidade passiva do Estado. Responsabilidade solidária. Inépcia da inicial. Pedido genérico. Não ocorrência. Violação da ordem administrativa. Afronta à separação dos Poderes. Comprovação da hipossuficiência. 1. É pacífico na jurisprudência que a competência constitucional na promoção da saúde é de responsabilidade solidária entre a União, o Estado e o Município. Portanto, todos os entes federativos têm a obrigação de prestar integral atendimento à saúde. 2. Não há falar em pedido genérico quando, na petição inicial, o autor delimita o objeto da ação, no caso, ressonância magnética prescrita por médico da rede pública. 3. Nos termos do que tem decidido o STF, a possibilidade de grave lesão à economia ou a estrutura financeira do Estado deve ser demonstrada e fundamentada de forma clara e concreta. 4. Em casos excepcionais, poderá o Poder Judiciário apreciar violação de direito individual de envergadura constitucional, ainda que revestidos de conteúdo programático, isso quando os órgãos estatais competentes descumprirem a efetivação da norma constitucional. 5. Caracterizada a hipossuficiência financeira da parte, deve o Poder Público disponibilizar o exame necessário ao seu tratamento. 6. Apelo não provido. APELAÇÃO, Processo nº 7001917-23.2017.822.0010, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Gilberto Barbosa, Data de julgamento: 28/02/2018.

Destaca-se do julgado, que no entendimento do Tribunal de Justiça de Rondônia, a competência para prover a saúde é solidária entre a União, Estado e

Município (cada ente pode responder por si ou conjuntamente com outros pelo resgate da saúde) e apresenta como requisitos para o exercício desse direito: a prescrição por médico da rede pública prescrição por médico da rede pública, comprovação da reserva do possível e demonstração da hipossuficiência financeira da parte.

Apelação. Ação de obrigação de fazer. Procedimento cirúrgico. Vitrectromia. Chamamento ao processo. União. Saúde. Obstáculo inútil à garantia. Responsabilidade solidária. Ação regressiva. Tese firmada em recurso repetitivo. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Precedentes do STF. Preliminar rejeitada e recurso improvido. Não é impositivo o chamamento ao processo da União, seja nos termos do Código revogado, seja no CPC/2015, nas demandas propostas em face dos demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. (Tema 686 de Recursos Repetitivos). Ademais, como assentado nos tribunais superiores e nesta Corte, firmou-se haver responsabilidade solidária dos entes públicos no fornecimento de remédios, assistência e tratamento médico aos cidadãos, pois a Constituição Federal confere efetividade ao direito à saúde, não se olvidando a possibilidade de ação regressiva. Pode o Judiciário determinar o fornecimento de tratamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que indicado por agentes do Sistema em decorrência de inexistir neste outra opção eficaz, pois não pode o Estado furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever que é imposto na Lei Fundamental, máxime por se tratar de paciente com idade avançada, com rendimentos parcos, um salário mínimo, proveniente de auxílio-doença, e, caso não realize o procedimento com urgência, perderá complemente a visão. APELAÇÃO, Processo nº 7001180-20.2017.822.0010, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Roosevelt Queiroz Costa, Data de julgamento: 16/08/2017.

Já nesse segundo julgado, autorizou-se o fornecimento de tratamento médico não constante na lista própria. No caso em apreço, inexistia outro meio eficaz de prover a saúde ao indivíduo e o tratamento pleiteado foi receitado por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde. Também foi ponderado no julgamento, a hipossuficiência econômica do autor e entendeu-se mais uma vez pela desnecessidade de acrescentar no polo passivo a União ante a responsabilidade solidária (e não subsidiária) entre os entes públicos para prover a saúde.

Apelação. Ação civil pública. Fornecimento de medicamentos. Chamamento da União. Responsabilidade solidária. Perda do objeto. Medicamento não inserido na listagem do SUS. 1. É pacífico na jurisprudência que a competência constitucional na promoção da saúde é de responsabilidade solidária entre a União, o Estado e o Município. Portanto, todos os entes federativos têm a obrigação de prestar integral atendimento à saúde.

2. Não há falar em perda do objeto quando o deferimento da liminar garante temporariamente o fornecimento de medicamento de uso por tempo indeterminado. 3. Somente deve ser dispensado medicamento ou princípio ativo não constante na listagem do SUS quando demonstrada a imprescindibilidade e a impossibilidade de ser substituído por outro fármaco inserido na relação do RENAME. 4. Apelo provido. Apelação, Processo nº 0002558-78.2013.822.0008, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Gilberto Barbosa, Data de julgamento: 23/10/2015.

Na ementa acima, defende-se que o fornecimento de medicamentos não previstos na lista do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) somente pode ser fornecido mediante obrigação do ente público, se sobrevier perícia atestando que nenhum dos medicamentos constantes na lista poderá servir para o tratamento do paciente em substituição daquele prescrito pelo médico.

Apelação cível. Obrigação de fazer. Chamamento ao processo. Illegitimidade. Responsabilidade solidária. Rejeição. Encefalopatia crônica evolutiva. Tratamento terapêutico. Equoterapia. Therasuit. Comprovação. Ausência. Substituição. SUS. Custo elevado. Reserva do possível. Melhora do quadro clínico. Comprovação. Inexistência. A responsabilidade de prestar assistência à saúde é de competência de todos os entes da Federação e qualquer das entidades – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, ainda que sozinha. Igualmente, a cada um desses entes compete fornecer medicamentos e tratamentos de acordo com a comprovada necessidade de sua população, cabendo-lhe, caso entenda não ser sua a competência, propor eventual ação regressiva contra o ente responsável. A saúde é direito de todos e dever do Estado, e deve este garantir, mediante políticas sociais e econômicas, medidas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação. O fornecimento de tratamento experimental pelo SUS é feito apenas na hipótese de haver informações de que o tratamento, ante a especificidade da patologia, não pode ser substituído por outros disponíveis pelo SUS. Havendo a possibilidade de substituição por outro prestado pela rede pública de saúde, deverá este tratamento ser priorizado em relação àquele, tendo em vista os princípios da economicidade e razoabilidade. Se os tratamentos solicitados forem de custo elevado e ainda sem a comprovação de melhor efeito aos pacientes portadores da doença diagnosticada, devem ser examinados à luz do princípio da reserva do possível, porquanto tais pleitos em face do Estado devem ser razoáveis, com atenção à carência de recursos e à cautela para não privilegiar uma minoria em detrimento da coletividade. O método Therasuit é novo, necessita de roupa especial, vendida apenas nos Estados Unidos. A equoterapia consiste em tratamento terapêutico que exige a atuação de profissionais habilitados, porém de prática ainda não regulamentada no Brasil. Obrigar o Estado a realizar esse tipo de tratamento de alto custo, mais que isso, sem estar demonstrada a real utilidade e eficácia para a cura da doença, mostra-se precipitado. Apelação, Processo nº 0001201-96.2014.822.0018, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Roosevelt Queiroz Costa, Data de julgamento: 07/03/2018.

Nota-se o posicionamento pela desobrigação do ente público fornecer tratamento experimental, atrelado à teoria da reserva do possível, eis que se refere a tratamento de alto custo, enquanto o próprio SUS fornece recursos para tratamento da doença alegada. Em síntese, utilizou-se esses argumentos para reformar a sentença de primeiro grau, negar o pedido de condenação do Estado de Rondônia na concessão de tratamentos não disponibilizados pelo SUS, e, em contrapartida, condenou o Estado a prestação dos tratamentos fornecidos pelo SUS.

Além disso, em recente decisão proferida em julgamento unânime do Agravo de Instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, reformou a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau que condenou o Estado a fornecer medicamento não inscrito na lista do SUS. No caso, o laudo foi assinado por médico da rede pública e atestou que o medicamento é imprescindível para a manutenção da vida da paciente.

Vejamos trecho do voto do relator:

Em se tratando de saúde, a Constituição Federal estabelece o direito à saúde indisponível e concedida gratuitamente ao cidadão, devendo os entes federativos zelar pela vida. Assim, é dever do Estado, Município e União prestar assistência aos que dela necessitem, inclusive para a população menos favorecida economicamente, e como no presente caso a parte interessada é portadora de neoplasia maligna e depende do fármaco para sobreviver, e não tem condições de arcar com o tratamento do qual necessita, deve o ente responsável arcar com o custo visando preservar sua saúde. (...)

Consta no laudo médico do Hospital de Base de Porto Velho (SUS), que o medicamento é o único que demonstrou benefício em relação à sobrevida de pacientes com neoplasia maligna cerebral, utilizado mundialmente, e deve ser ministrado com urgência e pelo prazo de 6 meses a 2 anos. Afirma ainda, não haver fármaco substituto ou genérico (fl. 42). Ainda, ressalta o médico ser o medicamento mais comum utilizado nas enfermidades do sistema nervoso central, motivo pelo qual deve ser adquirido pela rede pública estadual e mantido um estoque mínimo para atender os necessitados. (Processo: 0800369-45.2018.8.22.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator Odivanil de Marins. Data do Julgamento: 07/06/2018).

As decisões judiciais, em sua grande maioria, se limitam a condenar o Estado a fornecer o bem tutelado pelo indivíduo nas ações de saúde, e, não buscam solucionar efetivamente a questão, com a condenação do Executivo a adotar medidas capazes de resolver de modo definitivo determinada deficiência.

Embora a medida citada pareça mais eficaz, o Judiciário esbarra em uma outra problemática: o orçamento público, pois caso estenda a medida pretendida pela parte – da ação individual – para toda a coletividade, certamente afetará todo o planejamento orçamentário do Executivo e ainda, colocará em risco a prestação dos demais serviços públicos.

Dos julgados comentados, nota-se também, a imprescindibilidade da análise estrita do caso concreto no momento em solucionar as causas de saúde, pois são sopesados quesitos individuais, como a hipossuficiência da parte, a prescrição médica por profissional do sistema público, a indispensabilidade do tratamento para a manutenção da saúde do paciente, entre outros.

3.4 Teoria da Reserva do Possível Como Limitador do Ativismo Judicial

A reserva do possível norteia a impossibilidade de o Estado fornecer todos os bens e direitos que a ele é requerido, condicionando a efetividade das prestações à sua capacidade financeira. Tais prestações não se limitam às relacionadas ao direito à saúde, mas também, implicam questões pertinentes ao direito à educação, segurança pública, seguridade social, dentre outras garantias constitucionalmente previstas.

Lima⁵, apresenta a seguinte análise:

A reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há direito.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 17) ensinam que essa teoria foi idealizada por Der Vorbehalt des Möglichen na Alemanha, na ocasião em que se discutia a obrigatoriedade de o Estado fornecer acesso ao ensino superior a todos. Por fim, entendeu-se que a prestação requerida, “deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”.

É importante lembrar que os recursos financeiros de titularidade do Estado decorrem da arrecadação exigida da própria população. Os entes federados não produzem renda; quem produz é a iniciativa privada. Portanto, obrigar o Estado a

⁵ Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos59.pdf>>.

fornecer serviços amplos e irrestritos, seja ou não afeto à saúde, ao final, quem será compelida a contribuir com valores cada vez maiores é a própria coletividade.

Nesse sentido, Ada Pelegrini Grinover⁶:

Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público, sem observância da reserva do possível.

Trata-se de um instituto excepcional aplicado apenas para pretensões que demandam estruturas físicas ou recursos humanos inexistentes. No entanto, atualmente, ao invés de ser uma medida de exceção, tem se tornado a regra, pois passou a ser praxe ao Poder Público alegar a impossibilidade da prestação de serviços públicos, principalmente no que se refere ao direito à saúde com fundamento na limitação da reserva do possível.

Embora fundamentado, a reserva do possível não é justificada pelo ente que a alega, o que seria a forma ideal de se operar. No sentido de que, o ente público deve demonstrar de modo efetivo que não possui recursos disponíveis para prover o pedido requerido pelo indivíduo.

Leciona Achoche⁷, que a expressão em estudo:

deve ser compreendida, tendo em vista unicamente a conjuntura financeira na qual o Poder Público se vê inserido, uma vez que, em realidade, a obrigação do Estado seria sim uma efetividade total ao direito à saúde, de modo a investir e oportunizar a todos os melhores serviços e ações, tendo em vista o próprio princípio do acesso universal e igualitário aos serviços e ações de saúde, sendo certo por tal razão que esse é um dever inerente ao Estado e desta forma insta ser implementado (2009, texto digital).

Apesar de o Brasil impor elevada carga tributária, uma expressiva parte do montante que deveria ser arrecadado, acaba sendo sonegado por meio de práticas ilícitas dos empresários, principalmente empresas de grande porte, as quais deveriam contribuir mais com a arrecadação, na verdade, possuem mais alternativas para burlar o sistema do fisco, sem adentrar-se nos casos de corrupção que alige

⁶ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas?pagina=8>>.

⁷ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12578/a-garantia-constitucionalmente-assegurada-do-direito-a-saude-e-o-cumprimento-das-decicoes-judiciais>>.

todo o Estado Brasileiro, um coadjuvante que tornam seus recursos econômicos, de fato, escassos.

Apesar da escassez de recursos, a teoria da reserva do possível não deve ser utilizada como limitação à concretização do direito à saúde, bem como, dos demais direitos fundamentais, pois faz-se necessário priorizar a efetivação dos mesmos.

A esse respeito, no que compete aos direitos sociais, Pedro Lenza (2017, p. 1271), ensina:

O administrador, dentro da ideia da reserva do possível, deve implementar políticas públicas. O legislador, ao regulamentar os diretos, deve respeitar seu núcleo essencial, dando as condições para a implementação dos direitos constitucionalmente assegurados. E o Judiciário deve corrigir eventual distorção para se assegurar a preservação do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

Assim, em atendimento à reserva do possível, deve existir um sopesamento entre o pleito do autor e quanto custará para os cofres públicos a disponibilização daquele direito, observando ainda, a real necessidade do tratamento almejado e a expectativa de eficácia do mesmo.

3.5 Recursos Extraordinários nº 566.471 e nº 657.718

Encontram-se em trâmite no Supremo Tribunal Federal dois recursos extraordinários que tratam do tema da judicialização da saúde, mais precisamente, da questão do fornecimento de medicamentos e em razão da similaridade dos assuntos possuirão julgamento conjunto.

O primeiro discute a interpretação dos artigos 2º, 5º, 6º e 196 §§1º e 2º da Constituição Federal sobre a perspectiva da obrigatoriedade ou não do Estado fornecer medicamentos de alto custo, não disponíveis na lista do SUS, ao portador de doença grave que não possua condições de comprá-los com seus próprios proventos.

Já o segundo, analisa a interpretação dos artigos 1º, inciso III, 23, inciso II, 196 caput, 198 inciso II e §2º e o artigo 204, *caput* da Constituição Federal, sob o enfoque da possibilidade de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA.

Ambos os recursos se encontram pendentes de julgamento, contudo, apesar dessa grande discussão ainda em análise, o posicionamento atual do STF é no sentido da responsabilidade solidária dos entes estatais em matéria de saúde pública, podendo o polo passivo da demanda ser integrado por qualquer um dos referidos entes federativos, isolada ou conjuntamente.

Os ministros proferiram seus votos destacando a necessidade de desjudicializar a saúde, sublinhando que nenhum modelo de governo é capaz de fornecer a toda a população, integralmente, os medicamentos e tratamentos dos quais necessita.

No voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, no processamento do Recurso Extraordinário 657.718, que trata do fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA, dispôs:

Havendo notícia do registro do medicamento pleiteado, assim como de sua inclusão no âmbito da política de assistência à saúde, há direito subjetivo da recorrente de obter o referido medicamento, razão pela qual, pedindo vênia, dou integral provimento ao recurso extraordinário, para determinar à parte recorrida o fornecimento imediato do medicamento pleiteado na exordial. (...) Em situações em que a ameaça à saúde vulnera o próprio direito à vida – como só pode ocorrer em pacientes terminais – a demanda já não mais toca um pedido distributivo, mas um respeito à dignidade. Evidentemente, não poderia o Estado, ainda que em virtude dessa dignidade, violar a segurança dos pacientes ou à justiça da decisão.⁸

Já o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que no caso de medicamento de alto custo não incorporado pelo SUS, o Estado não poderá ser obrigado a fornecê-lo, vejamos:

Proponho 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde. São eles: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a 3 propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo.⁹

Grande é o debate dessas ações no STF, o Ministro Marco Aurélio, trouxe à baila um requisito não invocado costumeiramente pelos tribunais, defendendo que, o

⁸ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>>.

⁹ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>>.

dever de prestar a saúde compete também aos familiares do paciente e, portanto, havendo algum membro da família com capacidade financeira de custear o medicamento, isenta será a responsabilidade do Estado. Contudo, verifica-se que esse entendimento contraria o próprio Texto Constitucional, no seu artigo 195 e o §2º, do artigo 2º, da Lei n. 8.080/90, que em nenhum momento coloca em segundo plano ou isenta o Poder Público da responsabilidade em prestar a saúde.

Embora ainda não julgados os recursos, na prática atual, quando demonstrada a imperiosa necessidade do medicamento para a manutenção da saúde e da própria vida do paciente, o judiciário, em grande parte dos casos, tem condenado o Ente Público a fornecer o medicamento de que necessita, independente de constar na lista do SUS, conforme nota-se da terceira jurisprudência colacionada no tópico de número 3.3. Isso por uma questão básica: há pesquisas contínuas na área da saúde, o que traz uma série de inovações frequentes, de modo que a falta de inclusão de determinado medicamento na lista pode nitidamente caracterizar omissão administrativa. Seria um imenso contrassenso afirmar que a intervenção do Poder Judiciário em atos da administração pública se deu por omissão desta, e decidir que o direito à saúde deve ser negado pelo fato de o medicamento não constar na lista do RENAME.

Esse entendimento não é unânime nos tribunais, havendo grande divergência entre os julgados, pois há Tribunais que negam pedidos dessa natureza com fundamento na reserva do possível. Mas negar o direito à saúde sob essa justificativa não pode significar a chancela da ineficiência administrativa.

Quanto ao fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, as decisões judiciais têm negado o pedido quando não comprovada sua eficácia, principalmente quando se tratam de medicamentos de alto custo ou importados, fundamentando suas decisões na incerteza da eficácia do medicamento no tratamento da doença.

Contudo, a uniformidade das decisões com construção jurisprudencial depende, inicialmente, do julgamento das ações pelo Supremo.

3.6 Saúde: Um Direito Fundamental e (Sem) Limites

Muitos pleitos judiciais demandam tratamentos de altíssimo custo em favor de um único indivíduo. Portanto, o magistrado deve ser cauteloso no momento de decidir pela procedência do pedido, avaliando a prescrição médica, o resultado do diagnóstico do paciente e os tratamentos que ele já realizou, ponderando se é necessário e efetivamente proveitoso o tratamento prescrito.

Sobre esse tema, disserta Leny Pereira da Silva¹⁰:

A verificação da habilitação do médico para prescrever o medicamento pleiteado é necessária não só para a constatação da pertinência do tratamento – presume-se que um médico especialista formule prescrições coerentes e racionais – mas também para coibir o uso desvirtuado do processo judicial. A verificação da dosagem prescrita também tem essa finalidade. Os limites da má-fé do ser humano não são passíveis de conhecimento – se é que eles existem – e não é exagero que o processo judicial seja utilizado com fins escusos, a exemplo da tentativa de introduzir medicamentos novos no mercado em virtude de interesses econômicos, ou da tentativa de obter gratuitamente grande dosagem, que possa ser comercializada informal e irregularmente.

No que se refere aos objetos das ações de saúde, cumpre também verificar se o pedido formulado realmente é indispensável a saúde – e indiretamente – a vida do indivíduo. A título de exemplificação, cumpre citar uma ação judicial que tramitou no Estado do Rio de Janeiro, na qual o autor pleiteava a realização de implante capilar pelo SUS, alegando que o fenômeno da sua calvície estava lhe causando depressão.

Vejamos a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. AUTOR QUE É PORTADOR DE ALOPÉCIA DIFUSA. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSPLANTE CAPILAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. CONCEITO AMPLO DE "ESTADO". OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE (ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 197, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). INTERVENÇÃO CIRÚRGICA QUE, CONTUDO, É DE NATUREZA EMINENTEMENTE ESTÉTICA, E NÃO INDISPENSÁVEL À VIDA, NEM À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS), INSTITuíDO PELA LEI FEDERAL N.º 8.080/90, QUE APENAS COBRE AS OPERAÇÕES DE NATUREZA REPARADORA ÀS VÍTIMAS DE ACIDENTES DO DE GRAVE(S) DOENÇA(S), TAIS COMO AS DE FENDA PALATINA, LÁBIO LEPORINO, MUDANÇA DE SEXO E SILICONE MAMÁRIO PARA MULHERES QUE HAJAM SOFRIDO MASTECTOMIA TOTAL OU PARCIAL, POR FORÇA DE INCIDÊNCIA DE CÂNCER DE MAMA. PRETENSÃO DESARAZOADA. IMPOSSÍVEL

¹⁰Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>>.

AMPLIAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL EM JOGO. PRECEDENTES DESTA E. CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM FULCRO NO ART. 557, CAPUT, EIS QUE MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. (0004157-50.2011.8.19.0026 – APELAÇÃO. Des(a). GILBERTO CAMPISTA GUARINO - Julgamento: 18/03/2014 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL).

Conforme exposto, ao ente público somente competirá o custeio de demandas que postulam medidas verdadeiramente indispensáveis à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana.

Ao analisar a demanda judicial que postula o direito à saúde, o magistrado deve averiguar cautelosamente os argumentos trazidos pelo autor e as provas juntadas, sopesando se há nos autos prova suficiente de que o pleito almejado é indispensável à saúde do postulante.

Tem se exigido que o laudo médico seja confeccionado por profissional vinculado ao Sistema Único de Saúde, presumindo que ele tenha conhecimento de que o tratamento (ou medicamento) indicado inexista ou seja deficiente na rede pública, bem como, que é imparcial na sua prescrição às custas do estado, inexistindo, todavia, nenhuma garantia de que os médicos da rede pública estejam isentos de interesse financeiro, ou que um laudo elaborado por médico desvinculado não tenha validade e não deva ser levado em consideração. O Estado brasileiro pouco ou nada investe em pesquisa, de modo que depende da iniciativa privada para inovar os tratamentos. Logo, poderá haver interesse econômico que direciona o ajuizamento das demandas contra o Poder Público.

Nas causas em que se pleitear tutela antecipada, o laudo clínico deve tratar expressamente a respeito da urgência do tratamento, fundamentando a prescrição médica, já que, se não houver urgência, nos casos em que o tratamento for disponibilizado na via pública, o paciente deverá aguardar sua vez na fila, sob pena de violar a ordem de prioridades. Além do mais, por tratar-se de recursos públicos, verifica-se que sua despesa onera a própria sociedade.

Portanto, não se pode admitir tratamentos meramente experimentais sem reconhecimento científico de sua eficácia, sob o óbice de onerar o Estado em vão. E nos casos de tratamentos que se prologam no tempo, é necessária avaliação

periódica da sua eficácia e eficiência, já que esta foi a razão ou o fundamento da decisão.

Ada Pellegrini Grinover (texto digital, 2009), abaliza essa orientação:

Uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade – alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde, que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público, sem observância da reserva do possível. A estrita observância dos limites à intervenção judicial, assim como o exato conceito de políticas públicas (como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro), serão suficientes para conter abusos.

Outrossim, o presente trabalho intentou atender ao disposto no artigo 24, parágrafo 2º, do Regimento do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado de Rondônia o qual orienta que:

Art. 24. Será obrigatório o Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, que consistirá na elaboração de monografia, desenvolvida sob a orientação de um docente indicado pelo Coordenador do Curso (art. 1º, parágrafo único) e avaliada com base nas normas dispostas em regulamento próprio, o qual consta no Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) e disponibilizado no site da Escola.

[...]

§ 2º O TCC deverá problematizar aspecto do cotidiano do Poder Judiciário e propor inovação, mudança ou melhoria de alguma prática jurisdicional, de gestão ou administrativa. (Diário da Justiça n. 158, de 26-08-2015, disponível em www.tro.jus.br).

Sendo assim, considerando que o Trabalho de Conclusão de Curso deve problematizar aspectos do cotidiano do Poder Judiciário e propor inovações, mudanças ou melhorias de alguma prática jurisdicional, de gestão ou administrativa, sugere-se que, sejam adotados critérios universais para a procedência dos pedidos atinentes ao direito à saúde, como: a) laudo confeccionado por médico do SUS; b) prévio requerimento administrativo, que em conjunto com a Administração Pública, deve ser acompanhado de informações como a existência do tratamento da via pública, sendo na comarca de domicílio do paciente ou não; c) avaliar qual solução apresenta menor custo; - e para os casos em que se pleiteia medicamento - d) que o medicamento seja aprovado pela ANVISA.

Compete aos magistrados promover o mínimo existencial, em nível básico, no que se refere à prestação de serviços públicos de saúde, assegurando a dignidade da pessoa humana e evitando exageros que onerem demasiadamente o orçamento público que é sempre finito.

3.7 Considerações a Respeito da Intervenção do Poder Judiciário na Saúde Pública

Considerando a imprescindibilidade do direito à saúde e diante dos obstáculos enfrentados para sua efetivação de forma ampla e irrestrita à população, têm-se observado um considerável número de ações dessa natureza na justiça, importando avaliar a respeito da possibilidade de o Poder Judiciário atuar como garantidor do direito à saúde, eis que muitos defendem que essa intervenção viola os princípios da igualdade, da separação dos poderes e da reserva do possível, causando mais desigualdades no tratamento em relação àqueles que não recorrem à via judicial.

De fato, a administração da saúde pública compete ao poder executivo, eis que foi instituído para gerir a coisa pública. Contudo, há dois fatores que autorizam a intervenção do Poder Judiciário; o primeiro diz respeito ao fato de que, o juiz não poderá deixar de apreciar e resolver os litígios para os quais foi acionado, encontrando respaldo no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF).

O segundo fator que afasta a alegação de violação é a teoria dos freios e contrapesos, segundo a qual, um poder exerce controle sobre o outro. Assim, quando o Poder Executivo é omissão frente as exigências da saúde pública, Judiciário utilizando-se da sua prerrogativa, poderá compelir o Executivo a sanar a omissão que afeta o direito à saúde.

Quanto à violação ao princípio da igualdade, verifica-se que a concessão de uma determinada prestação de saúde pela via judicial vai de encontro ao direito de outras pessoas que também necessitam de tratamento e encontram-se aguardando essa prestação pela via administrativa.

No entanto, é imprescindível a análise dos casos concretos, pois mesmo que exista uma fila que deve ser obedecida em consonância com o princípio da

igualdade, é evidente que alguns casos serão mais urgentes que outros e o paciente não poderá aguardar até chegar sua vez. Embora ventilada esta tese no âmbito do judiciário, a participação de todos os outros pacientes no processo como terceiros interessados, apenas traria óbices ao deslinde processual, não representando qualquer vantagem eficaz para o processo. Além do mais, na grande maioria desses casos, o objeto da ação é postulado como medida de tutela antecipada, que requer uma decisão rápida, obstando, portanto, a participação de terceiros, pois o julgador não terá tempo hábil para analisar a situação de todos os pacientes e decidir qual precisa mais do tratamento.

Ademais, essa função não pode ser exercida pelo magistrado, principalmente em razão da inviabilidade de ser-lhe exigido conhecimento científico para analisar o diagnóstico de cada paciente, o que também é inviável, pois demandaria muito tempo útil para proceder-se essa análise.

A reserva do possível, conforme já abordada no tópico pertinente, visa restringir a aplicação dos recursos públicos somente para as demandas que se apresentam imprescindíveis, e não deve funcionar como meio impeditivo para a garantia de um direito fundamental, como a saúde.

Por fim, a alegação de desigualdade no tratamento entre os pacientes, por eventual preferência aos que recorrem ao Poder Judiciário, também não há que prosperar, pois não se pode restringir um direito devidamente legítimo pelo simples argumento de existir outros legitimados a receber a mesma prestação.

Analizados os debates em torno da intervenção do Poder Judiciário nas causas de saúde, é natural a percepção da sua importância na garantia desse direito fundamental. Passaremos então, às considerações finais do presente estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os pleitos judiciais afetos à saúde têm procurado atender o pedido do interessado por se tratar de um direito fundamental. Conquanto o ideal seja a plena satisfação do direito à saúde de toda a população, algumas decisões têm ressaltado a importância de se sopesar, no caso concreto, os recursos públicos carreados para o tratamento de saúde individual, em razão dos altos custos, e em detrimento de toda a coletividade, na medida em que essa prática pode afetar o equilíbrio orçamentário da administração pública.

Ao conceder o direito postulado pelo paciente, o Poder Judiciário estará, e não poucas vezes, obrigando a administração pública a empregar altos recursos para o atendimento da saúde a uma única pessoa, enquanto que, com aquele determinado valor seria possível atender diversas outras demandas que, consequentemente, beneficiariam um número muito maior de indivíduos e, ainda, o que é pior, essa intervenção do Judiciário compromete orçamentos já previamente aprovados e com recursos destinados ao funcionamento de postos de atendimento e hospitais públicos que, por falta daquelas verbas, deixam de prestar os serviços básicos de saúde a toda à população.

Frente ao acrescimento do número de ações que tem por objeto o direito à saúde, é indispensável pensar em meios alternativos capazes de reduzir esse fenômeno, principalmente buscando trazer uma solução eficaz para o problema. Nesse sentido, faz-se necessário que as prestações de saúde sejam estendidas à coletividade e não fiquem restritas apenas para os autores das ações judiciais, o que em muitos casos fere o princípio da isonomia.

O acesso da população ao Poder Judiciário, representa, sem dúvidas, uma conquista da cidadania brasileira na luta por seus direitos. Mas esse Poder ainda deve ser considerado a *ultima ratio*, ou seja, primeiramente deve-se buscar a resolução dos problemas de saúde pública pelas vias extrajudiciais e somente açãoá-lo quando esgotadas ou forem ineficazes as tentativas na via administrativa.

Para tanto, compete inicialmente ao Poder Executivo, dotar os hospitais e farmácias públicas de equipamentos, medicamentos, dentre outros recursos

indispensáveis para o atendimento dos pacientes, e investir na contratação de profissionais especialistas e fiscalizar suas atuações.

Além do mais, sob uma segunda perspectiva, é importante que o Poder Público oportunize melhor preparo aos seus servidores e implemente modelos de gestão no SUS, a fim de disponibilizar aos pacientes a oportunidade de, previamente, requerer a prestação da qual necessita, ao próprio gestor do sistema único de saúde, a fim de que o mesmo diligencie na busca de meios ágeis e menos custosos para conceder o tratamento ao paciente.

O requerimento administrativo prévio deve funcionar como um pressuposto para as ações judiciais, pois dessa forma, oportuniza-se a busca de soluções passíveis a promover maior eficácia na resolução das questões de saúde, pois ainda na fase extrajudicial, a administração pública deveria diligenciar de modo a verificar se o tratamento postulado realmente é indispensável à saúde do autor, se há hospitais na rede pública localizados em outros estados ou municípios que possam oferecer o tratamento pleiteado. Caso contrário, se existe tratamento similar e de menor custo, entre outras medidas que possam contribuir para uma prestação mais eficaz e menos onerosa.

Na hipótese de o pedido não ser concedido na via administrativa e o paciente recorrer ao Judiciário postulando no mesmo sentido, a decisão do indeferimento administrativo constando as informações que a justifiquem, resultado das diligências citadas acima, será capaz de auxiliar na análise do pedido na esfera judicial, permitindo decisões equânimes.

No âmbito do Poder Judiciário, poder-se-ia requisitar o fortalecimento da instrução probatória dos processos, buscar informações prévias, como por exemplo, se o tratamento pleiteado é disponibilizado em hospitais públicos e, em caso positivo, a possibilidade de encaminhamento do paciente para aquele estabelecimento utilizando-se a via administrativa, bem como, a desobrigação de prestar medicamentos que se encontram em fase experimental ou não registrados na ANVISA, tendo em vista a ausência de comprovação da sua eficácia.

Com o estudo realizado, buscamos demonstrar a imprescindibilidade da atuação do Poder Judiciário no âmbito da saúde, a fim de garantir ao indivíduo o tratamento médico indispensável à garantia do direito à saúde, desde que atendidos

aos requisitos que foram estabelecidas pela jurisprudência dos tribunais, quais sejam: impossibilidade de o paciente custeá-lo sem prejuízo ao seu próprio sustento; necessidade e eficácia do tratamento para a manutenção da saúde, e; inexistência de alternativa de menor custo, além da exigibilidade do prévio requerimento administrativo.

Foi possível compreender a possibilidade de o paciente pleitear esse direito para qualquer um dos entes federativos e a legitimidade de o Judiciário determinar a disponibilização de tratamentos médicos e/ou medicamentos pelo Poder Público tendo em vista que compete ao mesmo resguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A intervenção do Poder Judiciário no setor da saúde pública tem sido utilizada como garantia ao cidadão para efetivação desse direito diante da omissão Estatal. Assim, a atenção do Poder Judiciário deve-se voltar não só a garantir o direito à saúde aos que recorrem a jurisdição, mas também, na busca de implementar meios materiais capazes de levar à toda coletividade a plena prestação da saúde.

Por fim, tendo em vista que o Trabalho de Conclusão de Curso deve problematizar aspectos do cotidiano do Poder Judiciário, propondo inovações, mudanças ou melhorias de alguma prática jurisdicional, de gestão ou administrativa, apresenta-se aqui a sugestão para que, sejam estabelecidos critérios mínimos de admissibilidade das questões concernentes à saúde, como a prévia requisição administrativa, comprovação da urgência e imprescindibilidade do tratamento para manutenção da vida e/ou saúde do paciente e, quando tratar-se de pedido de custeio para tratamento via particular, a comprovação de impossibilidade do fornecimento na rede pública, permitindo-se assim a prestação jurisdicional nas causas de saúde de modo mais equânime, tanto para os pacientes, quanto para o Poder Público.

REFERÊNCIAS

ACHOCHE, Munif Saliba. **A garantia Constitucionalmente Assegurada do Direito à Saúde e o Cumprimento das Decisões Judiciais.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12578/a-garantia-constitucionalmente-assegurada-do-direito-a-saude-e-o-cumprimento-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 06 jan.2018

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da Efetivação do Direito à Saúde no Brasil.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 07 fev. 2018.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **A Limitação da Responsabilidade Estatal Pelo Princípio da Reserva do Possível.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12762>. Acesso em: 16 de jan. de 2018.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **O papel do Poder Judiciário na Garantia da Efetividade dos Direitos Sociais.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42130&seo=1>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BARCHET, Gustavo. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial.** Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Recurso Extraordinário 566.471.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BIGAL, Valmir. **A Obrigatoriedade das Decisões Judiciais.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2794/A-obrigatoriedade-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça.** Tradução: Ministra Ellen Gracie. 10. ed. Editora Fabris: Porto Alegre, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito Constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha e col. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DA SILVA, Leny Pereira. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDA_por_Leny.pdf>. Acesso em: 28 de março de 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Uma Nova Disciplina: O Direito Sanitário**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 22, n. 4, 1988. p. 330. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DE SOUZA, Fernanda Oliveira. **A intervenção Judicial na Garantia da Efetivação do Direito à Saúde: Possibilidades e Limites no Caso dos Medicamentos**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2017.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

FACHIN, Edson. **Recurso Extraordinário 657.718**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>>. Acesso em: 20. Jan. 2018.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Napoleão Casado. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Judiciário Pode Intervir no Controle do Executivo.** 2009, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas?pagina=8>>. Acesso em: 03 Jun. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18. Ed. São Paulo, SP: Livraria Saraiva, 2014.

LIMA, George Marmelstein. **Aplicabilidade da Reserva do Possível: Como Limite Fático Jurídico.** Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos59.pdf>>. Acesso em: 25 de jan. de 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MALLMANN, Eduarda. **Direito à saúde e a Responsabilidade do Estado.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>>. Acesso em 08.fev. 2018>. Acesso em: 02 mar. 2018.

MARTINS, Gustavo Rocha; CARPANEZ Natã Ferraz. **Judicialização da Saúde.** Revista Vianna Sapiens, v. 7, n. 2. 2016. Disponível em: <<http://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/196>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MARTINS, Wallace Paiva. **Direito à Saúde: Compêndio.** 6. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação.** REDE- Revista Eletrônica de Direito do Estado. Instituto de Direito Público da Bahia. N. 7. Jul/ago/set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=129>>. Acesso em :28. Jan. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. de. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Sylvio e BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NASCIMENTO, Márcio Rodrigue do. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Garantia Constitucional do Direito à Saúde.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45851/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-garantia-constitucional-do-direito-a-saude#_ftn1>. Acesso em: 25 abr. 2018.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade Solidária dos Entes da Federação no Fornecimento de Medicamentos. Direito & Justiça**, v. 36. n. 1. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8857/6313>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Do Direito à Saúde ao Direito Sanitário.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14686/do-direito-a-saude-ao-direito-sanitario>>. Acesso em: 06. Fev. 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Lenir. **A natureza jurídica pública dos Serviços de Saúde e o Regime de Complementaridade dos Serviços Privados à Rede Pública do Sistema Único de Saúde.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n106/0103-1104-sdeb-39-106-00815.pdf>>. Acesso em: 2. Fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações.** 2008. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16049457.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SENADO, **Lei Complementar nº 141 de 13 de Janeiro de 2012.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 22 jan. 2018.

SILVA, Débora. **ONU**, Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/onu/>>. Acesso em: 09. Fev. 2018.

SILVA, Vitória Dantas. **Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Saúde.** Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-a-saude/123541/>>. Acesso em: 25 Abr. 2018.

SUSTAIN, Cass. R. **A Constituição Parcial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TANGERINO, Dayane Fanti. **A Teoria do “Reserva do Possível” e o Mínimo Existencial.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-reserva-do-possivel-e-o-minimo-existencial/>>. Acesso em: 12. Fev. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10.ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIDAS, Assembleia Geral das Nações. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 30 Dez. 2017.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do. **Judicialização da Saúde.** Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8493/1/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde.pdf.2010>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. **O Direito Social à Alimentação.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-social-a-alimentacao,27900.html>>. Acesso em: 24. Jan. 2018.