

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA**

**Adriano Anício Pimenta de Andrade**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: a importância da intervenção  
jurisdicional na garantia desse direito no Brasil**

**IPATINGA/MG  
2021**

**ADRIANO ANÍCIO PIMENTA DE ANDRADE**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: a importância da intervenção  
jurisdicional na garantia desse direito no Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Faculdade de Direito de  
Ipatinga – FADIPA, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Wellington Campos Verneque

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA  
IPATINGA/MG  
2021**

*Dedico esse trabalho aos meus pais, que jamais me abandonaram e que sempre me deram suporte nos momentos mais difíceis. Dedico ainda, ao meu irmão, a conclusão desse trabalho, já que fui por ele, constantemente incentivado.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, por ter conseguido finalizar esse trabalho. Para trabalhar é necessário que, antes de tudo, se esteja vivo. Agradeço também aos meus pais que me incentivaram continuamente nos vários meses nos quais essa monografia fora desenvolvida. Não posso deixar de fora desses agradecimentos a própria FADIPA, que me deu as condições e as orientações necessárias para a execução desse difícil projeto. Sou grato também ao meu orientador, o professor Wellington Verneque, que me indicou os caminhos e as ferramentas necessárias para a presente pesquisa.

## RESUMO

O presente trabalho busca entender o fenômeno da judicialização da saúde no território nacional. Buscou-se, desde o primeiro momento, fazer uma análise precisa sobre a natureza do fenômeno previamente citado, a fim de entender as suas causas e consequências no ordenamento jurídico brasileiro. No cerne da questão está a atuação do poder judiciário, que foi analisada nesse trabalho através da reunião de posições de juristas e doutrinadores sobre o tema. Além disso, foi feita uma reunião de jurisprudência sobre o assunto aqui discutido, a fim de que se entenda, em primeira perspectiva, se a judicialização é um fenômeno legítimo, e em segundo plano, se tal acontecimento tem limites legais ou não. Toda a origem da discussão se refere à dificuldade da Administração Pública em fornecer medicamentos e insumos hospitalares aos pacientes que buscam tais recursos. A relevância da matéria está diretamente relacionada ao aumento vertiginoso das ações de saúde no país e às emergentes discussões sobre o tema nos tribunais e entre diversos juristas brasileiros.

**Palavras-chave:** Judicialização da Saúde. Intervenção jurisdicional. Garantia. Direito. Brasil.

*“O maior erro que um homem pode cometer é sacrificar sua saúde por qualquer outra vantagem”.*

*(Arthur Schopenhauer).*

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	07
2 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA.....	09
3 A RESERVA DO POSSÍVEL NO CONTEXTO BRASILEIRO .....	15
4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....	24
5 DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA.....	32
6 CONCLUSÃO .....	40
REFERÊNCIAS.....	42

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de acesso á saúde está amplamente documentado no ordenamento jurídico nacional e internacional. A Carta Magna dispõe sobre essa matéria em seu artigo 196, sendo importante ressaltar que tal tema está disposto também na lei orgânica da saúde. Cabe enfatizar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos entende que tal direito está diretamente arraigado ao próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

É fato de conhecimento notório que, na era contemporânea, o debate acerca do acesso à saúde tem ganhado cada vez mais relevância no âmbito nacional. Tal fenômeno também adentrou, de maneira intensa, no âmbito das discussões jurídicas do país, compreendendo tanto os debates que ocorrem no escopo doutrinário quanto aqueles que se aplicam aos casos concretos, quais sejam os derivados das decisões e entendimentos jurisprudenciais dos mais diversos setores do judiciário brasileiro.

Cumprе ressaltar que a intensificação da discussão acerca do referido tópico é causada, em grande parte, pela inércia da Administração Pública em atender aos comandos constitucionais e ao Estado de confusão sob o qual se encontram o gerenciamento do Sistema Público de Saúde e a edição de políticas públicas referentes ao assunto.

Tendo em vista a situação de crise enfrentada pelo país no que diz respeito à garantia do acesso à saúde, ficou evidente que o judiciário acabou por ocupar o espaço vazio deixado pelo Executivo no que diz respeito à tutela desse direito fundamental.

Nesse contexto essa monografia busca investigar, em primeiro plano, se a judicialização se constitui em ingerência indevida do judiciário na esfera de outros poderes. A partir desse ponto, o trabalho busca ainda investigar quais são os limites da intervenção jurisdicional em matéria de saúde pública e por fim entender se a judicialização é, no presente momento, uma solução definitiva para garantir o acesso aos insumos hospitalares e medicamentos negados pelo Estado, ou se tal medida possui apenas caráter paliativo, evidenciando uma falha estrutural na forma como o governo administra os seus recursos.

Os dois primeiros capítulos tratarão sobre a inexorável relação existente entre os institutos da reserva da possível e do mínimo existencial, analisando o conceito,



origem e aplicabilidade desses institutos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como pano de fundo a sua relação direta com o instituto do direito constitucional à saúde.

O terceiro capítulo versará sobre o fenômeno da judicialização da saúde propriamente dito, enfatizando as opiniões de doutrinadores sobre a matéria sob os aspectos da legitimidade de tal medida e de seus efeitos práticos, considerando diferentes visões sobre o tema.

Por fim, no capítulo final se fará uma análise das decisões judiciais mais relevantes sobre o tema, a fim de se abstrair em quais pontos o poder judiciário tem concedido ou negado o acesso à saúde pela via jurisdicional.

## 2 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA

A discussão acerca do tema da judicialização da saúde é, certamente, indissociável da análise de dois importantes institutos presentes na seara do direito brasileiro: o mínimo existencial e a reserva do possível. A fim de que se possa introduzir a noção da natureza do mínimo existencial, é oportuno discorrer, primeiramente sobre a noção de dignidade.

O mínimo existencial se constitui em espécie de matéria transcendental, profundamente arraigada na natureza humana, de modo que os elementos constitutivos e formadores da noção do que vem a ser tal mínimo, podem ser entendidos como aqueles cuja esfera não é passível de ser suprimida pelos estados democráticos, ou seja, trata-se de espécie de prestação inegociável e fundamental na promoção de uma vida digna para os cidadãos e acima de tudo, na promoção e busca da felicidade. (MORAES, 2013).

Percebe-se em um primeiro momento que o mínimo existencial, compreende, portanto, as características capazes de proporcionar uma vida digna aos seres humanos, tratando-se, portanto de matéria garantidora de direitos. Cabe ressaltar ainda que, conforme exposto anteriormente, o conceito de dignidade se relaciona profundamente com a noção metafísica de busca e preservação da felicidade e satisfação pessoal, que são indissociáveis da própria noção de humanidade.

O mínimo existencial é um direito fundamental de natureza essencial. Tendo em vista que ele possui tais propriedades é oportuno dizer que ele não necessita de lei para ser obtido, já que é, de maneira idiossincrática, relativo ao ser humano. (NASCIMENTO, 2013).

O caráter transcendental do mínimo existencial fica evidente quando se analisa o que ele é, e quais são as consequências naturais da sua existência: é simultaneamente o conjunto de valores que conferem dignidade a um ser humano, valores estes, que quando são ignorados, acabam por tornar relativamente impossível a vida em sociedade e a própria existência do Estado. Como anteriormente citado o mínimo existencial é matéria que não pode ser negociada quando se concebe em sentido amplo a existência de uma democracia. É um valor finalístico dos Estados democráticos modernos.

A colocação acima exposta vai de encontro ao entendimento de Alexandre de Moraes, já que considera a noção do mínimo existencial como matéria de cunho

supralegal, capaz de transcender de maneira considerável o conteúdo disciplinado em legislação positivada. Percebe-se claramente, a estreita ligação existente entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, que não pode ser suprimida.

É necessário ainda que aos cidadãos sejam dadas as possibilidades de se desenvolverem enquanto seres humanos. O combate à indignidade é elemento central da configuração do mínimo existencial, não só por ser situação almejável mas, sim por ser, além disso, uma determinação legal, expressamente determinada na Constituição de 1988. É lógico se depreender de tal colocação que a positivação dos valores integrantes no âmbito do mínimo existencial, é, portanto forma de proteger tais condições de dignidade, afastando-as completamente de qualquer tentativa de supressão e de eventuais debates políticos que tenham por objeto, limitar garantias. (BARCELLOS, 2002).

O entendimento da doutrinadora traz ainda mais clareza à noção do mínimo existencial, já que demonstra que a garantia dos direitos de seu escopo se encontra disposta em diversos pontos da lei, sendo que tais disposições tiveram como objetivo implícito limitar a erosão dos direitos através do decurso do tempo.

A referência feita pela autora à presença do mínimo existencial na Constituição Brasileira de 1988 revela um importante aspecto desse instituto: a relevância da matéria enquanto âncora da manutenção e preservação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Analisando a questão sob o prisma da hierarquia das normas de direito positivo que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, chega-se à conclusão de que o instituto aqui analisado age de modo a impedir eventuais incursões do próprio governo em matérias de caráter inegociável no âmbito dos direitos humanos. Ora se se toma como premissa que todas as normas legais se encontram em um sistema hierárquico, fica patente que a conclusão lógica desse arranjo material implica que, quaisquer normas ou atos executivos que busquem ou visem restringir direitos fundamentais acabarão por, mais cedo ou mais tarde, se tornarem obsoletos, conforme ressalta Barcellos. O fato de a CRFB/1988 ter tratado da matéria supramente citada comprova que os direitos relativos ao mínimo são intocáveis e funcionam ao mesmo tempo como garantia de inviolabilidade futura de seu próprio conteúdo.

Em consonância ao entendimento de Ana Barcellos cabe invocar o posicionamento de Torres (1989, p. 35) que complementa a afirmação expressando que o mínimo existencial possui a particularidade de tanto gozar de proteção

contra atos prejudiciais do Estado (esfera negativa), quanto de demandar prestações do Estado a fim de que se concretizem as condições para uma vida minimamente digna:

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de status negativus e de status positivus, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa.

Depreende-se da citação acima a importância da atuação do Estado em garantir direitos, seja por meio de suas ações, garantidos que a norma positivada alcance eficácia prática, seja por meio de suas omissões, ou mais precisamente, das prestações negativas, optando por não agir em circunstâncias que acarretem o retrocesso em matéria de direitos. Conforme exposto anteriormente em declarações e entendimentos de outros autores verifica-se que o mínimo existencial possui caráter positivo e negativo, o que o torna, sem dúvida, uma matéria de caráter bastante complexo. Cabe ao Estado agir em conformidade com a Constituição e em consonância com os valores democráticos do Estado contemporâneo, agindo, portanto em duas frentes: garantindo os direitos e as matérias relacionadas ao bem estar e à dignidade da pessoa humana por meio de ações de cunho positivo (status positivo), e impedindo os esforços das forças contrárias à manutenção das garantias fundamentais (status negativo).

Scaff (2005, p. 85) vai ao mesmo sentido da colocação de Ricardo Lobo Torres e afirma que “o atendimento de necessidades básicas como educação, saúde, habitação, saneamento etc. devem ser atendidas pelo Estado”. Scaff (2005, p. 88) ainda complementa afirmando que “o conceito de mínimo existencial ancorado no primado da liberdade, deve possuir maior amplitude naqueles países que se encontram na periferia do capitalismo”, ou seja, evidencia que nos países pobres a presença do Estado é ainda mais indispensável para possa ser alcançada uma vida digna.

Pelo entendimento de Scaff o tema aqui analisado ganha contornos mais concretos e deixa, paulatinamente, o campo quase que completamente teórico no qual se concentrou a análise do tema até aqui. O autor indica alguns dos direitos e propriedades que são diretamente responsáveis pela constituição daquilo que se entende como uma vida digna na era contemporânea, quais

sejam o direito à moradia, educação e é claro, saúde. Da exemplificação depreende-se que as naturezas dos direitos fundamentais aqui tratados possuem, aparentemente, natureza banal, mas são imprescindíveis para a constituição da vida humana, sendo importante ressaltar que todas as outras necessidades humanas decorrem, indiretamente, daquelas que se situam no mesmo grupo dessas anteriormente citadas.

O papel do Estado na manutenção desses direitos nos países, como ele próprio enunciou, que se situam na periferia do mundo moderno, acaba por se tornar indispensável. A observação empírica do cotidiano brasileiro revela que o país não faz parte do seleto grupo de países que são capazes de suprir de forma plena as necessidades dos cidadãos. Desse modo fica patente a necessidade cada vez maior do Estado de atuar de forma enérgica de maneira a garantir e evitar a erosão dos direitos fundamentais.

Oliveira (2006, p. 251) estabelece que “As políticas públicas são providências para que os direitos se realizem” e complementa em seguida que o objetivo do processo é garantir que “as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”, ressaltando no caso a importância da ação do Estado na materialização dos direitos.

A presença do mínimo existencial se dá também no âmbito internacional de modo que acaba sendo oportuna para o desenvolvimento de políticas públicas na área dos direitos humanos e da preservação da dignidade humana, sendo, portanto uma aliança fundamental para o desenvolvimento do bem estar social nos estados modernos. (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010).

É importante ressaltar que existem disposições relativas à noção do mínimo existencial em legislação estrangeira. A declaração dos Direitos humanos, em seu artigo XXV estabelece o seguinte sobre o tema:

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

Percebe-se a partir do fragmento supracitado que o direito à saúde se encontra presente entre os elementos conferidores de condições de dignidade ao ser humano. A presença do direito à saúde evidencia também a

irredutibilidade das condições de dignidade, já que por mero silogismo é possível deduzir que um ser humano sem a saúde em estado adequado se encontra absolutamente privado de participar de quase todas as esferas da sociedade, uma vez que se encontra em situação de extrema vulnerabilidade.

A constatação de que a falta de saúde gera vulnerabilidade pode ser encontrada no próprio dispositivo (art. XXV) que assinala a importância dos “cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis” para a consolidação de uma vida digna.

O artigo 196 da Constituição Federal dispõe da seguinte forma sobre a saúde.

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.

Fica patente, a partir da análise do fragmento a presença de dois aspectos importantes, quais seja a universalidade da saúde, isto é, tal direito deve em tese assistir à todos os cidadãos e o papel do Estado enquanto mentor das políticas públicas que possam concretizar tal direito.

Além do dispositivo supracitado a incumbência do Estado em garantir a o direito aqui discutido é evidenciada também na Lei Orgânica da saúde do Brasil, onde mais uma vez é enfatizado o papel do Estado na efetivação desse direito.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.  
§1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990).

Cabe ressaltar ainda que a saúde se insere no rol dos direitos sociais, o que é evidenciado pelo sexto artigo da Constituição da República:

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

Percebe-se que pela redação do artigo o direito à saúde adquiriu a estatura de direito social sendo acompanhado por outros direitos fundamentais, quais sejam a alimentação e a proteção à maternidade e à infância, ou seja, tal direito é de imprescindível importância na vida dos indivíduos.

A fim de que se tenha uma melhor noção do que representa o acesso à saúde no Brasil é oportuno ainda destacar que tal direito pode ser classificado como um direito social, cabendo no caso invocar a lição José Afonso da Silva (2013, p.288), que em palavras claras e concisas, estabelece o entendimento que tais direitos possuem natureza social, isto é, são prestações incumbidas ao Estado que visam, sobretudo, proporcionar e possibilitar que no estamento burocrático brasileiro seja alcançada a melhoria das condições de vida e a dignidade da pessoa humana.

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade.

Cabe ressaltar ainda que embora a noção de mínimo existencial possa variar é notável o fato de que certas prestações outorgadas ao Estado Democrático de Direito são fundamentais para a garantia de uma vida humana digna (OLSEN, 2006, p. 344). Depreende-se da afirmação da estudiosa que certos direitos devem ser garantidos pelo Estado, concluindo-se no caso que a saúde está inclusa neste grupo já que se relaciona com a vida e bem estar dos indivíduos.

### 3 A RESERVA DO POSSÍVEL E O CONTEXTO BRASILEIRO

Além da análise da questão do mínimo existencial e a delimitação do direito à saúde enquanto direito social é imprescindível discorrer sobre a noção da ideia da reserva do financeiramente possível. A história do princípio da reserva do possível, sua importação por parte do Brasil e a sua aplicabilidade nos sistemas jurídicos e administrativos do país se constituem em espécies de preliminares para o estudo da questão da judicialização da saúde, de modo que a sua discussão é pré-requisito na análise do tema. O entendimento do conceito desse princípio se faz necessário para o prosseguimento da discussão.

O princípio da reserva do possível tem origem na doutrina germânica e pode ser sucintamente conceituado como o dispositivo que vincula ou limita a concretização de prestações estatais em função da reserva financeiramente disponível nos cofres da Administração Pública. Seu surgimento se deu quando do julgamento de uma demanda que pleiteava o acesso universitário por parte de um estudante Alemão. (CALIENDO, 2008).

Sarlet (2008) define o princípio da reserva do possível da seguinte maneira:

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 Vor-behalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia 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 da reserva do possível não constitui justificativa para que o Poder Executivo possa se eximir das obrigações impostas pela Constituição e pela Lei de Execução Penal. A referida cláusula apenas é aplicável em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, devendo ser prontamente afastada quando a sua adoção implique violação ao núcleo essencial dos direitos constitucionais fundamentais governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Pelas palavras do doutrinador é possível perceber nitidamente que há uma clara diferença entre a negativa de concessão de um direito fundamental de outra prestação que, por sua natureza, não se insere neste contexto. É notável o fato de que a negativa só pode se dar quando se verifica a presença de um justo motivo. Ressalta-se ainda que o suposto motivo deva ser investigado e aferido,



a fim de que seja estudada a sua razoabilidade. Por fim, ainda que exista a verificação, se tal motivo for parte integrante do núcleo dos direitos fundamentais, é oportuno destacar que qualquer tentativa de suprimi-lo importará em violação do mínimo existencial, e, portanto tornará ilegítima a alegação da reserva do financeiramente possível, já que restou comprovado que a finalidade não era sanear as contas do Estado, mas sim suprimir direitos se valendo de um artifício retórico.

Em que pese se tratar de matéria limitadora de gastos públicos, cumpre ressaltar que o referido princípio teve, em sua, gênese, o objetivo de equilibrar os custos administrativos a fim de proporcionar que o Estado não entrasse em processo de colapso. Tratava-se, portanto de princípio fundamental na manutenção da ordem orçamentária do Estado.

Existe notória ligação entre o âmbito da concretização dos direitos e as formulações das políticas públicas, políticas estas que se constituem em meios para, através do emprego dos limitados recursos orçamentários, satisfazer as ilimitadas necessidades do povo. Tendo em vista que a satisfação das referidas necessidades envolve o gasto de recursos orçamentários, fica notório, a partir da análise da Carta Magna que as políticas de Estado estão vinculadas à manutenção da dignidade da pessoa humana. (BARROS, 2008).

Tendo em vista que o próprio conceito daquilo que vem a ser o Estado moderno, considerado a partir da sua observação como ente necessário, e, portanto capaz de assegurar o bem estar social dos indivíduos, se relaciona com a consideração de Barros, fica evidente que é obrigação deste ente, garantir a sobrevivência dos indivíduos. Ressalta-se, portanto, que a reserva do possível nunca deve ser considerada isoladamente quando o objetivo é justificar a aplicação de determinados gastos públicos em uma área em detrimento da outra. Em síntese, a ideia de equilíbrio fiscal é indissociável da satisfação das necessidades coletivas. A reserva do possível nunca deve ser um fim, mas sim um meio na garantia de que os recursos sejam alocados da forma mais eficiente e eficaz possível, já que o atual estágio civilizatório já suplantou a noção de que o governo deve se preocupar apenas com as questões incidentais do convívio social, tais qual a propriedade privada e a liberdade. No mundo moderno a garantia da saúde é fundamental.

Ocorre que a aplicação do princípio da reserva do possível feita pelo Brasil desconsiderou uma série de fatores fundamentais que acabaram por deturpar sua

original intenção. Na importação do princípio da reserva do possível da Alemanha pelo Brasil se verificou um paradoxo, já que no país europeu não se observa um constante Estado de caos social e a presença de milhões de cidadãos socialmente excluídos. (KRELL, 2002, p. 108).

Tendo em vista a gritante diferença existente entre o Estado de bem estar social alemão e o ainda recente Estado democrático brasileiro, é notável que a adaptação de tal ideia de responsabilidade fiscal acabaria por, no mínimo, se desviar do seu intento original. O que acontece frequentemente no país é o uso da reserva do possível para se eximir da obrigação estatal de proporcionar uma vida digna, negando ao cidadão o acesso aos recursos básicos para a concretização de um padrão de vida minimamente aceitável, como o direito ao acesso a serviços e insumos hospitalares.

Cumprе ressaltar que a concretização dos direitos sociais originários não pode ser obstada, no território, nacional pela invocação da reserva do possível ou outros princípio de responsabilidade orçamentária. (CUNHA JR, 2008).

Ocorre que, no Brasil, por motivos relacionados à má administração e à corrupção, o acesso à saúde acabou por se tornar cada vez mais difícil, o que deu margem para que o problema fosse transferido da via administrativa para a via judicial, uma vez que em muitos casos o acesso aos serviços hospitalares é urgente e precisa de decisões rápidas.

A decisão judicial que ocorre em contextos nos quais o poder público se afasta das suas diretrizes originárias é, de certa forma imbuída da presença de uma legitimidade de natureza efetivamente material, legitimidade esta profundamente atrelada ao regime democrático e ao sistema de eleição por representação. (APPIO, 2005).

É notável o fato de que o poder judiciário possui, nas sociedades livres, a regular atribuição de verificar se o poder executivo está agindo em conformidade com as disposições legais, somando-se a essa a verificação a necessidade de que seja realizada outra averiguação, esta de natureza de certificação moral dos atos praticados (que se refere ao princípio da moralidade administrativa).

Tendo em vista que tais atribuições são inerentes àquilo que se entende hoje por exercício jurisdicional, fica patente que o judiciário goza de legitimidade ainda maior na tomada dessas decisões quando se verifica um desvio de diretriz praticado pelo poder executivo, ou seja, um desvio de curso. Tal desvio de curso

ofende a qualidade do Estado como ente garantidor tanto nas esferas positivas, quanto negativas, já que o ente público pode tanto se omitir na sua obrigação de garantir os direitos, usando nesse caso artifícios diversionistas, quanto agir de modo a suprimir a efetividade dos direitos fundamentais através da erosão lenta e continuada daquilo que se entende hoje, nas sociedades ocidentais, como o mínimo existencial.

Acreditar que os administradores estão unicamente preocupados com a concretização dos direitos fundamentais é ingenuidade. O Brasil é repleto de políticos oportunistas e de corrupção sistêmica. No Brasil além de se considerar os problemas relativos ao uso deficiente do dinheiro público, é preciso olhar também para o problema da corrupção que afeta negativamente a concretização dos direitos fundamentais (CAMBI, 2009).

Sobre a aplicabilidade da reserva do possível em contraposição aos direitos fundamentais o ministro Ricardo Lewandowski no Recurso Extraordinário n. 592.581/RS apreciado pelo STF expressou o seguinte:

A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado.

A análise da decisão do ministro Ricardo Lewandowski vai de encontro aos pontos expostos na doutrina de Sarlet no presente capítulo. Na decisão se verifica a existência dos mesmos motivos existentes nas negativas dadas pelo Estado a fim de se eximir da prestação dos direitos fundamentais, quais sejam a incapacidade do Estado em fornecer o serviço e a sua incapacidade financeira. A declaração do Ministro do STF refuta tais pontos na medida em que expõe que a mera invocação do princípio da reserva do possível não possui força probatória, por si só, para eximir o Estado da obrigação de cumprir com as prestações dos direitos fundamentais.

No entendimento do ministro a alegação da reserva do financeiramente possível só teria eficácia se fosse acompanhada da existência de provas expressas de que os recursos inexistem. Além disso, seria imprescindível no

caso demonstrar o porquê as decisões políticas tomadas pelo ente administrativo inviabilizaram a referida prestação.

É fato que no mundo real, a maioria desses requisitos não são cumpridos, motivo pelo qual a judicialização da saúde só aumenta no território nacional.

No mesmo sentido do ministro Ricardo Lewandowski o ministro Celso de Mello, quando relator da ADPF-MC/DF 454 em seu voto expressou o seguinte:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A decisão do ministro Celso de Mello aborda outros aspectos relativos às limitações orçamentárias. Um ponto notável na decisão é a preocupação do ministro em impedir que as sucessivas negativas em cumprir a efetivação dos direitos fundamentais acabem por erodir a qualidade de vida dos cidadãos.

Esse fenômeno se deve em parte ao fato de que as reiteradas negativas por parte do Estado em cumprir o que está disposto na Constituição acabam por criar um sentimento de desconfiança na população, gerando o falso entendimento de que o Estado realmente é incapaz de fornecer o acesso aos recursos mais básicos, e, portanto não tem culpa pelas decisões políticas equivocadas.

A possível aniquilação dos direitos resultante dessa conduta, e apontada pelo ministro, está ligada ao fato de que a incompetência administrativa, potencializada pelo fenômeno da corrupção vai paulatinamente reduzindo a quantidade de direitos presentes no mínimo existencial, dissociando o direito positivo da vida cotidiana, o que acarreta a criação de um estado cleptocrata e incapaz de proporcionar uma vida digna aos cidadãos.

Outra decisão que vai de encontro ao disposto naquelas anteriormente citadas é a seguinte:

CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO - IMPOSIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO.  
Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia o dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve

aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana.

Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Lei Orgânica do Município - artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente - artigo 54, inciso IV. Publique-se. (STF, Decisão Monocrática, RE nº 356.479-0, Rel. Min. Marco Aurélio. J. em 30/04/04, DJU em 24/05/04).

Ressalta-se no julgado a posição do Ministro Marco Aurélio em rechaçar com veemência a insistência do Estado, aqui representado na figura do município em negar o atendimento às crianças que precisam se utilizar dos serviços das creches e pré escolas. Embora tal decisão não verse especificamente sobre o direito à saúde é notório observar que a lógica seguida pelo julgamento foi a mesma utilizada nas decisões proferidas pelos outros ministros.

Outra decisão interessante partiu do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. ECA. MEDICAMENTO. DIREITO A SAUDE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES ESTATAIS. INDISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA.

Caso concreto. Fornecimento de TRATAMENTO MÉDICO INTERDISCIPLINAR, bem como o custeio das DESPESAS COM TRANSPORTE ATÉ A CLÍNICA, nas quantidades receitadas, enquanto perdurar a patologia. TRANSTORNO GLOBAL DO DESENVOLVIMENTO (AUTISMO), conforme laudo médico. Direito à Saúde. A condenação do Poder Público para que forneça tratamento médico ou medicamento à criança e ao adolescente, encontra respaldo na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Legitimidade passiva e Solidariedade. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde, não havendo razão para cogitar em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles. Nem mesmo se o remédio, substância ou tratamento postulado não se encontra na respectiva lista, ou se encontra na lista do outro ente. Direito, Política e Indisponibilidade Orçamentária. A falta de previsão orçamentária do estado para fazer frente às despesas com obrigações relativas à saúde pública revela o descaso para com os administrandos e a ordem constitucional, e que não afasta ou fere a independência dos poderes. NEGARAM PROVIMENTO. (TJRS. 8ª C. Cív. Apelação Cível nº 70041070434. Rel. Des. Rui Portanova. J. em 31/03/2011).

Percebe-se, a partir da análise do teor da decisão supracitada o

descompasso entre o que foi disposto no texto constitucional e a realidade brasileira propriamente dita. É perceptível notar que uma decisão que deveria ser concedida de plano pela Administração Pública não conseguiu se concretizar no cenário brasileiro, sendo que, para assegurar o acesso de uma criança autista aos insumos hospitalares, foi preciso recorrer ao poder judiciário.

Mais do que provar a ineficiência do poder público em garantir o mínimo aos cidadãos a decisão evidencia que, mais do que nunca, o poder judiciário tem ocupado paulatinamente o espaço vago deixado pelo poder público no que concerne à satisfação das necessidades mais básicas dos cidadãos brasileiros.

O Judiciário agiu no caso, como previamente exposto ao longo desse trabalho, em sede de prévia provocação, o que de forma lógica, invalida eventual alegação de que há indevida incursão do poder Judiciário em questões da saúde pública, ou que se verifica com o fenômeno da judicialização da saúde, a sobreposição de um poder sobre o outro.

Outro fato notável que diz respeito à decisão supracitada se refere especificamente ao fator catalisador, em primeiro plano, da busca do representante legal da criança autista pelo tratamento, e em segundo plano, pela justificativa dada pelo Poder Público para embasar a sua ação negativa. A Administração Pública buscou antes de tudo, se eximir da responsabilidade de oferecer as condições mínimas de existência ao cidadão, alegando em sua defesa, o princípio da reserva do financeiramente possível.

É importante notar que a decisão aqui presentemente analisada traz em seu escopo a fundamentação de que todos os entes públicos são solidariamente responsáveis por garantir o acesso à saúde no território nacional. Outro fator notável se refere ao entendimento de que cabe ao poder público fornecer medicamentos para o tratamento da presente moléstia mesmo em caso de não existência deste na lista do SUS de quaisquer entes da Federação. Tal circunstância não obsta, em nenhuma medida, a concessão da matéria pleiteada quando se faz a análise sob o ponto de vista da decisão supracitada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. OBRIGAÇÃO DE FAZER EM FACE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E DA LIGHT. TRATAMENTO DOMICILIAR PELO SISTEMA HOME CARE. DEMANDA ININTERRUPTA DE ENERGIA ELÉTRICA. CUSTEIO. INCONFORMISMO DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO PROVIDO

EM PARTE. FIXAÇÃO DE MULTA EM FACE DOS ENTES PÚBLICOS.[...]

5. In casu, restou demonstrada a necessidade do fornecimento da estrutura home care no processo de manutenção da vida e da saúde do 1º autor. Partindo de tal premissa e considerando que a energia elétrica é indispensável ao funcionamento dos equipamentos em questão, somado ao fato de os autores não terem condições de pagar a fatura com o consumo adicional correspondente, cabe ao Estado e ao Município, diante de seu dever de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196, suportar esse ônus. 6. Neste aspecto, a imposição de multa por eventual inadimplemento da obrigação visa compelir o devedor a cumprir o preceito, possuindo caráter coercitivo-punitivo, cabendo sua fixação de forma a garantir a efetividade da ordem judicial. Isto por que, ante o dever da parte de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais, consubstanciado no artigo 77, IV, do NCPC, não é de se admitir que a parte obrigada se furte, indeterminadamente, ao cumprimento de sua obrigação em flagrante prejuízo da ora agravante. 7. Dessa forma, confirma-se a multa mensal fixada pela decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal, em R\$ 100,00, para o caso de inadimplemento do Estado, estendendo-se a condenação também ao Município do Rio de Janeiro, uma vez que, em que pese, não constar da parte dispositiva da petição inicial do agravo de instrumento, verifica-se que, de fato, em toda fundamentação do recurso, a agravante mencionou o Município do Rio de Janeiro. Tratando-se a omissão de um evidente erro material e considerando o que preceituam os artigos 322, § 2º, e 489, § 3º, ambos do novo CPC, deixar de condenar o município também ao pagamento das astreintes, seria de um rigor excessivo, o que não se coaduna com os princípios que regem o moderno processo civil e a efetividade da prestação jurisdicional. 8. Manutenção da decisão no ponto em que determina que a concessionária agravante se abstenha de suspender o fornecimento de energia elétrica, ainda que em caso de inadimplência do percentual da conta de responsabilidade dos autores ou dos entes públicos, enquanto perdurar a necessidade do 1º autor, que deverá ser comprovada semestralmente mediante atestado médico. 9. Quanto ao pedido para que os agravados sejam obrigados a manter seu cadastro atualizado junto à Light, na forma dos arts. 8º, 9º e 28 da Resolução Normativa nº 414/10 da ANEEL, não assiste razão à agravante, uma vez que os referidos artigos se referem à Tarifa Social de Energia Elétrica, o que não é o caso dos autos. 10. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TJ-RJ - AI: 00475044120168190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 5 VARA FAZ PUBLICA, Relator: JUAREZ FERNANDES FOLHES, Data de Julgamento: 30/11/2016, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/12/2016).

A outra decisão aqui analisada é singular sob diversos aspectos, sendo que o principal deles se refere ao fato de que em diversas ocasiões, há inúmeras dificuldades para além da inércia da Administração em possibilitar o acesso aos insumos hospitalares.

No caso em tela, foi preciso recorrer ao judiciário para solucionar uma questão de caráter puramente incidental, qual seja, a de garantir o acesso ininterrupto à energia elétrica enquanto durasse o tratamento de saúde sob a modalidade de homecare.

A decisão supracitada obrigou a concessionária de energia elétrica a não

cortar o fornecimento desta, já que a vida do autor se encontrava sob risco. Era necessário manter em funcionamento as máquinas de suporte vital do paciente a fim de que este não desfalecesse.

Fica evidente mais uma vez que o Judiciário agiu em sede de provação prévia, não sendo razoável a alegação de princípio da reserva do possível pelo ente público.



## 4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No capítulo anterior foram discutidos os conflitos entre os institutos do mínimo existencial e da reserva do possível e como a relação entre esses dois institutos contribui para o acesso, ou falta dele aos recursos mais básicos de subsistência. No presente capítulo o objetivo será discutir a questão da judicialização da saúde propriamente dita.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça as demandas judiciais referentes a questões de saúde cresceram 130% nos últimos 10 anos. Tais números expressam claramente a relevância de tal tema no debate jurídico brasileiro e revelam um aspecto relevante da situação da gestão da saúde pública no país: o colapso e ineficiência no fornecimento de serviços hospitalares têm transferido para a via jurisdicional o poder de conceder ou não tais insumos.

Antes de entrar na questão da legitimidade da intervenção jurisdicional é importante, antes de tudo, conceituar o que vem a ser o fenômeno da judicialização. Barroso (2009, p.13) o conceitua da seguinte forma:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Como colocado anteriormente, a judicialização, é antes de tudo um fenômeno de transferência de poderes: o executivo perde força e as questões estruturais passam a ser debatidas nas instâncias judiciais. Sobre esse fenômeno há posicionamentos contrários e favoráveis.

Pelo lado da não judicialização Canotilho (2001, p. 946) expressa preocupações e diz o seguinte:

Os juízes não se podem transformar em conformadores sociais nem é possível, em termos democráticos processual, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de acção. Podem censurar-se através do controlo da constitucionalidade, os actos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição.

O jurista português entende o fenômeno da judicialização como algo prejudicial, já que nas suas próprias palavras é possível abstrair a ideia de que a judicialização é forma de censura, ou imposição da vontade de um poder ao outro. Ainda compartilhando e complementando o entendimento de Canotilho, Sarlet (2012, p. 347) afirma categoricamente que “o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática”, ou seja, o Judiciário não tem o poder de criar recursos inexistentes, isso é, a judicialização não é eficaz no caso para sanar problemas originários de questões estruturais do Estado Brasileiro.

Sarlet coloca no caso, uma linha divisória clara naquilo que, na sua visão, não deve ser o papel do judiciário: fazer ativismo judicial. Fica claro que na perspectiva do jurista o judiciário não deve interferir em questões que a priori deveriam ser solucionadas com políticas públicas por parte da Administração.

Sobre o tema é relevante invocar o ensinamento de Luis Roberto Barroso, que analisa a questão de um modo mais cauteloso, desta vez em um artigo datado do ano de 2007. Segundo o ministro Barroso (2007, p. 4) ao se adentrar na questão da judicialização da saúde é possível que inicialmente o analista se encontre “diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível”, o que para ele não é o caso já que em seguida complementa dizendo “o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”. (BARROSO, 2007, p.4).

Pela fala do ministro se depreende que o conflito nascido da judicialização da saúde não é matéria de fácil solução, o que requer um estudo aprofundado e uma análise do caso concreto.

O lado que advoga pela judicialização também apresenta os seus argumentos na discussão. Nesse campo o entendimento das possíveis causas do fenômeno se torna fundamental.

O fato de o sistema público de saúde brasileiro ser absolutamente ineficiente, e deveras precário ocasiona de modo direto e indireto, um fluxo que direciona o povo e os cidadãos brasileiros a buscarem na provocação ao poder judiciário a solução para os seus problemas. Ressalta-se que tais atos têm obtido,

em sua maioria êxito. Por fim é importante notar que há medicamentos cujos preços são tão elevados no território nacional, que nem mesmo as classes mais abastadas conseguem, por meios econômicos tradicionais, aliená- los. Desse modo até para esses a judicialização é vista como meio racional de obtenção de insumos hospitalares. (ORDACGY, 2007).

Ressalta-se que no Brasil, devido ao imenso grau de precariedade do atendimento prestado pelo Estado, a melhor alternativa para assegurar de maneira individual, o acesso à saúde, é atualmente, judicializar. Do ponto de vista puramente pragmático é uma solução extremamente válida. Contudo é importante ressaltar que embora a adoção de tal método seja legítima, ela acaba evidenciando o grau de falência atravessada pelo país.

Bittar (2004, p. 127-128) se coloca em benefício da intervenção do Judiciário. Em sua visão o “Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos”, ou seja, é necessário para a concretização do Estado Democrático de Direito. Além disso, ele complementa afirmando que:

Se uma sociedade na qual 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.

Percebe-se que no momento em que se encontram ameaçados a saúde e os direitos humanos cabe ao Judiciário fazer incursão nas questões necessárias e efetivar os direitos fundamentais, uma vez que a consumação da cidadania só se dá de forma plena quando os direitos são assegurados pelo Estado. Não se trata, portanto, de gerar recursos tal qual toque de Midas, como coloca Sarlet, ou de conformar a sociedade, como advoga Canotilho, mas apenas de se cumprir o que a Constituição determina.

Outros juristas entendem que nos casos onde há denegação do direito à saúde, a melhor alternativa é buscar amparo judicial, obrigando a Administração Pública a conceder os insumos de saúde, a fim de que o resultado prático alcançado seja o mesmo daquele que seria hipoteticamente obtido se as políticas públicas de saúde de fato funcionassem. (PARANHOS, 2007, p. 171).

O pensamento supracitado deixa bastante claro que a judicialização é recurso legítimo na solução de conflitos já que quando o Estado não honra suas prestações a única alternativa legada ao cidadão é de buscar o amparo de suas necessidades mais básicas no âmbito judicial. Não se trata, portanto, de interferência indevida do judiciário no executivo, mas de questão de garantia de sobrevivência.

Na mesma linha de Paranhos, Ventura et al. (2010, p. 2) afirma que a judicialização da saúde pode em determinados casos evidenciar “problemas de acesso à saúde em seu sentido mais genérico, isto é, como uma dimensão do desempenho dos sistemas de saúde associada à oferta”, ou seja, o doutrinador expõe aqui que uma das possíveis causas da judicialização da saúde reside na incapacidade do Estado em oferecê-la. Após isso ela complementa dizendo que “o fenômeno pode ser considerado como um recurso legítimo para a redução do distanciamento entre direito vigente e o direito vivido”, se referindo à judicialização da saúde.

Schwartz (2001, p.164) compartilha da visão de que cabe ao judiciário “corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no campo sanitário, desde que provocado“, ou seja, em sua concepção é legítima a intervenção do judiciário na garantia do direito à saúde. Isso fica mais evidente quando ele complementa dizendo que o Judiciário tem a função constitucional de garantir a efetivação dos direitos fundamentais (SCHWARTZ, 2001, p.162).

Sobre os posicionamentos dos Tribunais e da jurisprudência em geral verificou-se recentemente uma mudança de posicionamento. O entendimento pretérito ia no sentido de que não cabia ao poder judiciário interferir na elaboração e consolidação das políticas públicas. Tal posicionamento decorria predominantemente da noção de que uma hipotética incursão judicial em questões dessa natureza configuraria uma indesejada violação entre a separação de poderes. No entanto, com a evolução do debate jurídico no Brasil admitiu-se a intervenção do judiciário para garantir o cumprimento das prestações relacionadas á efetivação dos direitos fundamentais. Tal passo buscou assegurar a absoluta preponderância e hegemonia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. (MÂNICA, 2008).

Pela colocação e constatação lógica feita acima por Mânica cai por terra um dos principais argumentos contra a judicialização da saúde, a de suposta

violação da separação dos poderes existente no ato de se judicializar. Fica evidente pela própria natureza das decisões dos tribunais que a judicialização não busca, de maneira alguma, assegurar a primazia de um poder sobre o outro, pelo contrário, busca apenas assegurar que os direitos fundamentais sejam preservados, já que a Constituição de 1988 coloca a saúde como um direito inerente à manutenção da dignidade da pessoa humana, dignidade essa que contribui para a própria manutenção do Estado democrático.

Além da colocação acima exposta Gandine, Bariona e Souza (2007, p. 32) afirmam o seguinte:

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto [...]. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.

Novamente fica claro que a suposta incursão indevida do judiciário na saúde não é dessa forma vista pelos tribunais. Não é possível que o poder Judiciário crie políticas públicas, muito pelo contrário, ele só está autorizado a implementá-las. Deste modo fica muito claro que o erro e a causa de todo o colapso do sistema de saúde estão diretamente relacionados à incompetência do executivo. As supostas intervenções do judiciário são na verdade a consumação do princípio da separação de poderes, já que como o Estado é omissor na implementação das políticas sociais, acaba sendo papel subsidiário do Estado fazer com que tais políticas sejam cumpridas e respeitadas. Tal ação só é possível através da apreciação do judiciário das lesões e ameaças ao direito, o que legitima as ações judiciais. O ministro Gilmar Mendes, na análise do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 17588 do Estado do Ceará proferiu a seguinte observação:

No Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo

cumprimento de políticas públicas já existentes. [...] Assim, também com base no que ficou esclarecido [...] o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja prestação de saúde pleiteada. [...] Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

A colocação acima expressa a complexidade inerente à análise das questões relativas à judicialização da saúde. A análise das palavras do ministro Gilmar Mendes deixa bastante evidente que o juiz deve, na análise de cada caso, considerar as particularidades de cada situação, a fim de que o resultado alcançado seja o mais justo possível e que o objetivo maior do Estado democrático seja atingido: preservar a vida dos cidadãos.

Sobre a discricionariedade outorgada aos juízes para o deferimento ou não dos pedidos relativos às ações de saúde Mauro Capelletti (1993, p. 42) diz :

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, a poderosa causa da acentuação, que em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim a criatividade.

Ou seja, pela colocação de Capelletti é possível depreender que a questão da judicialização ou não de determinadas problemáticas, especialmente daquelas relativas à saúde pública pode em determinados casos, ser objeto de discussões jurídicas. A existência de determinado grau mínimo de discricionariedade por parte dos juízes é um elemento inerente ao Estado democrático de Direito. Fica evidente que quando há omissão ou ineficiência do poder público em resguardar direitos fundamentais é perfeitamente plausível judicializar a questão. É oportuno ressaltar, no entanto que deve sempre observada, a razoabilidade.

Sobre a crescente importância do judiciário nas questões acima discutidas é importante ressaltar que a questão central que se coloca reside na crescente

contradição entre a legitimidade ou não da interferência do judiciário na saúde irá culminar no diagnóstico das supostas forças ou fraquezas do judiciário. O resultado desse conflito é incerto, contudo é sem dúvida alguma, preferível que o judiciário demonstre a sua força, em detrimento da fraqueza. (SANTOS, 2012).

Cabe citar ainda a seguinte decisão, tomada pela quinta turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Análise do Acórdão 935913.

DIREITO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE CIRURGIA EM HOSPITAL PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. O art. 196, da Constituição Federal, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças, bem como pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da integridade física do cidadão, sem qualquer ressalva quanto à origem do paciente. A jurisprudência da E. Sexta Turma Cível consolidou-se no sentido de que o Estado tem o dever de fornecer material e cuidados médicos indispensáveis para a realização de cirurgia, se a medida for necessária ao tratamento de saúde de paciente acometido de doença grave. Remessa necessária desprovida. (Acórdão n. 955724, 20140111390595RMO, Relator: HECTOR VALVERDE 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/07/2016, Publicado no DJE: 26/07/2016. p. 226/248) [...]. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO COMINATÓRIA. PRESTAÇÃO DE CIRURGIA ORTOPÉDICA PELO ESTADO. PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. RECUSA DO ENTE PÚBLICO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. DIREITO À Fís. Apelação / Reexame Necessário 20160110201975APO [...]. 1 - As garantias à vida e à saúde encontram-se alçadas na Constituição da República (art. 196) e na Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 207) à categoria de direitos fundamentais, portanto, de aplicabilidade e eficácia imediatas, cabendo ao Estado velar por sua promoção e proteção, conferindo primazia ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2 - Cabe ao Distrito Federal, por meio da rede pública de saúde, auxiliar todos aqueles que necessitam de tratamento, disponibilizando profissionais, equipamentos, hospitais, materiais, acesso a cirurgias indicadas e remédios prescritos, já que os cidadãos pagam impostos para também garantir a saúde aos mais carentes de recursos, sendo dever do Estado colocar à disposição os meios necessários, mormente se para prolongar e qualificar a vida e a saúde do paciente diante dos pareceres dos médicos especialistas. Remessa Necessária desprovida. (Acórdão n. 935913, 20130111616796RMO, Relator: ANGELO PASSARELI 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 20/04/2016, Publicado no DJE: 28/04/2016. p. 265/274).

É bastante interessante ressaltar a existência de diversos elementos na decisão supracitada. O primeiro ponto que chama a atenção é antes, de tudo, a ênfase dada novamente ao disposto no texto Constitucional e na lei orgânica do Distrito Federal no que diz respeito ao contexto da saúde pública no Brasil. Ressalta-se que a primeira preocupação do julgador foi no sentido de respeitar aquilo que está expresso no texto constitucional. No fim, fica bastante claro que a atuação do judiciário apenas se dá quando este é provocado. A omissão do poder

executivo em proporcionar o tratamento adequado ao paciente no caso concreto foi o catalisador da intervenção do judiciário.



## 5 DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA

Em se tratando de um tema de extrema relevância no atual cenário jurídico brasileiro, se torna oportuna a reunião de julgados que versem sobre o tema.

O Tribunal Regional da 3a Região entendeu, quando da apreciação do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0037976-70.2010.4.03.0000/SP, que caberia ao Estado fornecer medicamento para a parte que pleiteava a obtenção de medicamento de alto custo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE. ALTO CUSTO. MEDICAMENTO. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado no art. 196 e seguinte da Constituição Federal. Compete ao Estado a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços públicos de atendimento à população, tendo a Constituição Federal delegado ao Poder Público competência para editar leis objetivando a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços e ações da saúde. Cabe observar que existe expressa disposição constitucional sobre o dever de participação da União no financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198, parágrafo único, da Constituição Federal. Em face ao alto custo do medicamento indicado para o tratamento, e não tendo a autora condições de comprá-los, socorreu-se da via judicial. O medicamento solicitado pela agravada mostra-se de suma importância para sua sobrevivência em condições dignas, porquanto a melhora de seu estado geral de saúde depende atualmente dessas ações profiláticas. Negar a agravada o fornecimento pretendido, implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde.

A primeira decisão colacionada nesse capítulo revela que TRF3 entendeu ser lícita a concessão de medicamento de alto custo ao necessitado. Há um ponto comum em todas as decisões que estão elencadas no presente capítulo: a maioria delas se baseia no artigo 196 da Constituição que estabelece ser o Estado o responsável em proporcionar condições dignas de vida aos cidadãos.

Enfantizou-se na decisão pretérita que é dever da União participar da ação de financiar o SUS, que por sua vez deve estar comprometido em proporcionar o acesso universal aos insumos hospitalares.

Ressalta-se ainda que a concessão do medicamento se baseia no fato de que a pleiteante teria a possibilidade de ter piora em seu estado de saúde. O medicamento, que em condições normais seria inacessível, foi concedido ao paciente, destacando-se que o tribunal entendeu que tal insumo medicinal teria função profilática, ou seja, impediria a derrocada do estado físico do paciente.

Outro julgado , que se deu na Apelação 201451670009243/RF desta vez

do TRF-2 vai ao mesmo sentido da decisão anterior.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ARTIGO 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO ONCOLÓGICO. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1 - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou a possibilidade de, após a análise minuciosa das circunstâncias de cada caso concreto e a realização de juízo de ponderação, o poder judiciário garantir o direito à saúde por meio do fornecimento de medicamento ou tratamento indispensável para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida do paciente da rede pública de saúde. 2 - O artigo 196, da Constituição Federal, não consubstancia mera norma programática, incapaz de produzir efeitos, não havendo dúvidas de que obriga o poder público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a proteger, promover e recuperar a saúde. 3 - No presente caso, quando do ajuizamento da demanda, a parte autora, portadora de neoplasia maligna mamária (fls. 27/36), apresentava quadro clínico grave, necessitando, urgentemente, de procedimento cirúrgico e tratamento oncológico. 4 - Verifica-se, portanto, que andou bem o magistrado de primeiro grau que, ante a urgência do caso posto sob sua apreciação, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, determinando que o Hospital Universitário Antonio Pedro - HUAP, da Universidade Federal Fluminense - UFF, providenciasse a internação e realização de procedimento cirúrgico da parte autora, com a manutenção do tratamento oncológico após a realização do procedimento cirúrgico, o que, posteriormente, foi confirmado por meio de sentença. 5 - Restringindo-se o papel do poder judiciário à determinação de cumprimento da prestação devida, é o caso, pois, de se conferir efetividade à garantia do direito à saúde, norma constitucional cuja aplicabilidade é plena e imediata. 6 - Incabível a indenização por danos morais pleiteadas pela parte autora, uma vez que o sofrimento narrado é inerente à sua condição de saúde, capaz de fragilizar qualquer pessoa que se veja acometida da mesma doença, não se vislumbrando qualquer ato que enseje violação à dignidade da parte autora a justificar a condenação do ente público ao pagamento de uma indenização. 7 - Para início do tratamento oncológico, devem ser levadas em consideração não somente as condições clínicas do paciente, como também os critérios e as normas para internação e atendimento, inclusive com inscrição em fila de espera, o que justifica a espera, por um período, para o início do tratamento, sobretudo quando há peculiaridades como no presente caso, em que a parte autora possui doença pulmonar obstrutiva crônica, o que acarreta um quadro clínico mais delicado. 8 - Remessa necessária e recurso de apelação desprovido.

O TRF 2, quando da análise do processo nº 2011.51.01.004890-6 entendeu o seguinte:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. CONTRA A UNIÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DIREITO À SAÚDE. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. MÍNIMO EXISTENCIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ.

A jurisprudência é assente no sentido de que a saúde é um dever político-constitucional do Estado (gênero), que adota um sistema único de saúde (CF, art. 198), e, por tal motivo, o Estado Maior responde solidariamente com as pessoas políticas que o compõem nas atividades voltadas a assegurar tal direito fundamental, dentre elas, o fornecimento gratuito de medicamentos e congêneres a pessoas desprovidas de recursos financeiros, para a cura, controle ou atenuação de enfermidades. Em função desta solidariedade é de reconhecer-se a legitimidade passiva de quaisquer deles (União, Estados-membros ou Municípios) no pólo passivo da demanda.

Incumbe ao Estado assegurar o direito à vida e à assistência médica, nos termos do artigo 196 da Carta Magna, sendo certo que a referida assistência à saúde tem de ser feita em toda a extensão necessária à garantia do direito à vida, incluindo-se o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da apelada.

O direito à saúde implica para o Poder Público o dever inescusável de adotar todas as providências necessárias e indispensáveis para a sua promoção. Nesse contexto jurídico, se o Poder Público negligencia no atendimento de seu dever, cumpre ao Poder Judiciário intervir, num verdadeiro controle judicial de política pública, para conferir efetividade ao correspondente preceito constitucional.

No caso concreto, há comprovação do diagnóstico através do laudo médico e do prontuário que recomenda o uso diário e contínuo, pela apelada, inclusive do medicamento Octreotide.

A evolução da doença pode precipitar-se em complicações irreversíveis se não adotado o tratamento pleiteado e se não garantida a sua continuidade.

Nessa condição, é direito garantido ao paciente o recebimento gratuito da medicação necessária ao seu tratamento, de acordo com a Constituição e legislação infraconstitucional, aplicável à matéria.

A determinação contida no provimento judicial impugnado de que “o tratamento deve ter continuidade em uma das unidades especializadas da Ré (UNACONs ou CACONs) a depender da presença da autora neste serviço”, revela-se ultra petita. Remessa necessária e apelação parcialmente provida. (TRF/2ª Região, Sétima Turma Especializada, Processo nº 2011.51.01.004890-6, Relator Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBOA NEIVA, publicado em 27/03/2012).

A decisão colacionada acima versa sobre o fornecimento de um medicamento que precisava ser administrado de forma contínua, pelo uso diário. O Judiciário entendeu que o cidadão tinha, no caso concreto, o direito de acesso ao referido medicamento, já que o seu não uso poderia acarretar progressiva deterioração do seu estado de saúde. Um importante ponto da decisão está no fato de que o órgão julgador se utilizou da já conhecida disposição constitucional de que a saúde é um direito de todos e que o sua concessão não pode ser negada pelo Estado.

Cuida-se em informar ainda que do presente julgado é possível extrair outro entendimento jurisprudencial relevante, qual seja o de que é dever solidário dos entes da federação brasileira o fornecimento de medicamentos àqueles desprovidos de capacidade econômica suficiente para adquirí-los. Verificou-se ainda que qualquer dos entes federativos tivesse no caso analisado, a legitimidade passiva na

ação.

Por fim cumpre analisar aquele que talvez seja o maior fundamento da decisão: o de que, para preservar o direito à saúde do paciente em tela, seria indispensável uma ação rápida, que no caso foi tomada pelo judiciário. Ressalta-se que ações desse tipo representam em vários casos a diferença entre a vida e a morte daquele que pleiteia a concessão do acesso à serviços e insumos hospitalares, já que muitas vezes a Administração é deveras morosa no atendimento das necessidades da população.

Na STA AGR 175 Gilmar Mendes, ministro do STF, expressou o seguinte:

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. Não raro, buscase, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Novamente percebe-se que o debate em torno da judicialização é parte inescapável do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que logo no início da exposição o ministro deu ênfase ao fato de que, no país, o judiciário não age de modo a interferir nas políticas públicas, como entendia Canotilho, já citado anteriormente nesse trabalho. Gilmar Mendes prossegue dizendo que o responsável por criar as políticas públicas é o poder Executivo, de maneira que um dos primeiros pontos que devem ser observados quando ocorre uma situação de judicialização consiste na verificação da existência tutela do Estado em relação ao que a parte que judicializa, almeja. Quando esse pré-requisito é cumprido a judicialização acaba por não se configurar em ingerência indevida na esfera dos outros poderes, mas, sim, em mera ferramenta de execução da referida política pública que, não está sendo levada adiante.

Outro aspecto importante do comentário supracitado está na defesa feita pelo ministro Gilmar Mendes de uma investigação mais profunda sobre as causas que conduziram ao fenômeno da judicialização. Dentre os possíveis catalisadores dessa situação ele cita em primeiro plano a omissão legislativa, isto é, a inércia do Estado em regulamentar as diretrizes de saúde referentes ao âmbito do SUS. Outro catalisador citado por ele é o da negativa da Administração Pública em fornecer o acesso aos insumos pleiteados pela parte,

que ocorre quando o litigante busca previamente o amparo do Estado e não o recebe. Quando isso ocorre o poder judiciário se apresenta como a última válvula de escape para a resolução do Problema.

A terceira e última causa de judicialização se refere à não existência de medicamento na lista do SUS, causa que frequentemente enseja a busca da tutela do poder judiciário, já que quando isso acontece é virtualmente impossível acessar por meios legais o insumo hospitalar/medicamento que se almeja. Em casos como esse o ministro assinalou ainda que o medicamento não se encontra sob a alçada de controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – [...]  
DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000).

Outra decisão notável sobre o tema se deu no julgamento do Recurso Extraordinário 271.286 em que se entendeu ser legal a distribuição gratuita de medicamentos às pessoas pertencentes a grupos carentes. Na visão do julgador a existência de programas de distribuição gratuita de medicamentos é plenamente legal e é um dos métodos existentes no âmbito do Estado que podem dar efetividade aos comandos constitucionais. Ações desse tipo são, na visão do magistrado, uma expressão de solidariedade aos indivíduos que não possuem bens materiais. Seria uma forma de defender e preservar a dignidade da pessoa humana. Além disso, percebe-se no contexto, novamente, a defesa da eficácia do artigo 196 da Constituição, ressaltando que tal norma não pode se converter em mera promessa constitucional sem eficácia prática.

No Julgamento do Recurso Extraordinário 657718, sobre a possibilidade de o judiciário fornecer medicamentos experimentais o STF decidiu o seguinte:

Ante a ausência de aprovação pelo órgão investido legalmente da competência e dotado da expertise para tanto, existe o risco de o medicamento vir a prejudicar a saúde do paciente. Ainda que largamente utilizado em outro país, por força de lei, o remédio não pode circular em território nacional sem a devida aprovação técnica pelo órgão habilitado. Concluir de forma contrária é chancelar experimentos laboratoriais, terapêuticos, de benefícios clínicos e custos de tratamento incontroláveis pelas autoridades públicas. Em última análise, é autorizar o experimentalismo farmacêutico a expensas da sociedade, que financia a saúde pública por meio de impostos e contribuições. Não podem juízes e tribunais, sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional à saúde, colocá-lo em risco, considerados pacientes particulares, determinando o fornecimento estatal de medicamentos que não gozam de consenso científico, revelado mediante o registro do produto – exigido em preceito legal – no órgão público competente, no caso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Destaco não haver contradição relativamente ao consignado no recurso extraordinário nº 566.471/RN, de minha relatoria. Nele, assentei o dever do Estado de fornecer remédio de alto custo, mesmo se não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, quando comprovadas a imprescindibilidade do fármaco e a incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família, solidariedade, para adquiri-lo. [...] Diante do exposto, porque outrora ausente o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, conforme destacado na origem, desprovejo o recurso.

A decisão supracitada representa uma ruptura com as outras previamente elencadas. O Supremo Tribunal Federal entendeu, quando do julgamento da matéria, que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos em status experimental para os que o pleiteiam. O fundamento da decisão está alicerçado sob diversos entendimentos.

Em primeiro plano a decisão cita o fato de que o medicamento pleiteado pela parte recorrente, embora seja amplamente utilizado em outros países, é proibido de circular no Brasil antes da condução dos testes devidos. Poderia ser alegado em contrário que a não concessão poderia violar o princípio da dignidade da pessoa humana, já que em muitos casos, os doentes que requerem esse tipo de auxílio estão em estágio terminal da doença (ex: fosfoetamina).

Ocorre, no entanto, que o Tribunal não teve esse entendimento, já que fundamentou a decisão no fato de que medicamentos que padecem da regularização legal podem causar o agravamento da situação do paciente, o que configura grave atentado ao artigo 196 da Constituição, que é parte central em praticamente todas as discussões que envolvem o direito à saúde no Poder Judiciário.

Além do exposto o julgador enfatizou que o Poder Judiciário não pode, sob o pretexto de consolidar o direito à saúde, criar situações nas quais esse mesmo

direito pode ser ameaçado através de um experimentalismo excessivo, qual seja o de usar o dinheiro dos pagadores de impostos para financiar e fornecer insumos hospitalares e medicamentos que não possuem comprovação científica de eficácia.

A decisão contrasta ainda com as anteriores porque o julgador cita, no corpo do texto presentemente analisado, o fato de que o mesmo tribunal (STF) concedeu a outro recorrente, em outro processo, o acesso a medicamento de alto custo. A diferença entre os dois casos reside no fato de que, naquele ficou comprovada a imprescindibilidade e a eficácia do medicamento em assegurar a preservação da integridade física do paciente em questão. Enfatiza-se portanto que o STF entende que cada caso concreto tem de ser analisado no contexto de concessão de medicamentos através do Poder Judiciário, tendo em mente que, em todas as decisões, deve ser levada em conta a norma constitucional que preserva esse direito e coloca, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Através da análise das decisões supramente colacionadas ficou evidente nesse capítulo que, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os Tribunais Regionais Federais e os dos Estados apresentam um entendimento consonante no sentido de que, em geral, quando há negativa de fornecimento de medicamentos e/ou insumos hospitalares, cabe ao poder judiciário intervir e fazer valer o que está disposto na Constituição da República.

Foi possível perceber que mesmo insumos não relacionados diretamente com a saúde, como, por exemplo, o do caso da energia elétrica usada para manter um paciente em estado terminal vivo teve que ser concedidos. A única exceção no caso foi o fornecimento de medicamentos experimentais para aqueles que o pleiteavam, já que nessas circunstâncias o judiciário acabou por entender que não é papel do Estado fornecer tais insumos, uma vez que eles não possuem eficácia científica comprovada.

## 6 CONCLUSÃO

A partir da análise dos textos que disciplinam os objetivos e o tratamento dado às questões da saúde e do acesso hospitalar no território nacional, foi possível investigar sob diversos ângulos, a questão do acesso a esse direito fundamental no território nacional.

Em primeiro lugar notou-se que o direito à saúde e ao acesso aos requisitos que proporcionam a dignidade da pessoa humana, estão elencados em uma série de dispositivos não só de caráter nacional, mas sim, também, de plano internacional. Além disso, ficou evidente, desde o início desse trabalho investigativo, que o mínimo existencial permeia de certa forma, a Constituição brasileira. Deste modo ficou claro que a presença de tal instituto visou preservar a existência de certos elementos inerentes à dignidade do homem.

Por outro lado ficou perceptível que a existência da reserva do possível tem elevada importância no ordenamento jurídico. Cabe destacar, no entanto, que embora tal instituto tenha relevância na contenção dos gastos públicos, não pode ser oposto ao investimento nas áreas abrangidas pelo mínimo existencial segundo o entendimento majoritário da jurisprudência brasileira. Além do exposto foi possível depreender dos diversos posicionamentos doutrinários que houve certa deturpação do princípio da reserva do possível no território nacional.

Isso se deve, segundo os estudiosos do direito comparado, em parte devido à origem de tal instituto, que surgiu inicialmente, em território alemão. Entende-se que a importação de tal princípio acabou, de maneira não intencional, por possibilitar que os administradores públicos pudessem usá-lo para se eximir da obrigação constitucional de concretizar os direitos fundamentais, o que foi considerado como inconstitucional pelo STF.

No que diz respeito ao fundamental relacionamento que ocorre entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, houve capacidade de se extrair das discussões entre juristas, doutrinadores, da jurisprudência e do próprio texto legal uma série de fundamentos que indicam que o acesso à saúde, deve ser garantido pelo poder público, não sendo oponíveis no caso, questões relacionadas ao princípio da reserva do financeiramente possível.

A análise dos julgados ocorridos no território nacional evidenciou que há consenso jurisprudencial ressaltando que o Estado não pode alegar em sua



defesa, com o fim de se eximir das prestações que lhe são inerentes, o fato de que não tem recursos para cumprir com as suas obrigações. Foi possível verificar no contexto, que uma das alternativas que podem ser buscadas pelo cidadão quando há negativa na concessão de tratamentos e acesso aos insumos hospitalares é a judicialização.

Considerando a judicialização propriamente dita, verificou-se a existência de argumentos contrários e favoráveis à medida, sendo importante ressaltar que tal método não foi considerado pelos teóricos como o mais eficiente na busca pela solução dos problemas estruturais do Estado brasileiro. Ressalta-se, contudo que é uma medida plenamente válida, que não viola, no entendimento de grande parte da doutrina e dos julgadores, o princípio da separação dos poderes da República.

A existência de tal fenômeno comprovou que o poder judiciário tem ocupado posição de cada vez maior protagonismo no território nacional, já que quando há negativa por parte da Administração em prestar o atendimento adequado aos problemas de saúde enfrentados pelos indivíduos, a figura desse poder se envolve de maneira a analisar as discussões em torno dessas situações.

Por fim é importante ressaltar que, no Brasil, a judicialização tem indicado que o Estado passa por problemas profundos em diversos setores, sendo esse fenômeno, muito mais do que uma medida paliativa, um sério indicador de que a Administração necessita rever o emprego dos recursos públicos, a fim de que sejam garantidas aos cidadãos, condições minimamente dignas de existência.

## REFERÊNCIAS

APPIO, E. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, M. A. de F. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurisprudência Mineira**, 2007. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, 2009.

BITTAR, E. C. B. O papel do poder judiciário na afirmação dos direitos humanos. **Rev. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, 2004. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1291/1223>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 02 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45/DF**. Min. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 20 abr.2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo392.htm>. Acesso em: 02 jun.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 267612 RS**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 02/08/2000, Data de Publicação: DJ 23/08/2000 P – 00050. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825430/recurso-extraordinario-re-267612-rs-stf>. Acesso em: 10 set.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 356.479-0**, Rel. Min. Marco Aurélio. J. em 30/04/04, DJU em 24/05/04, Brasília, 24 mar. 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE: 592.581/RS**. Relator: Ricardo Lewandowski Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em 26 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 657718 MG**. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 13/05/2013, Data de Publicação: DJe-098 Divulg 23/05/2013 Public 24/05/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23301847/recurso-extraordinario-re-657718-mg-stf>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA: 175 CE**, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 Divulg 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 Ement Vol-02399-01 PP-00070. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. TRF2. **Apelação Cível/Reexame Necessário 0000924-47.2014.4.02.5167 (2014.51.67.000924-3)**. Disponível em: [base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc\\_mc=0&ud=1](http://base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1). Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Trf3. **Agravo de instrumento nº 0037976-70.2010.4.03.0000/SP**. 2010. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1237892>. Acesso em: 18 out. 2020.

CALIENDO, P. **Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPELLETTI, M. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: SAFE, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA. Demandas judiciais relativas a saúde crescem 130 % em dez anos. **Agência CNJ de notícias**, 03/2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos>. Acesso em: 27/04/2020.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2020.

GANDINI, J. A. D.; BARIONE, S. F.; SOUZA, A. E. de. **Direito da saúde no Brasil: a efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário**. Campinas: Saberes, 2010.

KRELL, A. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional** “comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

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

MÃNICA, F. B. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, jan. 2008.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NASCIMENTO, S. P. **Mínimo existencial X Reserva do possível**. 2013. Disponível em: <https://drasuelenpereira.jusbrasil.com.br/artigos/359772717/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel>. Acesso em: 23 ago. 2020.

OLIVEIRA, R. F. de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLSEN, A. C. L. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2006. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em: 25/05/2020.

ORDACGY, A. da S. **O direito humano fundamental à saúde pública**, 2007. Disponível em: <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

PARANHOS, V. L. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde. **Revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2007. Disponível em: <http://fumec.br/revistas/meritum/article/view/762>. Acesso em: 30 abr. 2020.

RIO DE JANEIRO CAPITAL. Tribunal de Justiça. Décima Quarta Câmara Cível **AI: 00475044120168190000** Rio De Janeiro Capital 5 Vara Faz Publica, Relator: Juarez Fernandes Folhes, Data de Julgamento: 30/11/2016, Data de Publicação: 02/12/2016. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/411939268/agravo-de-instrumento-ai-475044120168190000-rio-de-janeiro-capital-5-vara-faz-publica/inteiro-teor-411939278>. Acesso em: 10 out. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível **AC: 70046156030 RS**, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 15/12/2011, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/01/2012. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/411939268/agravo-de-instrumento-ai-475044120168190000-rio-de-janeiro-capital-5-vara-faz-publica/inteiro-teor-411939278>. Acesso em: 10 out. 2020.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos**

fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de doutrina da 4 Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). Acesso em: 29 abr. 2020.

SCAFF, F. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista de Interesse Público**, 2005. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/731>. Acesso em: 30 ago. 2020.

SCHWARTZ, G. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46113/44271>. Acesso em: 29 abr. 2020.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 18 dez. 2020.