

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI**

JENIFER GONÇALVES MORAES

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE
INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A
SAÚDE E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

**TEÓFILO OTONI
2018**

JENIFER GONÇALVES MORAES
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

JUDICIALIAÇÃO DA SAÚDE
INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A
SAÚDE E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientadora: Msc. Prof^a Camila de Almeida Miranda

TEÓFILO OTONI

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE E SUAS CONSEQUÊNCIAS

elaborado pela aluna Jenifer Moraes foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

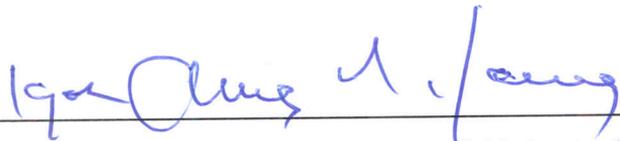
Teófilo Otoni, nas Minas Gerais, 10 de julho de 2018.



Professora Esp. Karla Christine Ribeiro Silva



Professora MSc. Camila de Almeida Miranda (orientadora)



Professor MSc. Igor Alves Noberto Soares

AGRADECIMENTOS

Durante esses sete anos e meio, me deparei com pessoas que me ajudaram a tornar essa caminhada mais fácil, como Ti Pedro que sempre me deu ótimos conselhos e foi o primeiro a me apoiar quando decidi trocar de faculdade, ou tia Eliane, que com seu sorriso e seu carinho, sempre que eu chegava à faculdade, tornava o dia de trabalho exaustivo mais leve.

Meus colegas de trabalho que souberam entender o momento que eu passava e me ajudaram incondicionalmente, muitos mestres e alguns colegas que por motivos diversos contribuíram para que eu me dedicasse mais e almejassem hoje esse sonho.

Dentre todos que se fizeram parte dessa trajetória, alguns merecem um obrigado especial por terem aguentado os meus surtos e não me deixar desistir, mesmo que eu quisesse. Igo, Amine e Acsa, Evelyn, Sâmara, Raissa, Maria dos Anjos e Vinicius, vocês não imaginam a quão grata estou por ter vocês na minha vida.

Saúde Pública?
Em conta-gotas anda a Saúde
Pública?
Em conta-gotas d'Água...
Em conta-gotas de Sangue ...
Em conta-gotas de Lágrimas.”
(NELSON MARTINS)

RESUMO

Durante muito tempo, a saúde no Brasil, foi destinada apenas a aqueles que provinham de riquezas ou possuíam vínculo empregatício. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde foi positivada como um direito fundamental, inserido em seu artigo 6º no rol dos direitos fundamentais, e com aprofundamento nos artigos 196 a 200. Criou-se um Sistema Único de Saúde que é regulamentado pela Lei nº 8080/90, para que todos recebessem tratamento universal e igualitário. Entretanto, o Estado não é capaz de assegurar a todos esse direito, e com isso surge à necessidade de acionar a via judicial para que seja efetivado o direito de atendimento ou a garantia de remédio. Devida à grande procura do judiciário, hoje vemos o fenômeno da judicialização da saúde que leva o sistema a movimentar toda a máquina para garantir um direito expresso na Constituição. Não há controvérsias, que o Judiciário deva intervir na Administração pública, para garantir que todos recebam o atendimento necessário, porém quando usada de forma inadequada gera gastos exorbitantes ao Estado. Para muitos a intervenção do Judiciário deve ocorrer de forma esporádica, ou seja, apenas em casos realmente necessários onde há um risco eminente e o Estado não detém de suporte para solucionar com eficácia, evitando o desgaste da máquina pública.

Palavras-chave: Saúde. Judicialização. Direitos Fundamentais. Garantia.

ABSTRACT

For a long time, health in Brazil was destined only to those who came from wealth or had an employment relationship. With the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, health was positivada as a fundamental right, inserted in its article 6 in the roll of fundamental rights, and with deepening in articles 196 to 200. It was created a Unified Health System which is regulated by Law 8080/90, so that everyone would receive universal and equal treatment. However, the State is not able to assure everyone of this right, and with this, it arises from the need to initiate legal proceedings to enforce the right of care or the guarantee of remedy. Due to the great demand of the judiciary, today we see the phenomenon of the judicialization of health that leads the system to move the whole machine to guarantee a right expressed in the Constitution. There is no controversy, that the Judiciary should intervene in the Public Administration, to ensure that all receive the necessary care, but when used improperly generates exorbitant expenses to the State. For many the intervention of the Judiciary must occur sporadically, that is, only in really necessary cases where there is an imminent risk and the state does not have the support to solve effectively, avoiding the wear and tear of the public machine.

Keywords: Health. Judicialization. Fundamental rights. Warranty.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | HISTÓRIA DA SAÚDE NO VIES CONSTITUCIONAL | 10 |
| 2.1 | A saúde nas constituições brasileiras | 10 |
| 2.2 | Garantia constitucional do direito à Saúde..... | 13 |
| 3 | JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE..... | 17 |
| 3.1 | O fenômeno da judicialização da saúde..... | 17 |
| 3.2 | Judicialização x ativismo..... | 20 |
| 3.3 | Princípios norteadores da judicialização da saúde..... | 20 |
| 3.3.1 | Princípio da separação dos poderes..... | 21 |
| 3.3.2 | Princípio da reserva do possível e do mínimo existencial | 22 |
| 3.3.3 | Demais princípios..... | 23 |
| 3.4 | Aspectos positivos e negativos da judicialização da saúde | 24 |
| 4 | A JUDICIALIZAÇÃO E OS TRIBUNAIS..... | 26 |
| 4.1 | Posicionamento dos tribunais | 26 |
| 4.2 | Cooperação técnica | 29 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 31 |

1 INTRODUÇÃO

Ao longo de muitas constituições brasileiras, nada se ouviu falar de acesso à saúde para população, em especial a de baixa renda. As melhorias na saúde no Brasil foram feitas de forma morosa, de modo que apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fosse dado a todos os cidadãos o direito a saúde.

Inserida no rol dos direitos fundamentais do artigo 6º da Constituição de 1988, a saúde, tem um capítulo próprio no mesmo dispositivo entre os artigos 196 a 200, além de ser citada em outros artigos, leis esparsas e ainda tem a Lei 8008/90 que regulamenta o SUS (Sistema Único de Saúde).

Contudo o sistema de saúde no país não tem sido capaz de efetivar a garantia do Direito à Saúde a todas as pessoas, conforme previsão da Constituição Federal. Desta forma, muitas vezes o Judiciário acaba sendo a última alternativa de muitos pacientes para obtenção de um medicamento ou tratamento. Mas o que deveria ser uma exceção tem se tornado cada vez mais frequente.

Devida à omissão da Administração pública, a intervenção do Poder Judiciário vem sendo requisitada para consagrar a promessa trazida na Constituição de que a prestação do serviço de saúde seja universalizada.

Cada sentença proferida que condena a Administração ao custeio de tratamentos, seja por lotação nos hospitais ou pela demora excessiva no atendimento que pode agravar o quadro clínico do paciente ou remédios que não se encontram disponíveis para distribuição gratuita, acarreta-se em uma movimentação muito grande de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federais, além de gastos exorbitantes, já que as sentenças condenam o Estado a pagar multa caso não seja cumprido à determinação no prazo.

Os excessos e inconsistências põem em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo uma melhor distribuição dos recursos públicos, já que as decisões sobrepõem à visão do individual à do coletivo.

O presente trabalho, objetiva desenvolver um estudo teórico em relação à necessidade da intervenção do Poder Judiciário para concretizar o direito constitucional a saúde, analisando suas ações, limitações e legitimidade, ou

seja, estudar a judicialização da saúde e o quanto ela pode ser benéfica, ou não, aos cidadãos de forma simplória ou coletiva.

Assim, por meio da pesquisa bibliográfica, analisando o Judiciário e a consequência de seus atos mediante a efetivação do direito constitucional à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros.

No primeiro capítulo explanaremos o contexto histórico da saúde, analisando a perspectiva constitucional da mesma, passando pela primeira Constituição brasileira até a atualidade.

No segundo capítulo, trataremos da judicialização em si, o que é, os princípios que norteiam e são usado como base para ingressar com uma ação requerendo o direito a saúde, e ainda veremos os pontos positivos e negativos decorrente da judicialização da saúde. No terceiro e ultimo capítulo, veremos a posição dos tribunais e como os mesmos estão procedendo para conter o aumento de ações dessa espécie.

2 HISTÓRIA DA SAÚDE NO VIES CONSTITUCIONAL

2.1 A saúde nas constituições brasileiras

Conforme Bertolli Filho (2004, p.5) em 1500 os portugueses atracaram nas costas brasileiras e deram início a exploração dos recursos naturais disponíveis. Em pouco tempo o paraíso, como era anunciado, se tornou em um inferno já que as chances de sobrevivência dos colonizadores e dos escravos vindos da África eram poucas. Os confrontos com os índios, a adaptação ao novo clima e a falta de saneamento básico, não ajudavam muito.

A guerra, o isolamento e a doença colocavam em perigo o projeto de colonização e exploração econômica das terras brasileiras. Diante do dilema sanitário, o Conselho Ultramarino português – órgão responsável pela administração das colônias – criou ainda no século XVI os cargos de físcicomor e cirurgião-mor. Seus titulares foram incumbidos de zelar pela saúde da população sob domínio lusitano. Essas funções, no entanto, permaneceram por longos períodos sem ocupantes no Brasil. Eram raros os médicos que aceitavam transferir-se para cá. Desestimulados pelos baixos salários com os perigos que enfrentariam (BERTOLLI FILHO, 2004, p.5)

O doutrinador acima citado, explica ainda, que devida a imensidão do território e da pobreza, as dificuldades encontradas pelos poucos médicos que se instalaram no Brasil, o povo não aceitava fazer o tratamento por medo, preferindo assim, seguir as recomendações dos curandeiros, negros e indígenas. Esses só tinham voz em épocas epidemiológicas, mesmo assim com algumas restrições. Ele ainda diz: “em 1746, em todo o território dos atuais estados de São Pulo, Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás, havia apenas seis médicos graduados em universidades europeias.” (BERTOLLI FILHO, 2004, p.6.)

Durante o Brasil império, em 1824, foi outorgada a nossa primeira Constituição, que não tratava diretamente do direito à saúde, garantindo aos cidadãos brasileiros apenas os “socorros públicos”:

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

(...)

31) A Constituição também garante os socorros públicos (BRASIL, 1824).

Apesar da garantia constitucional e da apresentação liberal quanto à saúde, percebe-se que na realidade, esses direitos só serviam para as elites, mantendo o interesse da alta classe. Neste sentido Ribeiro explica:

[...] o Direito à Saúde não tomou acento, vez que o que se buscava era a concentração dos poderes nas mãos do Imperador. Bonavides explica que o texto Constitucional de 1824 serviu de modelo para a Constituição de Portugal de 1826. Nessas Constituições, embora se tivesse a intenção de almejar os ideais libertários, os mesmos não foram atingidos dadas as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época. Silva ensina que a Constituição de 1824 deu lugar aos Direitos do Homem no art. 179 (com seus 35 incisos que estabeleciam um rol de direitos e garantias), nos quais era declarado e garantido o direito à inviolabilidade dos direitos de liberdade, de igualdade, de segurança individual e de propriedade. O texto Constitucional chega a mencionar, no inciso XXIV do art. 179, que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”, entretanto o objetivo, como se faz claro, é garantir o exercício da atividade laboral e não o Direito à Saúde (RIBEIRO, 2010, p.449).

Para Bertolli Filho, após a proclamação da República em 1889, a ideia era modernizar o Brasil, nesse contexto ele completa “a medicina assumiu o papel de guia do Estado para assuntos sanitários, comprometendo-se a garantir a melhoria da saúde individual e coletiva e, por extensão, a defesa do projeto de modernização do país” (2004, p.12).

A Constituição de 1891, põe fim a herança do período imperial e por sua vez, suprime o dispositivo que garantia os “socorros públicos”. Percebe-se que a carta só apresenta cunho liberalista, e não faz menção a direitos de cunho social. Mesmo, assim, em seu artigo 72, traz igualdade a todos perante a lei:

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

(...)

§ 2º - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho (BRASIL, 1891).

Juntamente com a Era Vargas, nasce uma ideia que reconhece que o setor social também é merecedor de cuidados. Com isso a nova Constituição trazia uma adequação da ordem política a realidade em que o país se encontrava.

Os cuidados à saúde e a assistência pública ganharam destaque com a Constituição de 1934, que em seu artigo décimo, expressa os cuidados da União e dos estados para com a população. Consoante:

Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:
(...)
II - cuidar da saúde e assistência públicas (BRASIL, 1934);

Ainda vemos que é “obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias” (Art. 141), e também, não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos (Art.142), inclusive aquelas referentes à saúde.

Para Bertolli Filho é perceptível como a saúde ganha destaque na Era Vargas, pois em 1930 criou-se o Ministério da Educação e da Saúde Pública que era responsável por uma remodelação dos serviços sanitários no país. O mesmo ainda cita “com isso pretendia-se, na verdade, garantir à burocracia federal o controle desses serviços, numa estratégia decorrente do centralismo político-administrativo imposto por Getúlio Vargas” (2004, p.30).

Com a outorga da Constituição de 1979, consagrou-se a competência privada da União, na área da saúde, para legislar sobre “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança” (art. 16, inciso XXVII). Já aos Estados cabia suprir as lacunas da legislação federal, tendo que cumprir as exigências da lei federal (art. 17), sem qualquer diminuição ou dispensa nos assuntos específicos entre os quais “assistência pública, obras de higiene popular, casa de saúde, clínicas, estações de clima e fonte medicinais.” (art. 18, alínea c).

A partir da Constituição de 1946, passa-se a enxergar a saúde como instrumento para uma melhor qualidade de vida, e garante-se aos trabalhadores “assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante” (Art. 157, XIV).

Neste sentido podemos ressaltar a reflexão Marcos Aurélio Moretto sobre o direito à saúde nas constituições anteriores:

[...] trabalhadores na informalidade que não tinham acesso a esses Institutos por não serem contribuintes. Eles eram atendidos por

Unidades Sanitárias dos Estados em serviços de saúde com limitações nos níveis de complexidade. A internação hospital, para os não previdenciários, se dava pagando-a ou dispondo de outro tipo de convênio, ou mais comumente, atendido como “indigentes” [...]” (2002. p. 47).

Com o golpe militar, a Ditadura Militar criou duas Constituições, a de 1967 e a 1969, com elas foi instaurado o Ministério da Saúde, que conforme Bertolli Filho (2004, p. 52) passa a entender a saúde como um fenômeno individual ao invés de coletivo, valorizando, assim, os hospitais particulares. Além de reconhecer o direito à saúde, assegurando aos trabalhadores o direito à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (CF/69, Art. 158, inciso XV).

2.2 Garantia constitucional do direito à Saúde

Com o fim do regime militar em 1985, e com o advento da nova Constituição promulgada em 1988, o Brasil começa a viver em uma era democrática, onde os direitos fundamentais passam a fazer parte das garantias aos cidadãos.

Em 1986 tivemos a 8ª Conferência Nacional de Saúde que debateu sobre a real noção de direito à saúde enquanto direito humano. Conforme disposto no deferimento do relatório, passou-se a compreender que o direito à saúde cabia a todos, onde o Estado garantiria condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando o ser humano ao desenvolvimento pleno da sua individualidade. Neste sentido:

O dever de assistência pública está em assistir o necessitado até que ele recupere a saúde, tenha readquirido as condições físicas que lhe permitam retomaras suas ocupações físicas que lhe permitam retomar as suas ocupações e ganhar o necessário para o seu sustento. Para isso, o Estado deverá procurar criar organizações técnicas, dotadas de pessoal competente, numa palavra, prestar a assistência dirigida e não se limitar ao auxílio individual (PACHECO E SILVA, 1934, p.56.).

Em 1988, consoante a nova Constituição, tivemos a garantia à saúde fixada em seu texto, sendo o mesmo considerado um direito universal de cidadania e dever do Estado, sendo positivado no rol dos Direitos Sociais no art. 6º da CF/88. Surgiu então uma forma de todos os cidadãos tanto dos que precisa não somente da vida, mas da manutenção dessa vida, de garantir a concretização deste direito.

Neste sentido, a garantia da saúde:

(...) é a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Conseqüentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal (TAVARES, 2006: p. 744).

Passou-se a enxergar o direito à saúde como um desdobramento do direito à vida, entendendo que um dependia do outro, por tanto deveriam ser efetivados na realidade. Conforme definiu a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) “a saúde é o estado de completo bem-estar social físico, mental e espiritual do homem, e não apenas, a ausência de infecções e doenças”. (OMS, 1946) Ao reconhecer o direito à saúde como fundamental, a Constituição Federal de 1988, mostra a preocupação com a vida de todos os cidadãos.

A nova Constituição traz vários dispositivos que asseguraram a todos o direito à saúde. Em seu artigo 1º, inciso III, que define a dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios fundamentais, já no seu Art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Logo, o direito à saúde se encontra inserido nos direitos de 2ª geração, ou seja, são aqueles onde há a necessidade do Estado de impor a fim de buscar um equilíbrio entre igualdade política e social.

Nesse sentido Sarlet diz:

[...] não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde está não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física (SARLET, 2007).

Em análise aos artigos destinados a saúde na Constituição de 1988, o artigo 196 diz que o Estado deve garantir saúde a todos os cidadãos, usando de

políticas sociais e econômicas para garantir a redução do risco de doença. Já o artigo 197, salienta que cabe ao Poder Público cuidar das ações e serviços públicos, regulamentando, fiscalizando e controlando, devendo executar de forma direta ou por meio de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O artigo 198, do dispositivo acima citado, foi usado como ponto de partida para a criação do SUS, já que o mesmo fala que os serviços e ações dos serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. Em seus incisos e parágrafos encontramos as diretrizes bases para funcionamento deste sistema.

Nos termos do artigo 199 da Constituição de 1988, vemos que a assistência à saúde pode ocorrer através da iniciativa privada, podendo ocorrer de forma complementar ou suplementar. Conforme o dispositivo acima citado, o Estado pode comprar um serviço da rede privada seja ela conveniada ou não com o SUS.

Entretanto a Lei 13.650, que entrou em vigor em 11 de abril de 2018, altera o art. 11, X da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que tratar da compra de serviços públicos por meio de contrato em instituições particulares. A partir da data de vigor da alteração, a compra dos serviços oriundos de instituições privadas só poderá ocorrer se a entidade for beneficente ou sem fins lucrativos, ou mediante a celebração prévia de contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS, caso essa regra não seja seguida será constituído ato de improbidade administrativa.

Para Celso Ribeiro Bastos:

A Saúde é um direito de todos e um dever do estado (Art 196) na sua prestação desempenha papel importantíssimo. O sistema único o que se refere o Art 198. Ele consiste numa integração das ações e serviços públicos de saúde, tendo por diretrizes o princípio da descentralização, no nível de cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Existe também a participação da iniciativa privada. À iniciativa privada é dada complementar a situação do Sistema Único, sendo certo, no entendo, que preferência deve ser dada a entidades filantrópicas é as sem fins lucrativos. Na mesma linha de idéia proíbe-se destinação de fundos públicos para auxílio ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. Da mesma sorte veda-se a participação do capital estrangeiro na assistência à saúde no País.

Quanto ao Serviço de Saúde, goza ele de inúmeras competências elencadas no Art 200, que vão desde o controle e a fiscalização até a

colaboração na proteção do meio ambiente – As Leis nº 8,080, de 19/09/1990 e 8.142, de 28/12/1990 desempenham a matéria. (2002, p.768 e 769)

Conforme disposto no *website* do Ministério da Saúde, o SUS foi criado com o intuito de efetivar a garantia constitucional da saúde de forma universal e sem discriminação a toda a população, atuando na promoção da saúde, prevenção de ocorrência de agravos e recuperação dos doentes. O artigo 200 da Constituição de 1988 traz as suas competências e já o seu funcionamento fica por conta da Lei 8080/90, que em seus artigos 5º e 6º vemos qual o seu objetivo e o campo de atuação:

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

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

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

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

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

Nota-se que mesmo que exista a garantia constitucional do direito à saúde e a vida, o SUS é um sistema falho, que sofre por falta de recursos suficientes para atender a população, portanto, falta condições de atendimento primário,

vagas em hospitais e conseqüentemente remédios para atender a todos. A quantidade de pessoas que necessitam deste tipo de atendimento cresce a cada dia e como os medicamentos e tratamentos são caros e inacessíveis para a maior parte da população, se faz necessário políticas públicas para garantir a todos o direito fundamental à saúde.

Com a omissão da Administração pública quanto a grande quantidade de processos que chegam ao judiciário, e a forma como o mesmo procura tratar a judicialização como sendo menos oneroso do que investir em políticas públicas para melhoras os atendimentos e distribuição de medicamentos, o número de ações vem crescendo de forma descontrolada e afetando diretamente as políticas públicas no tocante a saúde.

Para que seja concretizado o direito fundamental à saúde, o paciente procura o judiciário, que passa a agir conforme previsto na Constituição para que o problema seja sanado e o princípio da dignidade humana não seja ferido.

Com isso, ocorre um grande aumento nas demandas judiciais quanto a concretização desse direito. Fleury, consegue de forma clara e objetiva, explicar como funciona esse fenômeno:

Não há dúvidas que a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela positivação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. No entanto, também é fruto das debilidades do Legislativo, ao manter a indefinição do arcabouço legal, e do Executivo, por atuar na ausência de definição de normas ou parâmetros que impeçam as instituições estatais, por serem tão precárias, de se responsabilizar pela peregrinação dos usuários em busca da atenção à saúde. (FLEURY, 2012, p.15)

Percebe-se, por tanto que a judicialização da saúde vem aumento de forma considerada, por conta de uma omissão e uma ineficácia da Administração Pública.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 O fenômeno da judicialização da saúde

Ao fazer uma análise do capítulo anterior sobre a saúde na história do Brasil e o direito constitucional sobre a mesma, percebe-se que devido à demora em garantir a todos os cidadãos o direito a manutenção da vida, ainda há um déficit

muito grande nas políticas de prevenção e falta de estrutura para efetivar a garantia deste direito por parte do Estado. Sabe-se que o envelhecimento da população, a crise econômica e os cortes no orçamento da saúde, contribuem para que o caos existente aumente, e com isso seja cada dia mais utilizada a via judicial para garantir que o direito fundamental a saúde seja cumprida. Neste sentido:

Tais casos demonstram que deve ser discutida a judicialização da saúde, que se mostra necessária quando há omissão nas políticas públicas, mas não pode servir de entrave a elas, nem se traduzir em dificuldades intransponíveis ao administrador público. O Judiciário não pode nem quer administrar, mas não pode ser omissor quando necessária a sua intervenção. (ANDRADE, 2011, p.1)

Uma vez que o poder público não cumpri com as suas obrigações de prevenções, tratamentos e controle das doenças, ou mesmo deixa de criar meios de garantir a todos o acesso aos serviços públicos de saúde, surge o chamado fenômeno da judicialização da saúde. Neste sentido podemos destacar a fala do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da STA nº 238:

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Conforme Callegaro (2016, p.5), a judicialização da saúde no Brasil se iniciou por volta dos anos noventa com um grupo correlacionado a AIDS que levou aos tribunais o questionamento sobre a efetivação do direito constitucional à saúde, usando como base o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.080/90 que regulamenta o SUS. Após essa ação as demandas judiciais veem crescendo a cada dia em todas as áreas da saúde.

No entendimento de Sônia Fleury (2012, p.159) o fato do SUS ter sido implantado em “condições financeiras adversas, até hoje não superadas, certamente impede a distribuição igualitária de serviços de qualidade, de forma

que a população se sinta segura no usufruto deste direito”. É consoante ressaltar o trecho escrito pela mesma ao comentar o fenômeno da judicialização:

Não há dúvidas que a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela positivação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. No entanto, também é fruto das debilidades do Legislativo, ao manter a indefinição do arcabouço legal, e do Executivo, por atuar na ausência de definição de normas ou parâmetros que impeçam as instituições estatais, por serem tão precárias, de se responsabilizar pela peregrinação dos usuários em busca da atenção à saúde. (FLEURY, 2012, p. 15)

Para Germano Schwartz (2001, p. 159) uma parcela de culpa pela ineficácia do artigo 196 da Constituição encontra-se “na falta de vontade política, na ausência de respeito à Constituição por parte dos Poderes Públicos e na ausência de compreensão do porquê de existirem Poderes Constituídos imbuídos da defesa do interesse público”.

As políticas sociais e econômicas enfrentam verdadeira crise de eficiência no nosso país. O bem jurídico que se deseja tutelar, qual seja a saúde, por via de consequência, é abandonado à sorte de políticas que, na verdade, não são eficientes. A esse respeito, Freitas (2005, p. 41) enfatiza:

O Poder Público não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, desta forma incidindo em comportamento inconstitucional. Além de antiética, tal conduta é também antijurídica. É preciso, sobretudo efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais, para que não sejam utilizados como meros instrumentos de retórica, lembrados a cada quatro anos.

Ao autorizar o acesso a medicamentos, serviços de saúde públicos e particulares, o Poder Judiciário Brasileiro vira o protagonista já que o mesmo entende que o acesso pleno à saúde, que é assegurado constitucionalmente, não pode ser mitigado. Alexandre Gonçalves Lippel explana:

[...] as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais, no Estado Social de Direito, não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas têm seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelos outros Poderes pode e deve ser controlada pelo Judiciário. Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, ou onde direitos sociais são negligenciados por incompetência administrativa, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses

fins sociais através da correição da prestação dos serviços sociais básicos. (2012)

3.2 Judicialização x ativismo

Deve-se ter cuidado ao falar da judicialização da saúde para que o conceito do mesmo não se confunda com o do ativismo, e quem consegue explicar a diferença entre os dois é Luis Roberto Barroso, em palestra dada no seminário de Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA, realizado pela FGV Direito Rio em 2009, no Tribunal de Justiça fluminense. Para ele o ativismo é uma atitude que ocorre quando há um déficit de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis. E “a judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário; é a circunstância do modelo constitucional que nós temos.” Neste sentido ele diz:

“No contexto de judicialização, em que o Judiciário pode muito, às vezes é preciso uma gota de humildade para saber se, embora podendo, deve. Porque pode ser que aquela decisão tenha como autoridade competente mais qualificada outra que não o juiz.” (2009)

Compreende-se que o ativismo judicial quando busca garantir o direito à saúde é uma consequência da constitucionalização do mesmo, seguido de uma nova atitude próxima da cidadania e do reforço de papéis institucionais, conforme explana Figueiredo (2010, p.222):

Se a judicialização das demandas sociais é indicativo desse ‘ativismo’ por parte dos indivíduos e instituições vinculados à sua representação e defesa, o número massivo de ações judiciais pleiteando as mais variadas prestações em saúde, perante o poder público e a iniciativa privada, descrevem o fenômeno que vem sendo designado por ‘judicialização da saúde’ e configuram indício, outrossim, de que há problemas na efetivação do direito à saúde e no cumprimento, pelo SUS, dos objetivos para os quais foi instituído pela constituinte, em 1988.

3.3 Princípios norteadores da judicialização da saúde

Muitos princípios constitucionais entram em cena quando se fala em proteção aos direitos sociais. E ao se falar do direito fundamental a saúde, diversos princípios podem entrar em conflito. Torna-se necessário que o Poder

Judiciário analise cada um com exatidão para impedir uma colisão dos mesmos com os direitos fundamentais.

3.3.1 Princípio da separação dos poderes

Consagrado no art. 2º da Constituição de 1988, o princípio da separação dos poderes ou divisão dos poderes ou funções preza a independência e a harmonia entre os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo os mesmos autônomos e independentes, não devendo haver intervenção e sobreposição de um mediante o outro. Neste sentido Capano explica:

Embora o pensamento de Locke seja reconhecido como o antecedente mais próximo da teoria da separação dos poderes, é com Montesquieu que a doutrina adquire sua forma mais clássica. Em apenas poucas linhas e com bastante lucidez, o pensador sintetiza o propósito essencial da teoria da separação dos poderes: “A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. Mas é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder (2013, p. 63-82).

Todos os poderes, tem competências ou funções previstas no próprio texto constitucional, tendo em vista que se deve prezar pela harmonia entre os poderes. A harmonia proposta é garantida pelo sistema de freios e contrapesos, que procura evitar a sobreposição de um poder em outro.

Contudo, a crescente judicialização da saúde demonstra uma omissão do poder Legislativo e Executivo, e principalmente da administração pública quanto as políticas que deveriam ser implementadas para garantir que o direito constitucionalmente garantido à saúde, restando ao Judiciário garantir que o mesmo seja concretizado.

Ao interferir no curso existente quando as políticas públicas referentes à saúde, o Judiciário, apenas concretiza o seu papel constitucional que realiza a vontade do constituinte. Nesse sentido Calmon destaca:

(...) não pode o Judiciário exercer o seu mister tomando como valor a eficiência de recursos, porque o seu valor básico é a segurança jurídica ou a coerência sistêmica, logicizada pela legalidade. Todas as vezes que a Justiça incorpora elementos estranhos à sua lógica – legalidade -, temos um esvaziamento das garantias, dos direitos fundamentais e

da liberdade e o sistema jurídico entra em crise (CALMON, 2001, p. 82).

3.3.2 Princípio da reserva do possível e do mínimo existencial

O princípio da reserva do possível, surgiu com a intenção de regulamentar a possibilidade e a abrangência do Estado quanto ao cumprimento dos direitos sociais conforme os recursos públicos disponíveis pelo Estado, afastando o direito constitucional do interesse privado e almejando o direito da maioria.

Enquanto norma constitucional, à saúde deve ser dada uma maior efetividade, já que se trata de direito fundamental. Por tanto ao falar do controle da judicialização da saúde, o princípio da reserva do possível para proteger, respeitar e efetivar o mesmo.

Devida a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana, visto que a saúde está diretamente vinculada a integridade física e conseqüentemente a vida, não podemos abrir mão do direito sanitário dizendo que o sistema é falho e que falta recursos. Nesse sentido, frisa Milanez (2004, p. 199):

[...] não há dúvidas de que o Estado não pode agir além de suas possibilidades financeiras. Ademais, ele pode ter outras áreas prioritárias onde aplicar o dinheiro público, que, infelizmente, não é infinito. Os recursos financeiros, entretanto, não podem ser vistos como fatos decisivos em todos os casos. Há as situações em que o dinheiro não é o problema principal. E mesmo nas situações onde a questão da disponibilidade de recursos se apresenta, deve-se estar ciente de que essa problemática pode também aparecer nos casos que envolvem direitos civis e políticos. Neste momento, oportuno analisar mais a fundo a abrangência do direito à saúde e até que ponto vai a dependência de recursos públicos. [...] Há as obrigações de respeitar e proteger, obrigações que contribuem para a melhoria do direito à saúde e, ao mesmo tempo, não dependem de quantidades significativas de recursos públicos. Por exemplo, o Estado pode ser requisitado simplesmente a regular um setor econômico, medida esta que não é extremamente cara.

Para Luciana Caczan (2016) o princípio do mínimo existencial diz respeito ao básico da vida humana, sendo um direito fundamental e essência que conta com previsão constitucional. Ela ainda explana que “sem o mínimo existencial, não é possível que um indivíduo possa ter uma vida digna, pois o princípio tem o objetivo de garantir condições mínimas para isso” (2016, p.1). Ainda conforme seu entendimento é dever do Estado garantir a todos que os direitos fundamentais sejam aplicados de maneira eficaz.

A violação deste princípio fere a dignidade da pessoa humana, por isso ao falar do princípio da reserva do possível, não podemos esquecer do mínimo existencial, já que no Brasil muitos vivem em situação de pobreza extrema.

Ao fazer uma ponderação entre os dois princípios, o mínimo existencial anulará a reserva do possível, já que estamos falando da violação dos direitos fundamentais. Deve-se sempre, se atentar para que o argumento da reserva do possível preserve o mínimo existencial, para o indivíduo possa ter uma vida digna.

3.3.3 Demais princípios

Diversos são os princípios que asseguram aos cidadãos o direito à saúde e o dever do Estado em efetiva-lo. Além dos já citados podemos ainda falar sobre alguns princípios que compõem um entendimento favorável ao cumprimento deste direito constitucionalmente garantido.

O princípio da razoabilidade para Barroso (2014), “é uma basilar de valoração dos atos do Poder Público”, com isso o judiciário pode ponderar o impacto social e econômico na hora de deferir o direito pleiteado, já que a racionalidade econômica, traduzida na escassez de recursos e na possibilidade de dispor deles, deve aliar-se à capacidade de persuasão racional do juiz, princípio constitucional que dá ao magistrado a possibilidade do livre convencimento, quando motivado. Nesse sentido Calcini (2013, p. 53) explica:

O princípio da razoabilidade é, atualmente, de grande importância no controle dos atos do poder público, pois possibilita a inserção do Poder Judiciário em apreciações que não se vinculam a aspectos meramente formais. Em sentido contrário, o princípio da razoabilidade estende o controle jurisdicional à análise de questões do conteúdo axiológico.

O princípio da proporcionalidade ou da vedação do excesso, nas palavras do ministro Gilmar Mendes (STF, 2003), deve servir para verificar restrições a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, analisando e pesando cada um para aplicar as máximas por meio do princípio da proporcionalidade. O mesmo ainda ressalta:

“Tal como já sustentei (...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado

(isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).” Supremo Tribunal Federal, Órgão Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 19 de março de 2003. (STA 233, DJe-080, Rel. min. Gilmar Mendes).

O princípio da equidade, procura reconhecer igualmente o direito de cada um. Conforme dispõe Norberto Bobbio (2000. p.311) “a equidade é a adaptação de uma norma ao caso singular, que não permite uma perfeita equiparação aos casos previstos”. O mesmo ainda diz que a “desigualdade de tratamento corresponde a um reconhecimento da desigualdade de situação”. Percebe-se que a equidade procura fazer o reconhecimento das diferenças e as tratar de forma distinta.

3.4 Aspectos positivos e negativos da judicialização da saúde

Diante da omissão da Administração pública, nos assuntos relacionados a saúde, nos vemos em um momento de grandes dificuldades, já que o Judiciário vem sendo requerido com frequência para sanar um direito fundamental disposto na Constituição atual.

Podemos, contudo, tirar alguns pontos satisfatórios quanto a intervenção entre poderes, já que o mesmo preza pelas necessidades básicas do ser humano.

É possível ver algumas vantagens decorrentes da judicialização da saúde, conforme Marrara e Nunes (2010. p. 87) explanam que existe uma estimulação a concretização do direito social, desestimulando o mau funcionamento do Estado, além de coibir o esvaziamento de investimentos do setor e dificultar o retrocesso social.

Nesse mesmo sentido, o fragmento do Supremo Tribunal Federal (STF) ressalta:

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência hospitalar.” (RE 267.612 – RS, DJ 24-11-2000, rel. Ministro Celso de Mello)

Ao acessar a justiça para garantir o direito a saúde, também se pode evitar a negligência do Estado, além de exigir uma atuação inovadora na gestão, fazendo como que haja a inclusão de novas tecnologias em saúde, sobretudo quando mais eficazes para tratar da saúde.

Assim como as vantagens, os autores Marrara e Nunes (2010. p. 88-89) citam algumas desvantagens, como a confusão entre microjustiça e macrojustiça, a substituição de decisões técnicas por decisões superficiais, o desrespeito à Reserva do Possível e ao orçamento, além de eventual violação da harmonia entre os poderes. Ao se falar das desvantagens da judicialização, Sarlet nos apresenta mais um grande prejuízo:

(...) venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e por particulares. (2006, p.13)

Além disso, ao garantir o acesso a medicamentos e tratamentos, que muitas vezes não estão disponíveis no SUS, é gerado um tumulto a gestão do sistema causando um impacto realocativo no orçamento, já que há a necessidade de deslocar valores que seriam destinados para determinados setores a fim de atender a uma única solicitação.

Ainda podemos citar mais pontos negativos como: o comprometimento da política social existe, já que a judicialização representa gastos fora do orçamento; um aumento das distorções sociais, já que se prioriza uma determinada pessoa em prol do coletivo.

Segundo dados do *website* da Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais, até 13/03/2018 o número de processos de judicialização da saúde em Minas Gerais era de 1.829 e já havia sido gasto R\$ 13.486.420,65 com as demandas solicitando remédios e tratamentos hospitalares. Em contato com a Central de Regulação macro nordeste que engloba a cidade de Teófilo Otoni e região, só de janeiro a abril de 2018 já são 104 mandados e ofícios.

Estes dados comprovam como fica comprometido o orçamento destinado a saúde. No próprio *website* eles explicam como isso afeta o equilíbrio financeiro do SUS, e citam como seria melhor aproveitado o dinheiro:

Em decorrência dos fatores mencionados acima, é gerado um grande impacto econômico aos cofres públicos, que tem atingido em média 8% do orçamento da Saúde. O recurso aplicado nas demandas judiciais poderia ser investido em políticas do SUS, de forma equânime, integral e universal, para todos os cidadãos, tais como a ampliação e melhoria da Atenção Primária em Minas Gerais, a criação de centros de especialidades e aprimoramento de serviços hospitalares ou de referência estadual.(SUS, 2018)

4 A JUDICIALIZAÇÃO E OS TRIBUNAIS

4.1 Posicionamento dos tribunais

Os tribunais superiores são os responsáveis por revisar as decisões tomadas em primeira e segunda instância, por meio de recurso, conforme conceitua o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seu *website*. Ainda segundo informações contidas no *website*, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) “é a última instância da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais” (CNJ, 2012) e o Supremo Tribunal Federal (STF) no que diz respeito às suas atribuições, também disponível na rede mundial de computadores, aduz que, uma das suas principais funções é “processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei” (CNJ, 2012). Ao mesmo, compete a guarda da Constituição Federal conforme definido no art. 102 caput da Constituição da República.

Partindo do pressuposto que o Poder Judiciário pode ser acionado para afirmar os direitos fundamentais, e conseqüentemente o direito a saúde, o mesmo se encontra legitimado para atuar em casos onde os órgãos estatais não respeitam o direito constitucional à saúde. Em um artigo do *website* da Associação dos Magistrados Brasileiros o ex-presidente do STF Gilmar Mendes durante palestra realizada no dia 15 de agosto na Escola da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris), mediante a crescente demanda em relação a afirmação desse direito menciona que a um longo espaço de tempo, o Poder Judiciário vem sendo desafiado pelo fenômeno da judicialização da saúde. Revela ainda a sua opinião sobre o assunto: “Assusta-me o número de recursos oriundos, de todos os Estados reclamando da decisão dos juizes em questões

que envolvem, por exemplo, em leitos de UTI e fornecimento de medicamentos”. (AMB, 2009)

Explica ainda o ex-presidente do STF que “a forma adequada de buscar soluções é promover um debate envolvendo os setores, ou seja, médicos, magistrados, ministério público, hospitais, Ministério da Saúde”, afirmando que o problema não está apenas em resolver os trâmites jurídicos.

Como as políticas públicas não são respeitadas, a atividade judicial não é suficiente para sanar os problemas relacionados ao não oferecimento de um tratamento adequado a quem necessita. O STF por sua vez, opera de forma favorável à concessão do tratamento ou medicamento necessário a manutenção do direito à saúde. Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art.196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular -e implementar –políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art.196 da Carta Política –que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se e promessa institucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei fundamental do Estado (RE 267.612 – RS, DJU 23/08/2000, Rel. min. Celso de Mello).

Em uma decisão da 1ª Turma do STJ o Ministro Luiz Fux (AgRg no REsp: 1028835 DF 2008/0027734-2) decidiu que "o SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando com provado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna". Neste caso a ação visava "a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de doença grave" de um grupo de indivíduos.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já se pronunciou quando ao assunto:

REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO À SAÚDE - PREVISÃO CONSTITUCIONAL - MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS - ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS JÁ UTILIZADAS - INEFICÁCIA - IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO PLEITEADO - AUSÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS PELO AUTOR PARA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO - RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NÃO ELIDIDA - APRESENTAÇÃO DA RECEITA MÉDICA ATUALIZADA - NECESSIDADE - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. - As políticas públicas desenvolvidas pelos entes da federação na área da saúde devem ser observadas e consideradas perante as circunstâncias específicas de cada caso concreto, considerando que tais orientações viabilizam a própria prestação do direito em referência. Contudo, não se pode olvidar que em determinadas situações específicas, a estrita observância destes regulamentos poderá implicar em prejuízo grave à saúde da parte, em ofensa à garantia do art. 196 da Constituição. (...) (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.08.285780-6/002, Relatora: Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª Câmara Cível, julgamento em 10/02/2015, publicação da súmula em 24/02/2015)

Ainda que o que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entenda que é defeso ao cidadão ter direito a saúde e a medicamentos financiados pelo Estado, há um entendimento de que quando o medicamento não for aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) o Estado não é obrigado a conceder o mesmo, conforme dispõe o voto do relator o Ministro Marco Aurélio:

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. Disse não ficar configurada a adequação ou a necessidade do medicamento carente de registro na Anvisa. (STF - RG RE: 657718 MG, DJU 17/11/2011, Rel. Min. Marco Aurélio)

Devida a grande importância das decisões dos tribunais superiores e afim de encontrar uma forma de conter o grande número de ações que chega aos tribunais, o Ministro Gilmar Mendes do STF entre os dias 27 a 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, convocou uma audiência pública onde ouviu 50

especialistas entre eles advogados, promotores, médicos, entre outros. Conforme disposto no *website* no próprio STF, os esclarecimentos prestados pela sociedade nessa audiência, foram de grande importância para o julgamento de processos que versam sobre o direito à saúde.

4.2 Cooperação técnica

Procurando construir um mecanismo para garantir o direito à saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por intermédio da Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2016, estabeleceu a “criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública”. Nesse sentido uma publicação do *website* do Conselho Nacional de Saúde, Jorge Vasconcellos (2016, p.1) explana:

Os comitês terão entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências. Esses pareceres serão utilizados pelos juízes como subsídio para sua tomada de decisões em ações de direito à saúde. Outros integrantes dos comitês, segundo a resolução do CNJ, são representantes do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da advocacia e dos gestores da área de saúde.

A Resolução nº 238, em seu primeiro artigo § 1º determina que “o Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS)” que será constituído por profissionais da saúde que elaborarão pareceres baseados em evidências. Cabe ainda ressaltar que no artigo 2º fica determinado que os tribunais “criarão *website* eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de Justiça.”

Usando a Resolução nº 238 como base, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em setembro de 2017, selou um convenio com o Comitê Estadual de Saúde de Minas Gerais, “com o objetivo de formular e executar políticas conjuntas para garantir à população o direito constitucional à saúde e reduzir o impacto, nos cofres públicos”, conforme informa o *website* do próprio

TJMG. A intenção é que, através da cooperação técnica, profissionais possam prestar informações técnicas ao magistrado, neste sentido, ainda conforme o *website*:

O objetivo da cooperação técnica é promover, quando essa metodologia for indicada para o caso, a conciliação processual e pré-processual em situações envolvendo reclamações relacionadas com assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares. Outra meta é garantir apoio técnico, no âmbito de todo o estado, para que os magistrados possam decidir com base em informações fornecidas por profissionais da área de saúde (TJMG, 2017).

Para o Secretário de Estado de Saúde Fausto Pereira dos Santos, a judicialização da saúde, com a assinatura do termo de cooperação, trará benefícios aos mineiros. Para ele “a expectativa do direito à saúde de um paciente, quando colocada pelo profissional ou eventualmente por um advogado, poderá ser analisada sob as bases da ciência,” fazendo com que o “direito à saúde não seja cerceado”.

Conforme informações encontradas no *website* do TJMG, devida a assinatura do termo o Tribunal deverá orientar e supervisionar suas equipes, selecionando os processos relacionados a “controvérsias sobre medicamentos, tratamentos e outros assuntos à saúde”, deverá ainda, agendar sessões de conciliações junto aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) buscando promover a composição entre as partes.

No mesmo diapasão, o coordenador do Comitê Executivo Estadual da Saúde de Minas Gerais, desembargador Renato Dresch em informações contidas também no meio eletrônico, acima já mencionado, salientou ainda que o foco é a melhoria dos julgadores, melhor administração dos recursos financeiros e equilibrar os debates. Para ele ainda há a boa judicialização, “pela qual o Judiciário socorre a pessoa que o procura para ter acesso à saúde. Mas há uma judicialização que pode criar transtornos para a coletividade. A medicina baseada em evidências é um meio para diminuir as distorções que permitem um acesso privilegiado para poucos e prejudicam o atendimento de muitos”

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos a história pregressa das Constituições brasileiras, percebemos que os cidadãos só tiveram a saúde consagrada como direito fundamental, com a proclamação da república e a promulgação da Constituição de 1988. Está traz em seu texto um capítulo destinado a saúde, além de assegurar a mesma como direito fundamental taxada no rol do artigo 6º.

Baseado no artigo 199 da Constituição de 1988, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), destinado ao atendimento à saúde de todos os cidadãos de forma universal. Entretanto, por diversos fatores como por exemplo, o envelhecimento da população e a falta de recursos, este atendimento se encontra defasado, e muitas vezes a única forma de se conseguir um atendimento ou um medicamento é pela via judicial.

Com o crescimento das ações demandando por saúde, surgiu o fenômeno da judicialização, onde o Poder Judiciário começou a intervir na administração pública para garantir a concretização do direito à saúde. Vimos que há mais efeitos negativos que positivos com a judicialização, portanto os tribunais começaram a tomar providências para conter e aumento das ações.

Foi criado um Comitê Estadual de Saúde, para auxiliar os tribunais através da cooperação técnica de profissionais de saúde que emitirão pareceres baseados em evidências, ajudando assim, os magistrados a adotarem as condições cabíveis em cada caso.

Cabe destacar que o tema se demonstra de suma importância por estar em grande escala de crescimento, e os seus pontos negativos estarem sobressaindo aos positivos. A judicialização da saúde se tornou um dos únicos meios de conseguir um tratamento adequado ou um medicamento, e com a grande demanda de ações, os recursos que já são escassos, acabam sendo desviados para beneficiar uma pequena parcela da população.

Conclui-se, que há a necessidade da intervenção do Judiciário para a concretização do direito à saúde garantido pela Constituição, entre tanto, deve-se trabalhar novas formas de amenizar a necessidade dos cidadãos terem que apelar para a via judicial para receber a manutenção de sua vida, pois com a grande demanda de ações, os custos aumentam e afeta diretamente os recursos destinados tanto a saúde quanto aos tribunais.

REFERENCIAS

ANDRADE, VANESSA VERDOLIM HUDSON. **A judicialização da saúde**. O Estado de Minas, Belo Horizonte, 13 jun. 2011.

Associação dos Magistrados Brasileiros. **Presidente do STF palestra sobre os rumos da judicialização da saúde na Escola da Ajuris**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/presidente-do-stf-palestra-sobre-os-rumos-da-judicializacao-da-saude-na-escola-da-ajuris/>> Acessado em: 26 jun. de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **RISCO DE POLITIZAÇÃO "Judicialização é fato, ativismo é atitude"**. Revista Consultor Jurídico, 17 de maio de 2009, 9h07. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>> Acesso em: 03 de jun. de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2014.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da Saúde Pública no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Projeto Promoção da Saúde. Distritos sanitários: concepção e organização o conceito de saúde e do processo saúde-doença**. Brasília. Ministério da Saúde, 1986.

BRASIL. CNJ. **Atos Administrativos - Resolução Nº 238 de 06/09/2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>> Acessado em: 26 de jun. de 2018.

BRASIL. CNS. **Controle Social deve atuar na busca de soluções para a Judicialização da Saúde, diz Presidente do CNS**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/09set16_Judicializacao.html> Acessado em 26 jun. de 2018.

BRASIL. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**
Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acessado em 29 de jun. de 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acessado em: 22 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acessado em: 22 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 22 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acessado em: 22 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acessado em: 22 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acessado em: 22 mai. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acessado em: 22 mai. 2018.

BRASIL. Ministério da saúde. **“Sistema Único de Saúde”.** Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/component/content/article/770-sistema-nacional-de-saude/40183-sistema-unico-de-saude>> Acessado em 02 de jul. de 2018.

BRASIL. **Relatório final da 8ª Conferencia Nacional de Saúde.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf> Acessado em 30 de jun. de 2018.

BRASIL. SES/ MG - **SES-MG e TJMG assinam termo que prevê cooperação técnica e maior eficiência em demandas judiciais.** Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/ngc/story/8222-ses-mg-e-tjmg-assinam-termo-que-preve-cooperacao-tecnica-e-maior-eficiencia-em-demandas-judiciais>> Acessado em: 26 jun. de 2018.

BRASIL. SES/MG. **Judicialização da Saúde.** Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/judicializacao>>. Acessado em: 04 de jun. de 2018.

BRASIL. **STA 238, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/10/2008, publicado em DJe-204 DIVULG 28/10/2008 PUBLIC 29/10/2008 RDDP n. 70, 2009, p. 169-177.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+238%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 04 de jun. de 2018.

BRASIL. STF. **Institucional.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>> Acessado em: 26 jun. De 2018.

BRASIL. STF. **Principal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acessado em: 26 de jun. de 2018.

BRASIL. STJ, **AgRg no RECURSO ESPECIAL N° 1.028.835 - DF (2008/0027734-2)**. Disponível em:

<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1028835_DF_1263942437788.pdf?Signature=oXdfOoE2mm6DmZ5pIU1CSrKUh7w%3D&Expires=1529973105&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c0b27dc30f85a7abfcdb1b71fad2cd7a> Acessado em 25 de jul. de 2018.

BRASIL. TJMG. **Judicialização da saúde na pauta do TJMG**. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/judicializacao-da-saude-na-pauta-do-tjmg.htm#.WzMIJNJKjIW>> Acessado em: 26 jun. de 2018.

BRASIL. TJMG. **TJ sela convênio com Comitê Estadual de Saúde**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-celebra-convenio-com-comite-estadual-de-saude.htm#.WzMHzNJKjIW>> Acessado em: 26 jun. de 2018.

CACZAN, Luciana. **Princípio da reserva do possível**. Blog Exame da OAB.com. Disponível em: <<http://blog.examedaoab.com/posts/direito/principio-da-reserva-do-possivel/35>> Acessado em: 22 de jun. de 2018.

CALCINI, Fabio Pallaretti. **Limites ao Poder de Reforma da Constituição: O Embate entre as Gerações**. São Paulo: Millennium, 2013.

CALLEGARO, Eduany W. S.. **A Judicialização da Saúde**. Disponível em: <http://www.ufjf.br/oliveira_junior/files/2011/08/AULA-18-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-Sa%C3%BAde.pdf> Acessado em: 15 de jul. de 2018.

CALMON, Eliana. **As gerações dos direitos e as novas tendências**. In: Dimensões do Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal. Ives Gandra Martins, José Roberto Nalini, organizadores. São Paulo: editora IOB, 2001.

CAPANO FF. **A leitura contemporânea da teoria da separação de poderes: desafio para a melhor efetivação das políticas públicas concretizadoras da Constituição**. In: Smanio GP, Bertolini PTM. O direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Atlas; 2013.

FIGUEIREDO, Mariana F. **Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro.** Some notes on the efficacy and effectiveness of the fundamental right to health in the context of Brazilian constitutional. *Direito à saúde - Boletim do Instituto de Saúde*, São Paulo, v. 12, n.3, dez. 2010.

FLEURY, Sônia. **Judicialização pode salvar o SUS, Saúde em Debate.** Rio de Janeiro, v.36, n. 93, abr./jun. 2012.

FREITAS, Cláudia Regina Maria de. O fundamental direito à saúde. *Revista Jurídica Consulex*, Minas Gerais, ano IX, n. 214, p.41-42, 15 dez. 2005.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade. Revista de Doutrina da 4ª Região.** Porto Alegre, n. 01, jun. 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/alexandre_lippel.htm> Acesso em: 03 de jun. de 2018.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos.** In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial.* São Paulo: Atlas, 2010.

MORETTO, Marcos Aurélio. **A política e a prática de saúde: suas consonâncias e dissonâncias.** Erechim: EDIFAPES, 2002.

PACHECO E SILVA, Antonio Carlos. **Direito à saúde.** São Paulo: s.c.p., 1934.

QUARESMA, Heloisa. **O Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento no Direito da Seguridade Social.** 2008. Disponível em: <<http://www.heloisaquaresma.com>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

RIBEIRO, Weslley C.; JULIO, Renata S. **Direito E Sistemas Públicos De Saúde Nas Constituições Brasileiras.** *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 3, p. 447-460, abr. 2011. Disponível em: Acesso em: 22 maio 2018.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, 11 set. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 02 jun. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.ver.e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

VASCONCELLOS, Jorge. **Controle Social deve atuar na busca de soluções para a Judicialização da Saúde, diz Presidente do CNS. Brasília**. 15 de setembro de 2016. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/09set16_Judicializacao.html Acessado em: 26 de jul. de 2018.