

**FACULDADE MINAS GERAIS - FAMIG  
TATIANA ANDRADE PEREIRA**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E SEUS IMPACTOS COMO MEIO  
DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL**

**Belo Horizonte  
2021**

**TATIANA ANDRADE PEREIRA**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E SEUS IMPACTOS COMO  
MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL**

Monografia apresentada à Famig —  
Faculdade Minas Gerais — como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

**Orientador:** Carlos Henrique Passos  
Mairink

**Belo Horizonte**

**2021**

# FOLHA DE APROVAÇÃO

Tatiana Andrade Pereira

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E SEUS IMPACTOS COMO  
MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

Banca Examinadora

---

Prof. Orientador Carlos Henrique Passos Mairink  
Famig

---

Prof. (Nome do professor avaliador)  
Famig

---

Prof. (Nome do professor avaliador)  
Famig

**Belo Horizonte**  
**2021**

*Sem dúvida, dedico esta monografia  
primeiramente a Deus, pois sem ele nada  
seria possível na minha vida, aos meus  
pais exemplos de amor, carinho,  
honestidade e perseverança, aos meus  
filhos, o amor de vocês é o que me move.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer. Gratidão aos meus pais Carlos e Sinair, esta monografia é a prova de que os esforços deles pela minha educação não foram em vão e valeram a pena, além do amor, incentivo e apoio incondicional que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu. Aos meus filhos Amanda e Yan por compreenderem as várias horas em que estive ausente por causa do desenvolvimento deste trabalho.

Ao meu orientador Carlos Henrique Passos Mairink, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos. Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender.

A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais sem nominar terão os meus eternos Agradecimentos a todos que direta ou indiretamente fizeram parte de minha formação, o meu muito obrigado.

## RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de contribuir para a compreensão dos desafios para efetivação do Direito à saúde no Direito Brasileiro, que se dá no precípua entendimento de que estes são resultados diretos da ineficácia jurídica no rol dos direitos sociais, os quais deveriam estar efetivados conforme a Constituição Federal. Aprofunda-se o conhecimento sobre o referido assunto da ineficácia na garantia do direito humano à saúde que está sujeito à ordem jurídico-social: na correlação de forças dos demais poderes da República que se opõem, gerando a inércia na concretização de tais garantias e incrementando o descontrole dos problemas sociais.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Competências e limites. Judicialização do direito à saúde. Efetividade e impactos do direito à saúde.

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to contribute to understanding the challenges for the realization of the right to health in Brazilian law, which occurs in the main understanding that these are direct results of legal inefficiency, in the list of social rights, which should be implemented according to the Constitution Federal. The knowledge on the subject of ineffectiveness in guaranteeing the human right to health that is subject to the legal-social order is deepened: in the correlation of forces of the other powers of the Republic that oppose generating inertia in the realization of such guarantees, increasing the uncontrolled social problems.

**Keywords** : Right to health. Competences and limits. Judicialization of the right to health. Effectiveness and impacts of the right to health.

## SUMÁRIO

<b>1.INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2. DIREITOS FUNDAMENTAIS Á SAÚDE</b> .....	11
<b>3. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO Á SAÚDE</b> .....	14
<b>4. DISPOSIÇÕES NORMATIVAS DO DIREITO Á SAÚDE(SUS)</b> .....	17
<b>4.1 Lei Orgânica da Saúde nº8.142, de 28 de Dezembro de 1990</b> .....	20
<b>4.2 Das Competências e Limites do Direito a Saúde</b> .....	22
<b>4.2.1 Da Separação dos Poderes</b> .....	24
<b>4.2.2 Da Reserva do Possível</b> .....	27
<b>4.2.3 Da Implementação de Políticas Públicas</b> .....	29
<b>4.2.4 Da Competências Constitucional</b> .....	29
<b>5. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL</b> .....	31
<b>5.1 Da Necessidade da Judicialização</b> .....	33
<b>CONCLUSÃO</b> .....	42
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	44



## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso foi elaborado para atender ao requisito necessário à obtenção do título de bacharel em Direito da Faculdade de Minas Gerais-FAMIG. Foi realizado através de estudos bibliográficos e pesquisas documentais, tendo como objetivo a compreensão da Judicialização Da Saúde Pública No Brasil e seus impactos como meio de Efetivação de Direito Fundamental como objetivo aprofundar o conhecimento sobre o referido assunto e tratar da ineficácia na garantia do direito humano à saúde que está sujeito à ordem jurídico-social: na correlação de forças dos demais poderes da República que se opõem, gerando a inércia na concretização de tais garantias.

A missão precípua do trabalho é analisar os resultados diretos da ineficácia jurídica no rol dos Direitos Sociais para compreensão dos desafios para efetivação do Direito à Saúde no Direito Brasileiro.

O interesse pelo tema surgiu da observação dos casos de busca incessante da população pela garantia do direito à saúde através do judiciário, pelo atendimento digno da pessoa humana , que em determinados casos, não são atendidos pelo poder público, restando como última alternativa a judicialização da saúde.

Nesse sentido, será demonstrada a opinião de doutrinadores sobre tal tema, suas vantagens e desvantagens relacionadas à evolução na respectiva efetivação ao direito à saúde. Tais expressões e garantias serão desenvolvidas e analisadas, mais adiante, dentro de uma perspectiva crítica dos desafios no cumprimento do Direito à Saúde no Direito Constitucional Brasileiro.

Sendo assim, o primeiro capítulo apresenta, de forma detalhada, a definição de Direitos Fundamentais à Saúde, como expressa a nossa lei maior. Além disso, trataremos da judicialização do Direito à Saúde.

No segundo capítulo, trataremos dos Direitos Fundamentais previstas na Constituição Federal visando garantir a dignidade da pessoa Humana.

Já no terceiro capítulo, será desenvolvida as competências e os limites do Direito à saúde, ressaltando o dever e o limite de Estado no que concerne ao direito coletivo e individual do cidadão.

No Quarto capítulo trataremos das disposições normativas do direito à saúde (SUS), seus princípios e objetivos, bem como o seu funcionamento, ressaltando também a importância da Lei Orgânica da Saúde nº 8.142/90. Tratará da competência

legislativa e limites dos estados e municípios, até o ingresso por vias judiciais, observando-se a jurisdição administrativa, a separação dos poderes executivo e legislativo e a divergência entre os direitos sociais e a previsão orçamentária dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial.

No Quinto capítulo trataremos do processo da Judicialização da Saúde como garantia de efetivação de Direito Fundamental, demonstrando que mesmo com direito líquido e certo da necessidade da Judicialização para garantir seu direito.

Sendo assim, chegaremos à exposição sem pretender esgotar a amplitude e abrangência que o tema dispõe e demonstrar os impactos e desafios causados para efetivação do direito fundamental à saúde.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE

A saúde, como direito humano fundamental, está incluída no rol dos direitos sociais elencados no art. 6º na Constituição Federal de 1988, na qual está classificada como direito de segunda geração.

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

[...]

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 sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, CRFB, 2016)

A Lei Maior instituiu como responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o acesso universal e igualitário à saúde com tratamento integral.

Assim como na Lei Orgânica e nas principais normas legais, a saúde é conceituada como estado de bem-estar, a qual abrange a conjuntura social, econômica, cultural e política.

O artigo 3º da Lei nº 8080/90 nos dá o conceito de saúde, que define saúde como fatores e condições determinantes, incluindo alimentação, moradia, higiene básica, meio ambiente, trabalho, renda, educação, exercício físico, transporte, lazer e Canais de acesso para bens e serviços básicos. (BRASIL, Lei 8.080, 2018).

Segundo Paim (1994, p. 61), a saúde não se limita à ausência de doença, mas inclui também o estado de bem-estar físico, mental e social durante a hospitalização. Isso significa entender que o estado não é apenas responsável por promover medidas de tratamento por meio da disponibilização de procedimentos (exames ambulatoriais, cirurgias e medicamentos). Mas também deve promover medidas preventivas como políticas básicas de saúde, vigilância em saúde e o desenvolvimento de serviços de saúde incluindo áreas de lazer, condições de trabalho, moradia, educação e até segurança pública.

Além disso, Fernando Aith nos pontua que:

As concepções de saúde também são elaboradas através de uma relação direta entre o indivíduo e o social. A saúde era concebida, às vezes, como uma simples 'ausência de doença', outras vezes como 'uma reserva corporal', ou, ainda, como 'um fundo de saúde' inato e que permite ao organismo resistir contra todas as agressões feitas pelo corpo social. Também podemos

encontrar concepções da saúde como 'equilíbrio' que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social. O equilíbrio se encarna na plenitude física e psíquica, no sentimento de auto satisfação e de harmonia com os outros. Essas diferentes concepções de saúde constituíam entidades fluidas, podendo coexistir, e aptas a dar conta das diferentes facetas da experiência das pessoas, mas o 'equilíbrio' apresentou-se como uma concepção positiva da saúde, tendo sido adotada tal concepção pela Organização Mundial de Saúde – OMS. (2007, p. 46).

Portanto, pode-se entender que a saúde ou a falta de saúde decorre de uma série de fatores que determinam a vida econômica, cultural e social, e a falta desses fatores faz com que a doença fique fora de controle.

Junto com a falta de controle da doença, o estado deve responder positivamente à saúde da população, o que mostra que todo medicamento ou tratamento ambulatorial está onerado com um fardo pesado, portanto, a falta de saúde cria entraves econômicos na gestão dos serviços de saúde, onde o país acarretando uma grande dificuldade de atender às necessidades da sociedade.

A Carta Constitucional de 1988 reconheceu os direitos sociais como um conjunto de direitos básicos estipulados no artigo 2º da Constituição Federal.

O direito à saúde é parte integrante dos direitos sociais, portanto é um direito universal que deve ser garantido pelo Estado. O Estado considera a saúde um direito social básico e se obriga a formular novas políticas públicas voltadas para a promoção, proteção e restauração da saúde.

Além disso, a saúde, tendo natureza de um direito social, é garantida pelo Estado aos cidadãos, por meio de ações públicas positivas e políticas que permitem o acesso aos meios adequados para o bem-estar e aos serviços de assistência à saúde.

O direito à saúde é um direito humano fundamental, em que a preservação da vida e a dignidade da pessoa humana estão incorporadas nas leis, jurisprudências e políticas públicas, cujas subjetividades asseguram o bem-estar individual a todos, aceitável para sociedade.

Outrossim, o acesso universal das pessoas aos serviços de saúde, garante a igualdade de oportunidades para o tratamento, dentro de um contexto de equidade, de modo que permita o atendimento a todos.

Porém, parte da doutrina entende que o acesso igualitário à saúde é destinado apenas aos pobres. Entretanto, a ponderação às atividades preventivas geram o direito ao atendimento integral e gratuito, o que beneficia tanto ricos quanto pobres,

visando ao atendimento a todos, independentemente de sua situação econômica, sob risco de invalidar a consagração em normas constitucionais.

Por outro lado, parte da doutrina entende, também, que o direito à saúde enquadra-se no mínimo existencial, que ocorre no art. 198 II da Constituição Federal, o qual introduz o atendimento integral à saúde, embora sejam priorizadas as atividades preventivas.

Isso, porém, deve ser realizado sem prejuízo aos serviços assistenciais, já que não é constituída uma regra restritiva que trate da norma de eficácia plena.

O detalhamento das disposições constitucionais assegura o acesso amplo à saúde pública, cujo art. 197 da Constituição Federal assegura à lei a regulação da saúde e não admite restrição dessa garantia constitucional, sob pena de fraudar as expectativas constitucionais, como acentuou o Ministro Celso Mello.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.  
(BRASIL, REL. MIN. CELSO DE MELLO, 2006)

A Constituição Federal orienta a organização dos Serviços Públicos de Saúde numa rede regionalizada e hierarquizada, organizada de forma descentralizada, com direção única, tudo para propiciar o atendimento integral.

### 3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A judicialização da saúde nada mais é do que a busca, pelos indivíduos, pelo Poder Judiciário como alternativa para obtenção de medicamentos ou tratamentos médico-cirúrgicos que foram negados administrativamente.

Porém, a crescente procura para efetivação do direito constitucionalmente garantido vem demonstrando um grande déficit ao efetivar a prestação do serviço essencial à sociedade. Devido a diversos fatores, em muitos casos, é necessária a intervenção do Poder Judiciário, o que pode causar um grande desequilíbrio de orçamento, levando ao prejuízo das políticas públicas.

O autor Boaventura de Souza Santos descreve em seu livro “Pela mão de Alice: o Social e o político na pós-Modernidade”:

A justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor, e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenômeno de dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça. (SANTOS, 2002, P.168).

A saúde é um direito essencial, fundamental e humano de todos, devendo o cidadão ter acesso direto ao Poder Judiciário. O Estado deve ser o promotor das políticas públicas sociais e econômicas destinadas a garantir de forma efetiva e direta o acesso universal e igualitário aos atos administrativos e aos serviços na promoção, recuperação e proteção de uma saúde concretamente digna.

A efetivação judicial do direito à saúde tem ganhado cada vez mais espaço nos debates em diversos campos. Seja na administração pública, na área acadêmica, na justiça de paz, nas empresas ou mesmo na mídia, as discussões são atuais, necessárias e delicadas.

Esta não é uma tarefa fácil. Nos 10 anos de 2008 a 2017, a judicialização da saúde aumentou 130%. No mesmo período, o número total de ações no país aumentou 50%. Os dados constam de uma investigação inédita conduzida pela Insper a pedido da Comissão Judiciária Nacional (CNJ).

Segundo a pesquisa, no período de análise, foram 498,7 mil casos na primeira instância e 277,4 mil casos na segunda. Além de investigar a evolução do contencioso no setor da saúde, este trabalho também visa promover a compreensão

do sistema judiciário e fornecer subsídios para orientar a adoção de políticas que promovam a resolução de conflitos na região.

Não se pode negar que, de fato, a justiça é um meio legítimo de obtenção de saúde e um pré-requisito básico para a democracia. Se você deseja encontrar procedimentos, medicamentos e outros serviços por um lado, fica difícil para os gestores prever e alocar recursos para as diferentes áreas da saúde, ameaçando sua sustentabilidade econômica e financeira.

Atualmente, devido ao acúmulo de litígios, a judicialização é um dos maiores problemas das operadoras e dos tribunais. Embora o acesso à justiça seja direito de todos, muitos requisitos buscam benefícios na ausência de contratos ou marcos regulatórios de saúde suplementar. Portanto, a análise dos números divulgados pelo CNJ mostra que a instituição judiciária tem grande influência em todo o sistema.

Por exemplo, há um problema com a emissão de medicamentos não aprovados para registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) ou emitidos para fins não descritos na bula, ou seja, sem rotulagem.

O fato de o medicamento ter sido aprovado pelas autoridades sanitárias do país de origem não comprova sua segurança em outras regiões ou em diferentes patologias, que podem ter graves consequências e efeitos colaterais para os pacientes, saúde pública e instituições médicas.

O sistema é um, mesmo com algum entendimento sobre o assunto, devido à grande demanda por medicamentos de alta complexidade, a influência da judicialização nesse campo é crescente, e a demanda por medicamentos de alta complexidade ainda não foi analisada pela Comissão Nacional de Integração de Tecnologia (CONITEC) e Lista do Serviço Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Obviamente, buscar direitos por meio da justiça faz parte das relações sociais, mas o importante é que o direito individual e o coletivo não se sobreponham, o que prejudica a saúde da maioria da população.

Exigências judiciais excessivas prejudicam os planos orçamentários nos sistemas público e privado. Deve ser lembrado que o direito à liberdade limita a liberdade da outra parte. Você nem sempre pode disponibilizar tudo para todos. Precisa fazer uma escolha, e uma base melhor.

O princípio da saúde complementar existe entre si - devido aos recursos limitados, o conceito pode ser estendido à saúde pública.

O compromisso com a sustentabilidade dos serviços médicos se reflete na queda da qualidade do atendimento e torna os planos para outros beneficiários mais caros, dificultando o acesso aos serviços médicos.



#### 4 DISPOSIÇÕES NORMATIVAS DO DIREITO À SAÚDE (SUS)

Durante a Oitava Assembleia Nacional de Saúde, em 1986, foi estabelecido o alicerce para a criação do sistema público de saúde, formulado conjuntamente pela Constituição Federal de 1988 e legalizado em seu artigo 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:  
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;  
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;  
III - participação da comunidade. (BRASIL, CRFB, 2018).

Segundo Neves (2012, p. 20), “Com a implementação da nova Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a Constituição do Cidadão, os direitos das pessoas em termos de garantias básicas aumentaram. No que diz respeito ao direito à saúde pública, não é diferente.

A citada Carta Magna não apenas conecta diretamente o sujeito ao sujeito na sequência, mas também trata do princípio do SUS, que é o meio atual de atendimento aos requisitos de saúde necessários.

Tal Lei veio para:

O comando constitucional acerca da regulamentação dos serviços e das ações de saúde, definidos pelo artigo 197 da Constituição Federal como dotados de relevância pública” enfatizando o caráter indisponível do direito à saúde. (...) Essa indisponibilidade decorre da fundamentação e, portanto, da relevância social e jurídica do objeto que esta norma visa a proteger, notadamente: saúde, vida, integralidade física e psíquica, dignidade da pessoa humana (inclusive quanto às condições para seu desenvolvimento individual e social) e mínimo existencial (isto é, o conjunto das prestações materiais mínimas à vida com dignidade), de uma parte; e ao mesmo tempo, um sistema público de saúde, único, com acesso universal e cobertura integral em todos os níveis de complexidade, descentralizado e hierarquizado, marcado pela participação da comunidade, inclusive em termos de controle social. (FIGUEIREDO, 2011, p. 130-131)

A Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma agência especializada em saúde pública, subordinada à Organização das Nações Unidas (ONU), com fundação datada no dia 07 abril de 1948, quando se comemora o Dia Mundial da Saúde.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi instituído pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, e garante a saúde do Estado. Além desta, em 19 de

setembro de 1990, foi sancionada a Lei nº 8.080/1990, responsável por operacionalizar o atendimento público da saúde no Brasil.

O SUS é o sistema de saúde pública do Brasil que atende milhões de pessoas, segundo dados do Ministério da Saúde. Todos os brasileiros podem usar o SUS, porque contribuem com impostos para que ele funcione. Este Sistema, portanto, é integral, igualitário e universal, ou seja, não faz e nem deve fazer qualquer distinção (seja de classe, raça ou gênero) entre os usuários.

Todavia, antes da implementação da Lei nº 8.080/1990 a saúde não era considerada um direito social. O modelo vigente até então marginalizava parte da população, já que só tinha direito quem era segurado pela previdência (trabalhadores com carteira assinada). Entretanto, nem todos tinham condições de arcar com os custos dos serviços de saúde particular.

A porta de entrada do usuário no SUS é a UBS (Unidade Básica de Saúde) ou os Postos de Saúde, sendo que as UPAs (Unidades de Pronto Atendimento) são estruturas de complexibilidade intermediária entre a UBS e as portas de urgência hospitalares. Para chegar até o hospital, o usuário é encaminhado depois de ser atendido e avaliado por uma UBS ou UPA.

Além de todo atendimento clínico e hospitalar, muitos procedimentos médicos de média e alta complexidade são feitos pelo SUS, como doação de sangue, doação de leite humano (por meio de Bancos de Leite Humano), quimioterapia, transplante de órgãos, entre outros.

O SUS atende todos que procuram suas unidades de saúde ou têm necessidade de atendimento de emergência. Por exemplo, os atendimentos prestados pelo Samu (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência) em acidentes de trânsito são fornecidos pelo SUS e garantidos a todos. Ademais, o SUS age no controle da qualidade da água potável que chega às casas, na fiscalização de alimentos pela Vigilância Sanitária em supermercados, lanchonetes e restaurantes, na assiduidade dos aeroportos e rodoviárias e nas regras de vendas de medicamentos genéricos.

O Sistema é financiado com os impostos do cidadão, como INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). Os municípios são obrigados a destinar 15% do que arrecadam em ações de saúde e os governos estaduais 12%. O Governo Federal contabiliza o que foi gasto no ano anterior, mais a variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB).

De acordo com Lenir Santos, para melhor compreensão de competência do Sistema Único de Saúde é preciso dividi-lo em duas partes:

- a) a de natureza difusa que executa programas Sociais e Econômicos para redução coletiva de doenças e seus agravos atingindo uma melhoria na qualidade de vida; é a saúde em seu amplo aspecto;
- b) a de natureza mais objetiva que impõe ao Estado o dever de manter Serviços Públicos de Saúde mediante uma rede regionalizada e hierarquizada com atendimento universal e igualitário, de caráter preventivo direto e curativo (SANTOS, 2005. P. 04).

Deve-se considerar que a saúde, por se tratar de um direito social, deve ser implantada de forma coletiva, gradativa, progressiva e contínua.

Os preceitos do SUS são:

- Universalidade, pois atende a todos sem cobrar nada, independente de raça ou condição social.
- Integralidade, pois trata a saúde como um todo com ações que, ao mesmo tempo, pensam no indivíduo sem esquecer da comunidade.
- Equidade, pois oferece os recursos de saúde de acordo com as necessidades de cada um.

Além disso, o SUS é administrado de forma tripartite, ou seja, o financiamento é uma responsabilidade comum dos três níveis de governo - Federal, Estadual e Municipal.

Pode ser considerada uma "lei nacional" porque regulamenta as ações e serviços de saúde em todos os territórios nacionais, ou seja, trata das três esferas federal, estadual e municipal. (FIGUEIREDO, 2011, p. 127).

O artigo 4º da Lei nº 8080/90 estipula o conceito acima mencionado de sistema único de saúde:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, Lei 8.080, 2018).

De acordo com a Constituição Federal, esse conjunto de ações e serviços de saúde, composto pelo Sistema Único de Saúde, é gratuito e de acesso irrestrito, sendo custeado com recursos da União, dos Estados, dos Municípios, da Previdência Social e do Distrito Federal. Porém, de forma complementar, existe também a

possibilidade da iniciativa privada. Assistência à saúde prevista na Constituição Federal em sua cláusula de assistência à saúde.

Porém, de forma complementar, existe também a possibilidade da iniciativa privada. Serviços de saúde garantidos pela Constituição Federal em seu artigo 199, §1º:

Art. 199. [...] A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (BRASIL, 2016).

#### **4.1 Lei Orgânica da Saúde nº 8.142, de 28 de Dezembro de 1990.**

A Lei Orgânica da Saúde nº 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

Surgimento do Sistema Único de Saúde (SUS) , sendo um amplo movimento Social pela reforma Sanitária onde os princípios básicos e as diretrizes fundamentais do SUS foram incorporados pela Constituição de 1998.

De acordo com o artigo 7º da Lei de Saneamento Orgânico, os princípios de um sistema de saneamento unificado desempenham um papel decisivo;

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e seus princípios:

Princípio da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: o nosso Sistema Único de Saúde é baseado no princípio da descentralização, entretanto é resguardada a direção única em cada esfera de governo, com ênfase na descentralização dos serviços de saúde para os Municípios, bem como na regionalização e hierarquização dos serviços de saúde, conforme segue entendimento de Figueiredo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios: guarda relação com o princípio federativo que, no Brasil, tem a peculiaridade de uma

terceira esfera de poder, integrada pelos Municípios. A tradição municipalista brasileira, que se revela pela autonomia municipal e pela competência para tratar dos assuntos de interesse local, é reforçada pela ênfase na descentralização dos serviços de saúde para os Municípios [...]. O grande desafio tem sido aliar a descentralização das competências e responsabilidades com a correspondente atribuição de recursos financeiros necessários para fazer frente às demandas daí decorrentes.

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde: diz respeito à organização e distribuição dos serviços de saúde, tendo em conta um critério de racionalidade. Os serviços de saúde são organizados em ordem crescente e complexidade, não fazendo sentido que todos os Municípios ofereçam todo o tipo de assistência e de qualquer serviço da saúde simultaneamente. Ao mesmo tempo, permite-se a confirmação dos serviços oferecidos às necessidades locais e regionais, de modo a melhor assegurar o acesso universal e igualitário à integralidade da assistência à saúde. Nesse sentido, a regionalização dos serviços e ações de saúde resgata uma noção antiga [...] de que as doenças devem ser tratadas de acordo com as particularidades locais, pois o ambiente onde a pessoa vive tem influência sobre sua saúde. (2011, p. 192-193).

Dessa forma, o Poder Judiciário tem sido protagonista em garantir o acesso aos serviços de saúde da população, só que a falta de um conhecimento e a má administração do Sistema Único de Saúde vem resultam em falhas ao serviço prestado à população, que não estão atentos para normas legais e infralegais que regulam a prestação dos serviços de saúde pública, sobretudo no que se refere à repartição de competências e distribuição de atribuições.

A Constituição Federal atribui a lei de regulamentação das ações e serviços de saúde, determinando que seja constituída uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada de forma descentralizada e que assegure o atendimento integral.

Assim, o Princípio da eficiência, que rege a administração pública na Constituição Federal no art.37, não permite a criação de estruturas idênticas nas três esferas de governo para realizar uma mesma atividade, não ofendendo a garantia constitucional da plenitude de acesso e atendimento integral à saúde, a qual rege a administração pública e as normas infraconstitucionais que regulam o acesso à saúde. Contudo, não afastando a sua validade e eficácia, porque emanam de cumprimento do próprio comando constitucional.

A Doutrina Canotilho (1998 ,p.78) afirma que “ O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa e o homem como centro da titularidade de direitos”.

Entende-se, assim, que a saúde deve ser o Direito Fundamental, entre os direitos fundamentais e Direito Humano Essencial, já que a saúde é a garantia, onde sem a saúde o ser humano não se integrará enquanto estiver em dignidade.

## **4.2 Das Competências e Limites do Direito à Saúde**

O Brasil é um Estado Federal desde 1891, cuja Constituição de 1988 acarreta consequências jurídicas, levando a surgir a problemática inoperância e inércia Estatal de caráter fundamental que estão expressas no texto Constitucional, sendo que se questiona o papel do Estado frente à sociedade.

Uma dessas consequências é a necessária análise do conflito entre a busca ao poder judiciário pelo direito à saúde e a distribuição dos poderes e encargos, através da compatibilização com a realidade orçamentária da maioria dos municípios brasileiros.

Porém, considerando que o pacto federativo envolveu a repartição de competências para legislar sobre o direito à saúde, em que a Constituição Federal estabeleceu competência concorrente entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ocorre a responsabilidade solidária entre os entes federativos. Assim, não só o município deverá arcar de forma singular com o elevado custo de medicamentos, cirurgias e demais necessidades do Sistema.

Inicialmente, os direitos à vida e à saúde são ilimitados, mas nem sempre esses direitos são bem-sucedidos, o que prejudicará a eficácia do poder público, que pode ser aprimorada por via judicial.

No entanto, de acordo com o ensino do juiz Luiz Mateus de Lima:

[...] O art. 196 da Carta Magna consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade, menor sofrimento e melhor qualidade de vida. O fato de a medicação postulada não constar nos Protocolos Clínicos e nas Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde, não deve implicar em restrição ao seu fornecimento, pois tais protocolos clínicos, sendo normas de inferior hierarquia, não podem prevalecer em relação ao direito constitucional à saúde e à vida. A ausência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento do remédio, posto que uma vez que existe o dever do Estado, impõe-se a superação deste obstáculo através dos mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico. A concessão do medicamento não implica em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, pois, como resulta evidenciado, a vida é direito subjetivo indisponível (indispensável), devendo prevalecer em qualquer situação. Não

há falar em violação ao Princípio da Reserva do Possível, vez que não se deve discutir matéria orçamentária quando a própria Constituição Federal prevê o orçamento de seguridade social, com recursos originários das três fontes que integram o sistema unificado de saúde. Ainda que o feito tenha tramitado em Vara estatizada, tal fato não isenta a Fazenda Pública do pagamento das custas processuais. Isto porque, nas varas estatizadas, as custas judiciais não são recolhidas aos cofres estatais, mas sim ao Funjus, que se trata de órgão dotado de autonomia administrativa e financeira, garantida pelo art. 99 da Constituição Federal, não possuindo tal órgão qualquer vinculação orçamentária com os Poderes Executivo Estadual ou Judiciário. (Pet. nº 11982002, TJ-PR, 3ª Vara. Cív., Rel. Des. Luiz Mateus de Lima, j. 13/06/2014). (PARANÁ, TJPR, 2014).

Por ter o judiciário garantido o direito à saúde, violou a esfera administrativa, que é o poder administrativo e o legislativo. Sempre que nos deparamos com um conflito entre os direitos à vida e à saúde, é necessário explicar a separação de poderes e os princípios que podem ser retidos e a implementação das políticas públicas.

Todos estes princípios visam a proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

Percebe-se, então, que se tratando de limites somados a dificuldades para realização da efetivação do direito social da saúde, haverá um descompasso entre os serviços prestados diante da infinidade do progresso científico, diante da concretização para conceder a todos o acesso à saúde.

Não existe hierarquia entre os poderes Legislativos, em causa de conflitos entre cabimento de leis ou de conflito de leis originárias. Deve-se, dessa forma, verificar na Constituição Federal quem tem competência para legislar sobre objeto da lei questionada.

A Constituição Federal prevê as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral.

Desse modo, o artigo 102 da Constituição Federal brasileira atribuiu ao Poder Judiciário o dever de guardar a Constituição, atuando em defesa da supremacia de suas normas e expondo a importância da atuação judicial, que não deve apenas evitar ações estatais abusivas, como também, é responsável pelo controle jurisdicional efetivo de omissões arbitrárias praticadas pelo Estado que lesam os direitos sociais, dentre os quais se insere a saúde.

#### 4.2.1 Da separação dos poderes

De acordo com o artigo 2º da Constituição Federal (2016, pág. 9) para garantir a "separação dos três poderes", ou seja, são os poderes da aliança, independentes entre si, e harmoniosos entre si no âmbito legislativo, administrativo e aspectos judiciais. Constituída em cláusula direta, que proíbe modificação nos termos do art. 60, § 4º, inciso 4º da Constituição da República:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes. (BRASIL, CRFB, 2016).

A pesquisa sobre a separação de poderes tornou-se muito importante, pois o Estado deve ser o garante da realização do direito à saúde. O direito à saúde às vezes é a intervenção do judiciário nas ações de drogas. Na ausência de tal comportamento, a intervenção do Estado é necessária.

Montesquieu destacou em seu livro "The Spirit of Law" que o propósito da separação de poderes é manter a liberdade individual e melhorar a eficiência nacional por meio da divisão das funções do Estado.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; Porque se pode temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou um mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as querelas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p.167-168).

Segundo Tavares (2007, p. 1021), "Na verdade, a atual chamada 'separação do poder do Estado' refere-se à distribuição de determinadas funções entre os diferentes órgãos do Estado".

Mesmo assim, a terminologia de separação de poderes é deturpada, porque na verdade o poder que está separado da soberania é um deles.

De acordo com as diferentes constituições dos diversos países, as funções desempenhadas por esses poderes são diferentes (AGRA, 2002, p. 128).



Além disso, Montesquieu (1748, p.165) destacou que se a mesma pessoa, nobre, nobre ou gente do mesmo sujeito exercer os três poderes a seguir, tudo estará perdido.

O custo de implementação de resoluções públicas; e o método de julgar o crime ou pedido de um indivíduo.

Além disso, “a complexidade das exigências sociais dos países modernos ou pós-modernos, como alguns esperam, deve entrelaçar o campo de ação do poder, reduzindo assim a restrição que separa o desempenho de cada potência”.

Do ponto de vista estritamente gramatical, é inegável que o art. 196 da Constituição possui pouca densidade, na medida em que deixa de definir aspectos importantes do direito que parece constituir: sujeito passivo, prioridades, extensão da saúde assegurada, custeio etc. Entretanto, como salientado linhas acima, é

possível sustentar-se, na esteira dos ensinamentos de Canotilho e Ingo Sarlet, que mesmo normas *prima facie* programáticas podem ter um núcleo jurídico-positivo: embora não se possa obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir que ao menos alguma atitude, dentre as eficazes, seja tomada diante de um certo problema de saúde. Ressalte-se novamente que, a nosso juízo, a definição do aparelhamento mínimo para direitos com campo de ação amplo, como ocorre com a assistência à saúde, encontra-se inextricavelmente ligada à compreensão que a comunidade de princípios possui do mínimo existencial, compreensão esta que é influenciada por uma série de fatores (econômicos, históricos, culturais, políticos, religiosos etc.). Existindo apenas uma opção de atuação eficaz, que permita a melhoria das condições de saúde ou a manutenção da vida da pessoa interessada, é esta mesma a conduta que deve ser adotada pelo poder público. (GOUVEA, 2018).

Além de tudo, cabe ao Poder Judiciário interferir em questões que visem garantir direitos fundamentais em casos de omissão, entendendo-se que a separação de poderes não é absoluta:

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador. (BARROSO, 2018).

Já o autor Bittar (2005, p. 306), nos pontua que:

O Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes, herdada da modernidade. Se uma sociedade onde a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que quando são violados aos mesmos é atribuída a devida proteção e garantia jurisdicional, o que torna a questão do papel do Judiciário um ponto central das discussões sobre o tema dos direitos humanos e, ainda mais, da eficácia dos direitos humanos.

A saúde seria um problema do Executivo, pois cabe a ele controlar as verbas. Assim, somente esse poder teria competência para resolução de problemas referentes à saúde. Porém, a questão da saúde é muito complexa para que se restrinja em um único agente resolutivo, tendo todos os Poderes responsabilidade na área, não podendo se eximir da obrigação. (AMARAL, 2001, p. 158).

Tem-se então que a separação dos poderes cabe intercessão, visto que cabe ao Judiciário interferir e revisar casos de omissão e desigualdades:

[...] diferente do que se pensa, a separação de cada Poder não é absoluta, tendo em vista que, na verdade, todos os poderes legislam, administram e julgam. Fala-se em função típica e atípica de cada Poder, sendo função típica aquela exercida preponderantemente, enquanto a atípica é exercida secundariamente. (SOUZA, 2010, p. 10).

Cumprido esclarecer que, para que o Poder Judiciário possa atuar, é preciso que antes que tenha sido negado o direito à saúde, por exemplo, o fornecimento de medicamentos por vias administrativas, com a recusa então, resta apelar por vias judiciais a fim de ver o direito fundamental da saúde garantido.

A procura pelo Judiciário, na área da saúde, faz com que este desempenhe um papel de correção da gestão de política pública, que tem deficiências, sendo, muitas vezes, a única via para proteção do direito à vida, à saúde e à dignidade. (CARVALHO, 2008, p. 235).

Compete ao Poder Judiciário assegurar o direito à saúde quando este é negado ou omitido por parte dos poderes Executivo ou Legislativo, não havendo transgressão quanto ao princípio da separação dos poderes.

#### 4.2.2 Da Reserva do Possível

Esta teoria surgiu na Alemanha e pode ser simplesmente entendida como que o princípio da reserva do possível estipula a limitação da atuação do estado na realização dos direitos básicos e direitos sociais e está sujeita às ações de recursos existentes do estado. Além disso, uma possível racionalidade financeira deve ser considerada.

Barcellos (2008, p. 261) conceitua que:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Ainda assim, os autores Sarlet e Figueiredo (2008, p. 29-30) pontuam que:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.

Ponto importante do princípio da Reserva do Possível passa pela existência de um mínimo. De acordo com o autor Jorge Neto (2018) Refere-se ao “mínimo necessário para uma existência digna [...] É possível ter um mínimo e manter o que é difícil determinar de forma abstrata qual situação e situação deve prevalecer ” .

Ainda assim, o mínimo existencial pode ser conceituado como:

[...] a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural. (LEIVAS, 2006, p. 135).

O mínimo existencial é protegido pelos direitos sociais e fundamentais, consoante segue:

[...] argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada 'reserva do possível' e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo [...](SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p. 27).

Também é necessário respeitar os limites de recursos orçamentários, pois esses limites proíbem incorrer em despesas que excedam o orçamento ou créditos adicionais (art 167, inciso II, da Constituição Federal, 2016, p. 55).

[...] quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? [...] os direitos sociais, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. (CANOTILHO, 1998, p. 477).

Da mesma forma, no que se refere à proteção dos direitos sociais e fundamentais e à intervenção das instituições judiciárias no fornecimento de medicamentos, entende-se que "O Estado brasileiro considera os direitos sociais como direitos fundamentais e se compromete a implementá-los, ou seja, suas atividades deve ser orientado para realizar esses direitos " (KELBERT, 2011, p. 76).

Por ser a saúde um direito básico garantido pela Constituição Federal, o princípio da reserva do possível não é fundamento para prejudicar a validade desse direito e não podendo ser usado este princípio como justificativa de decisões judiciais ou administrativas, mesmo quando deficientes os recursos orçamentários do Estado.

### **4.2.3 Da Implementação de Políticas Públicas**

Antes disso, deve-se enfatizar o conceito de política pública: segundo o autor Hofling, ( 2001, p.31 ) “política pública pode ser interpretada como o estado está em ação , em que o estado implementa projetos de governo e visa setores específicos da sociedade. o plano". Quanto à sua elaboração, depende fundamentalmente do poder legislativo para formular as normas e objetivos a atingir.

No segundo momento, a área administrativa deve acatar o determinado conteúdo e tomar medidas efetivas para a implementação das políticas planejadas”. No entanto, segundo Carvalho (2008, p. 235), o não atendimento das necessidades de saúde dos cidadãos torna a intervenção do Judiciário imprescindível para atender às necessidades urgentes nesse campo.

Dessa forma, a responsabilidade compartilhada da União é óbvia: ela deve legislar e proteger um sistema único de saúde, os estados que devem promover políticas públicas para a realização do direito básico à saúde e os governos municipais que devem gerir a efetividade do SUS estão dentro de sua competência territorial. é projetado para garantir Para proteger, promover e restaurar a saúde, o judiciário deve garantir a saúde e o direito à vida de maneiras ilimitadas.

### **4.2.4 Da Competência Constitucional**

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que, nos termos do artigo 24, inciso XII, a atual Constituição Federal autoriza a Federação, os estados e o Distrito Federal a legislar simultaneamente sobre previdência, proteção e proteção à saúde. (BRASIL, CRFB, 2016).

Segundo o autor Barroso (2018), a titularidade da autoridade comum não significa que a finalidade da constituição seja sobrepor as ações dos entes federativos, como se todos tivessem autoridade irrestrita sobre todas as questões.

Como recursos federais, estaduais e municipais são mobilizados para realizar as mesmas tarefas, isso inevitavelmente levará à ineficiência na prestação dos serviços de saúde. Conforme mencionado acima, as ações e serviços públicos de saúde fazem parte de uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada de forma

descentralizada e com direção única em cada esfera de governo. (artigo 198, inciso I, BRASIL, CRFB, 2016), e o seu cumprimento está descrito no artigo 9º da Lei 8.080/90:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (BRASIL, Lei 8.080, 2018).

Já o artigo 15, do mesmo diploma legal, determina que a competência e os encargos da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, no âmbito administrativo, exercerão:

Por fim, o artigo 19 da mesma Lei, estabelece que as atribuições dos Estados e dos Municípios competem ao Distrito Federal: “Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.” (BRASIL, Lei 8.080, 2018).

## 5- A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

A saúde é garantida pelo art. 6º, inciso II, da Constituição Federal, direito social e fundamental ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. (SARLET, 2008).

Ordacgy (2018), Entende que a saúde é um dos bens intangíveis mais preciosos da humanidade e merece proteção nacional, pois contém as características indivisíveis do direito à vida. Portanto, a assistência médica é direito de todo cidadão.

Nesse sentido, o doutrinador Spitzcovsky pontifica que:

Em nosso País, o direito à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse contexto, estão incluídas as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196) (SPITZCOVSKY, 2006).

A saúde é um direito básico e uma obrigação do país. Quando não cumprir suas obrigações, fornecerá às pessoas os meios para proteger seus direitos contra infrações ou ameaças. Esta garantia está contida no artigo 5. Inciso XXXV da CF/ 88, ainda que na forma da lei, os danos ou ameaças de direitos não podem ser excluídos da avaliação das autoridades judiciárias.

No entanto, embora o estado seja obrigado a garantir o acesso aos serviços de saúde e aos serviços médicos, a demanda é muito maior do que a capacidade do estado de divulgar as políticas públicas, o que leva a sistemas de saúde imperfeitos e insatisfação com o judiciário, ou seja, instâncias de intervenção provocativas em neste caso, Para fornecer ajuda na forma de uma reclamação.

No Brasil, há uma campanha em larga escala que inclui a busca pela concretização dos privilégios constitucionais, fenômeno denominado judicialização. O termo é entendido como uma busca geral por instituições judiciais, portanto instituições administrativas devem implementar políticas públicas inadequadas por meio de solicitações judiciais

Nessas circunstâncias, a judicialização da saúde e sua expansão ilimitada chocaram gestores e juristas. A judicialização trouxe um novo site de instituição judiciária, e uma sociedade ávida por proteger os direitos sociais irritou a instituição judiciária

Cumprir elucidar ainda conceitos de judicialização, antes de adentrarmos ao tema específico:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade pública. [...] Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. (BARROSO, 2018).

Barroso(2018) também esclarece que a judicialização envolve a transferência de poder para juízes e tribunais, bem como mudanças importantes na linguagem, argumentos e métodos de participação social. As razões para esse fenômeno são múltiplas, e essas razões podem estar diretamente relacionadas ao modelo institucional do Brasil

Mais especificamente, porém, emprega-se judicialização para designar a notória generalização social do uso do vocábulo jurídico nas democracias modernas, nas quais passou a ser comum, no dia a dia das relações sociais, e fora do contexto jurídico, judicial ou não [...]. Em amplitude semelhante, o termo judicialização é usado para referir a, cada vez mais comum, ampliação dos métodos ou modelos judiciais de solução de controvérsias para resolver questões empresariais ou não, em ambiente extrajudicial, e, inclusive, no âmbito administrativo por autoridades independentes cujas decisões vinculam o próprio Estado, conforme ocorre, no nosso país, no exercício das atividades de controle e de fiscalização das agências reguladoras. Usa-se também judicialização para designar a notória prevalência que nas décadas do século passado e nesta primeira, em vias de encerramento, do atual, o Judiciário vem ganhando na solução dos mais diversos problemas que, direta ou indiretamente, dizem respeito aos direitos fundamentais, inclusive àquelas decorrentes do desenvolvimento e da concretização de políticas públicas que objetivam assegurar a amplitude desses direitos. (NOBRE, 2011, p. 357)



## 5.1 Da necessidade da judicialização

A ação de tutela do direito à saúde consta do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (2018), que afirma que “a lei não excluirá danos judiciais ou ameaças de direitos”, neste caso, direito à saúde.

Diante da insuficiência do país em prestar serviços de saúde pública integrais à sociedade, as partes interessadas devem buscar procedimentos constitucionais para a elaboração de dispositivos judiciais que obriguem as administrações públicas a cumprirem suas atribuições conforme estipulado pelas normas constitucionais, de forma a concretizar as políticas públicas para esse fim são eficazes, os mesmos resultados reais podem ser obtidos a partir do desempenho.(PARANHOS, 2007, p. 171).

Entretanto, Andrade (2008, p. 47), elucida que:

No Brasil, poucos periódicos publicaram relatórios de pesquisas direcionadas ao fenômeno da "judicialização da saúde". A complexidade desse fenômeno tem ampliado a articulação entre o Judiciário e o órgão administrativo no âmbito do poder público, e enfrenta um desafio constitucional, ou seja, proteger os direitos universais dos cidadãos à atenção médica integral, o que tem impacto sobre o constrangimento dos gerentes. Voltado para um sistema público de saúde que visa garantir um mecanismo de atendimento médico recomendado aos pacientes / usuários.(ANDRADE, 2008, p. 02).

Ainda assim, a demanda por ações judiciais de competência se dá em razão da não eficácia do sistema público de saúde quanto ao fornecimento de medicamentos:

A notória instabilidade do sistema público de saúde do Brasil e a oferta insuficiente de medicamentos gratuitos, muitos dos quais muito caros até mesmo para a classe mais rica, têm levado os civis a recorrerem com sucesso à vigilância sanitária para obter seus cuidados médicos. A liminar, esse fenômeno é chamada de “judicialização” da saúde. (ORDACGY, 2018).

Por outro lado, devido à necessidade de recursos nacionais voltados à proteção do direito à saúde, a judicialização da saúde pode ser vista como um desrespeito às eventuais reservas, à separação de poderes e aos princípios do planejamento orçamentário nacional.

De fato, se a judicialização da saúde da população for excessiva, pode levar a déficits nacionais, pois esse comportamento obriga o poder público a fornecer os medicamentos necessários ao tratamento ou proteção da saúde.

Segundo dados do Ministério da Saúde, em oito anos, a agência pagou 5 bilhões de reais para cumprir ordens judiciais para compra de medicamentos, insumos e suplementos alimentares, um aumento de 912% entre 2010 e 2017. Apenas 1.262 pacientes receberam 1.157.375.425,35 reais. Em 2017, o Ministério da Saúde destinou R\$ 1,02 bilhão para a compra de medicamentos e tratamentos necessários ao contencioso. Estima-se que ele gastou 1,3 bilhão de reais em 2018 para cumprir a decisão do tribunal.

O número de ações judiciais relacionadas à legalização da saúde tem crescido exponencialmente. O aumento maciço dos requisitos judiciais prova que a justiça tem sido usada como uma ferramenta eficaz para a realização do direito à saúde

Os números da movimentação processual anual dos tribunais brasileiros em 2019 seguem parâmetros próprios e podem ser encontrados no Banco de Dados Digitais de Relatórios Judiciais, nas cifras do Conselho Nacional de Justiça.

*Tabela 1 NÚMEROS DE MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL A SAÚDE ANUAL DO ANO DE 2019 DO TRIBUNAL BRASILEIRO*

<b>Assunto</b>	<b>Quantidade</b>
Saúde (direito administrativo e outras matérias de direito público)	159.414
Fornecimento de medicamentos – SUS	544.378
Tratamento médico-hospitalar – SUS	177.263
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos - SUS	259.334
Assistência à Saúde/ servidor público	42.459

assistência médico hospitalar (SUS)	4.258
Ressarcimento ao SUS	5.562
Reajuste da tabela do SUS	3.308
Convênio médico com o SUS	1.671
Repasse de verbas do SUS	1.450
Terceirização do SUS	1.652
Serviços em saúde (SUS)	59.355
Planos de saúde (direito do consumidor)	677.897
Fornecimento de medicamento (planos de saúde)	16.932
Serviços hospitalares – Consumidor	37.894
Planos de saúde (direito do trabalho)	90.957
Taxa de saúde suplementar (tributário)	576
Doação e transplante órgãos/tecidos	1.343
Saúde mental	8.451
Controle social e Conselhos de saúde	4.118
Hospitais e outras unidades de saúde	22.647
Erro médico	107.612
<b>TOTAL</b>	<b>2.228.531</b>

Fonte: Relatório Justiça em números do Conselho Nacional da Justiça

Conflitos extrajudicialmente, e todos os atores relevantes, como juízes de paz, departamentos de relações públicas dos juízes, e departamentos de relações públicas, atuarão e defensores, Advogados, gestores de saúde e sociedade em geral

Para o Bergonzi (2015), *apud* Franco (2012), a judicialização surge como importante fator para que o direito à saúde seja efetivado:

Decerto, os gastos em saúde pública merecem ser melhor repensados pelo Estado, devendo-se tratá-los como um investimento. Ordinariamente, a ausência de investimentos em saúde conduz à majoração dos recursos destinados à previdência e à assistência social, cabendo ao Estado, como dever finalístico de sua atuação e consoante o princípio constitucional da eficiência, zelar pela melhor destinação dos recursos públicos disponíveis. Nesse contexto, a Judicialização surge como importante fator para que o direito à saúde venha a ser efetivado (de acordo com os parâmetros constitucionais), seja através da salvaguarda direta do bem pretendido pelo cidadão enfermo, seja obrigando, ao menos de forma indireta, o Poder Executivo a ser mais eficiente na condução de suas políticas públicas.

Vale destacar que o aumento contínuo do grau de judicialização do direito à saúde tem permitido ao país responder positivamente à demanda e oferta de medicamentos da população, interferindo diretamente no orçamento público:

[...] o sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento (BARROSO, 2018).

Com o aumento da demanda judicial acabou envolvendo diversos entes federais e mobilizando um grande número de agentes públicos, incluindo advogados e servidores públicos. (BARROSO, 2018). No entanto, o mesmo autor explica: “O risco de judicialização, especialmente o risco de ativismo, envolve a legitimidade da democracia, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do sistema judicial para decidir certas questões

Portanto, as ações desta jurisdição acabarão por levar a uma situação complicada entre o Judiciário e o Executivo. A decisão do juiz será baseada no conteúdo garantido pela lei: Montesquieu ( 1962, p. 181 ) “A boca que lê o discurso jurídico não pode aliviar sua inanimada força biológica é isso é rigoroso

Já o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2018), Depois de perceber muitas ações judiciais em ações judiciais de saúde, ele sugeriu a criação de um tribunal especial sobre o assunto e sugeriu medidas destinadas a melhorar a eficiência das ações judiciais de saúde:

A especialização do Judiciário para cuidar das demandas advindas das relações jurídicas formadas a partir do exercício do direito à saúde é, certamente, o modo mais viável para sua efetivação e fruição. Com essa medida, o Judiciário – além de aproximar-se ainda mais dos dramas diários de milhares de pessoas – irá contribuir para humanizar o sistema de saúde, trazendo sentimento e vida para reinos da morte (como bem revelou infeliz frase proferida pelo representante do Conselho Federal de Medicina, Sr. Emmanuel Fortes Silveira Cavalcanti, em Audiência Pública realizada na Câmara dos Deputados no dia 24 de abril de 2012).

Recomendação n. 36, 2011 do Conselho Nacional de Justiça:

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar. O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições; CONSIDERANDO que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada e que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua 47 regulamentação, fiscalização e controle (arts. 197 e 199 da Constituição da República),[...]

A principal consequência da judicialização é a intervenção do Judiciário na gestão da saúde, o que afetará as políticas, planos e princípios do Judiciário, trará riscos à saúde dos cidadãos e se tornará um obstáculo ao uso racional dos recursos.

Por fim, a necessidade de judicialização da saúde é notória e inevitável, pois os direitos humanos à vida, à saúde e à dignidade são garantidos pela constituição federal e pelas obrigações estaduais. Se não forem concretizados, a intervenção humana no poder judiciário é uma medida a ser imposta na Constituição Federal.

Quando o estado não cumpre ou não consegue atender às necessidades de prestação de serviços à população, o judiciário tem a responsabilidade de proteger o direito básico à saúde

O acesso à justiça, inscrito no rol dos direitos fundamentais, ainda clama por efetividade, que só será alcançada quando os cidadãos tiverem consciência de seus direitos e puderem contar com um Poder Judiciário aberto a demandas populares emergentes, cada vez mais complexas, reflexo das contradições que permeiam a sociedade. Para isto, é necessário que o

operador jurídico, consciente de seu papel como agente de transformação social, abandone a feição retórico-legalista e o excessivo formalismo, que caracterizam a visão tradicional do direito, para, mediante uma hermenêutica flexível e criativa, construir uma 'práxis emancipatória', comprometida com a satisfação dos anseios da sociedade e com a concretização dos direitos fundamentais, sustentáculo da fórmula política do Estado Democrático de Direito (MARTINS, 2000, p. 163-169).

O autor Sarlet (2008, p. 13) também entende que a existência de fatos e restrições legais às possíveis reservas “significa que há uma certa relativização da efetividade e alcance da efetividade dos direitos da assistência social e, em última instância, conflitantes entre si. e serviços públicos, atendem a todos os direitos sociais básicos ”e segundo Gouvêa, as omissões relacionadas ao fornecimento de medicamentos podem ser justificadas:

No caso dos remédios, é imperioso reafirmar que, além de qualquer decisão política, cumpre ao administrador público proporcionar o acesso irrestrito aos medicamentos de caráter essencial, vinculados à noção de mínimo existencial, indispensáveis à manutenção das condições de vida condigna do indivíduo. Nos limites deste patamar mínimo, a disponibilização ou não do medicamento deixa de ser matéria discricionária, tornando-se plenamente judicial (GOUVÊA, 2018).

No mesmo sentido, os autores Sarlet e Figueiredo (2008, p. 217-218), elucidam que:

[...] não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre e de algum modo afetado pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes) e pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). Por outro lado, a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso. Em outras palavras é apenas retomando aqui o que já havia sido anunciado, em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas. Nesta linha de entendimento, além de significativa doutrina, também já se tem pronunciado a jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Quando ocorre o descumprimento pelos órgãos estatais da eficácia de direitos individuais ou coletivos, no caso em tela o direito à saúde, a concretização de tal direito é de responsabilidade do Poder Judiciário:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (LEAL, 2006, p. 169).

Outrossim, é de legitimidade do Poder Judiciário o controle dos atos do poder público que visem à efetivação de direitos fundamentais.

Os direitos sociais e fundamentais é de responsabilidade do Poder Judiciário a execução de atos que tutelam o direito à saúde e à vida:

[...] a atuação jurídica sempre se fará necessária quando existir risco à vida ou à higidez física ou psíquica do paciente, em virtude da não obtenção gratuita dos medicamentos ou da não realização do tratamento médico necessário. Neste caso, em se tratando de paciente hipossuficiente, poderá contar com assistência jurídica integral e gratuita, a ser prestada pela Defensoria Pública, para a satisfação plena do seu direito à saúde (ORDACGY, 2018).

Porém, a lista de medicamentos deve ser destacada e, caso o medicamento solicitado conste na lista RENAME, também deve ser verificado se o fornecimento do medicamento solicitado é da responsabilidade do sistema único de saúde.

Mesmo assim, com a efetivação do direito à saúde, o bem-estar individual não pode se diferenciar do coletivo, e com base no princípio da igualdade, algumas pessoas acreditam que "o direito à saúde é básico, mas não absoluto. (FIGUEIREDO, 2007, p. 212).

Embora o processo de judicialização tenha começado de forma coletiva no país, o que se observa atualmente é que o cidadão tem buscado de forma individual garantir seu direito à saúde, mesmo que recorrendo ao próprio Poder Público como forma de auxílio no processo. Os tribunais demonstram que há uma forte tendência do Judiciário em acolher as solicitações de prestações feitas ao Sistema Único de Saúde, inclusive com concessões de

liminares fundamentando-se, muitas vezes, na urgência/emergência da necessidade da prestação, acreditando evitar, desta maneira, que o usuário possa sofrer algum dano irreversível pela demora na prestação (TRAVASSOS, et al., 2018).

Outro grande ponto de discussão sobre o tema fornecimento e tratamento de medicamentos é que quando os juízes verificam as reais necessidades dos medicamentos e tratamentos exigidos neste artigo, eles ainda obedecem à lista de emergência e à autoridade de distribuição de medicamentos para determinar se estão corretos. Cada entidade federal visa não sobrecarregar o orçamento do réu.

Há um grande número de pedidos liminares (83,8%), quase sempre deferidos (91,2%), com alegação de urgência/emergência em quase todos (98,8%). A maioria das decisões foi favorável aos usuários (97,8%). As decisões estudadas demonstraram que o usuário tem buscado de forma individual garantir seu direito à saúde, recorrendo ao próprio poder público para a propositura da ação, mas percebe-se uma diferença de postura jurídica entre os tribunais avaliados. Há uma forte tendência do Judiciário em acolher estas solicitações (TRAVASSOS, et al., 2018).

Ainda assim, as autoras explanam que:

O conceito de urgência e emergência, definido pelo Conselho Federal de Medicina, considera a urgência como a "ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata" e emergência "a constatação de condições de agravo à saúde que impliquem risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato". Se nem mesmo neste conceito fica realmente fácil definir e diferenciar uma condição da outra, pode-se imaginar o que acontece com a percepção de um usuário e de um juiz ou desembargador no momento de emitir uma decisão. Como os próprios profissionais de saúde não têm a clara noção destes conceitos, o usuário vai utilizá-los de acordo com a necessidade ou percepção a respeito do seu próprio estado de saúde e sua experiência de vida. O mesmo, possivelmente, é o que acontece com o julgador ao proferir sua decisão no processo. Neste estudo, observou-se que, para a maioria das ações nas quais foi alegada urgência e emergência, houve o deferimento desses pedidos liminares, independentemente do tribunal. Enquanto a concessão da medida liminar pode causar danos ao erário, o indeferimento poderia causar um comprometimento irreversível da saúde, integridade física, dignidade da pessoa humana e, muitas vezes, da própria vida do cidadão. A urgência/emergência por si só pode acarretar resultados que podem ser desfavoráveis, tanto para o usuário como para o SUS, sobretudo pela exígua discussão do caso (TRAVASSOS, et al., 2018).

Assim, a judicialização da saúde parece ter múltiplos efeitos. Para o autor Timm (2008, p. 64), "a melhor solução para o problema da efetivação do direito



à saúde é a cobrança de impostos”, pois a justiça não tem motivos para tratar as pessoas em condições de saúde de forma diferente, usando assim Princípio da Igualdade.

Porém, apesar do impacto da judicialização, esta é uma medida tomada quando o direito à saúde é violado, cabendo ao Estado também a responsabilidade de garantir a saúde das pessoas.

É preciso também verificar algumas das limitações do judiciário em realizar o direito básico à saúde. Para garantir o direito básico à saúde, segundo Hesse (1991), a Constituição Federal estipula:

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek [...]. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. (1991, p. 25).

Portanto, a atuação do Judiciário deve ser equilibrada na busca dos direitos individuais de forma a não onerar o orçamento público a ponto de inviabilizar a atuação nacional, o que precisa ser considerado na Constituição Federal de 1988. Incluindo o sistema de freios e contrapesos adotado.

O que se deseja é destacar a imprescindibilidade do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde nos casos concretos, diante da reiterada omissão do Estado no seu dever de garanti-lo. Quem bate às portas do Judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento o faz porque o Estado negar-lhe tal prestação. (SOUZA, 2009).

O Judiciário não tem acesso às políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, permitindo que os indivíduos solicitem a extrapolação de toda a constituição federal, anulando os direitos de toda a comunidade. Portanto, há uma necessidade de diálogo entre o departamento de saúde pública, defensores públicos, o ministério público nacional e o judiciário para desenvolver boas práticas que possam aliviar o caos que ocorre quase todos os dias.

## CONCLUSÃO

Com a efetivação do presente trabalho foi compreendida a importância do direito fundamental à saúde e a relevância do Poder Judiciário para obtenção de medicamentos à população.

Logo o Poder Judiciário é ferramenta essencial e garantidor do direito à saúde, sem restrições aos limites estatais quando se referirem a direitos sociais e fundamentais garantidos pela nossa Constituição Federal.

O aumento da demanda judicial indica que há deficiências na implementação do sistema e das políticas públicas de saúde. Diante da insuficiência das regulamentações estaduais, o Judiciário usa o pretexto de salvaguardar a eficácia das garantias constitucionais para obrigar o Estado a cumprir suas decisões.

A discussão sobre o acesso à saúde por meio do sistema judiciário brasileiro tornou-se um meio amplamente utilizado para a concretização do direito à saúde. O número de ações judiciais relacionadas à judicialização da saúde aumentou exponencialmente. O aumento substancial das exigências judiciais prova que os órgãos judiciais têm se utilizado como uma ferramenta eficaz para a efetivação do direito à saúde.

Tal decisão tem um grande impacto no orçamento público, afeta o todo e prejudica as pessoas que procuram os serviços judiciais. A principal consequência da judicialização é a intervenção do Judiciário na gestão da saúde, o que afetará as políticas, programas e princípios do Judiciário, trará riscos à saúde dos cidadãos e se tornará um obstáculo ao uso racional dos recursos.

Portanto, na busca da legislação individual, é necessário buscar um equilíbrio entre a atuação do Poder Judiciário para não sobrecarregar o orçamento público e inviabilizar o desempenho nacional.

Sistema de freio e contrapeso implícito na Constituição Federal 1988, sendo o Judiciário não consegue formular as políticas públicas ora formuladas pelo Poder Executivo, permitindo que as demandas individuais extrapolem a própria Constituição Federal, anulando os direitos de toda a comunidade.

Fica evidente que há necessidade de diálogo entre a secretaria de saúde pública, a defensoria pública, o Ministério Público Estadual e o judiciário para desenvolver boas práticas que possam aliviar o caos descrito quase diariamente.

O artigo 196 da Constituição Federal garante que “a saúde é direito de todos e obrigação do Estado, por meio de políticas sociais e econômicas voltadas à redução do risco de doenças e outros agravos, e acesso universal e igualitário à promoção, e proteção dessas doenças e de outras lesões e ações e serviços que são garantidos. No entanto, embora o sistema único de saúde forneça uma ampla gama de medicamentos gratuitamente, a demanda da população por medicamentos tornou-se excessiva, de modo que as pessoas que não têm acesso a tratamento e medicamentos podem ser usados como meio de exercer o poder judiciário.

Porém, em alguns casos, as operações de drogas e tratamentos podem prejudicar a comunidade para garantir o atendimento a uma pequena parte da população ou a apenas uma pessoa, pois essas operações chegam sozinhas à autoridade judiciária, cabendo ao magistrado julgar as necessidades dos direitos do autor.

Portanto, deve sempre avaliar cuidadosamente as decisões do tribunal. Além disso, quando o Estado silencia ou não presta serviços de saúde à população, o judiciário tem a responsabilidade de garantir o direito básico à saúde quando provocado. Mesmo que haja escassez de recursos ou de políticas públicas, teoricamente é uma violação do princípio das possíveis reservas e da separação de poderes. Porém, quando o medicamento não é fornecido administrativamente, ou seja, quando a área administrativa não cumpre suas atribuições, qualquer pessoa pode pleitear em juízo o direito a ser cumprido, devendo este meio ser visto de uma forma positiva, vez que cumpre o estabelecido em nossa Lei Maior, diminuindo as desigualdades.

Conclui-se que os limites do Estado para efetivação do direito fundamental à saúde são inválidos, visto que o Poder Judiciário é garantidor dos direitos em ações desta competência, não devendo prevalecer a carência de recursos como impeditivo de proteção ao direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- AGRA, W. M. **Manual De Direito Constitucional**. Coordenadores: Ives Granga Da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Valder Do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AITH, Fernando. Curso De Direito Sanitário – **A Proteção Do Direito à Saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes De. **Competências Na Constituição De 1988**. 3 ED. São Paulo: Atlas, 2005.
- AMARAL, Gustavo Apud Schwartz, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação Em Uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado. 2001.
- ANDRADE, Eli Lola Gurge et. al. **A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: Gestão da clínica e medicalização da justiça**. Rev. Minas Gerais, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David *et.al.* **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARCELLOS, Ana P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 04 maio 2021.
- BERGONZI, Géssica. **A judicialização da saúde como garantia da efetivação de direito fundamental**. Lajeado: Centro Universitário Univates. 2015.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O papel do poder judiciário na afirmação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BONTEMPO, Alessandra G. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRASIL. Lei nº 8.142. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis)
- BRASIL. Lei no8.080.Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis)

BRASIL. Art. 6º. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/constituicao/constituicao](http://www.planalto.gov.br/constituicao/constituicao)

BRASIL. Art. 198. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: [www.senado.leg.br/con1988/con1988\\_06.06.2017](http://www.senado.leg.br/con1988/con1988_06.06.2017)

BRASIL. Art. 197. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: [www.senado.leg.br/con1988/con1988\\_03.07.2019](http://www.senado.leg.br/con1988/con1988_03.07.2019)

BRASIL. Art. 37. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [www.senado.leg.br/con1988/con1988\\_12.07.2016](http://www.senado.leg.br/con1988/con1988_12.07.2016)

BRASIL. Art. 102. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [www.senado.leg.br/con1988/con1988\\_07.05.2020](http://www.senado.leg.br/con1988/con1988_07.05.2020)

BRASIL. Art. 102. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [conselho.saude.gov.br/legislacao/constituicaoofede](http://conselho.saude.gov.br/legislacao/constituicaoofede)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenação de Análise de Jurisprudência. Rel. Ministro Celso de Mello. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>

BULOS, Uadi L. **Constituição federal anotada**. 5. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão de Motta Armiliato de. Riscos da super litigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. **Revista Defensoria Pública**. São Paulo. n. 1. 2008.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Judicialização da saúde**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83333-conselho-aprova-nova-resolucao-para-reduzir-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 08 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **A intervenção judicial na garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**, 20 ed. revisada e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: leis nº 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. Jus Navigandi, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 04 maio 2021.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. > Acesso em: 04 maio 2021.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, Editora Frabris, 1991.

HOFLING, Eloísa de Mattos. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Caderno Cedes, ano XXI, 2001.

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

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

LEAL, Rogério G. L. **O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais**. : SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre, vol. I tomo I, 2006.

LEIVAS, Paulo G. C. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIRA, Marcelo. **A implementação de políticas públicas pelo poder judiciário e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)> Acesso em: 08 maio de 2018.

MARTINS, Leonardo R. **Operadores do Direito e Mudança Social**. In: Revista Themis, n. 1, Fortaleza: Esmec, 2000.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Medicamentos Essenciais a importância da seleção**: OMS (Organização Mundial da Saúde) Perspectivas Políticas sobre Medicamentos. Ginebra: OMS, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis: as normas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo**

**versus parlamentarismo.** Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NETO, Jorge. **O direito fundamental à saúde e sua limitação pela teoria da reserva do possível.** Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18372](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18372)> Acesso em: 04 maio 2018.

NEVES, Diemerson Leonardo da Silva. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: a obtenção de tratamentos pela via judicial.** Barbacena: Unipac, 2012.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 353-366.

ORDACGY, André da S. **O direito humano fundamental à saúde pública.** 2018. Disponível em: < <http://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/view/102> > Acesso em: 08 maio 2018.

PAIM, Jairnilson Silva. A reforma sanitária e os modelos assistenciais. **In: Saúde Coletiva.** Textos Didáticos (L. M. Vieira-da-Silva, org.), Salvador: Centro Editorial e Didático, Universidade Federal da Bahia, 1994.

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

\_\_\_\_\_. **Relação Nacional de medicamentos Essenciais.** Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_renam\\_e\\_2017.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_renam_e_2017.pdf)>. Acesso em: 04 maio de 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade.** São Paulo: Cortez, 1996.

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

SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de. **O acesso às prestações de saúde no Brasil :** desafios ao poder judiciário. Audiência Pública nº 4, 27 abr. 2009.

Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr.\\_Antonio\\_Fern.](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fern.)>. Acesso em: 04 maio de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Lenir. Saúde: **Conceito e Atribuições do Sistema Único de Saúde.** 2005. Disponível em: [www.stf.jus.br/processoAudienciaPublicaSaude/anexo](http://www.stf.jus.br/processoAudienciaPublicaSaude/anexo) [https://conselho.saude.gov.br/web\\_sus20anos/sus.html](https://conselho.saude.gov.br/web_sus20anos/sus.html) >. Acesso em: 04 maio de 2021.

SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de. **O acesso às prestações de saúde no Brasil** : desafios ao poder judiciário. Audiência Pública nº 4, 27 abr. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr.\\_Antonio\\_Fern.](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fern.)>. Acesso em: 04 maio de 2018.

SARLET, Ingo W.; FIGUREIREDO, Mariana F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em 04 maio de 2018.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.  
\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175-CE. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 04 de maio de 2018.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1053, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8382/o-direito-a-vida-e-as-obrigacoes-do-estado-em-materia-de-saude>>. Acesso em maio 2018.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TIMM, Luciano. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais**: uma perspectiva de direitos e economia? Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.