



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA  
CURSO DE DIREITO

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O ENFOQUE DA JUDICIALIZAÇÃO**

FERNANDO BARCELOS SANTOS

Goianésia-GO  
2017

FERNANDO BARCELOS SANTOS

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O ENFOQUE DA JUDICIALIZAÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade Evangélica de Goianésia em nível de Graduação, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Esp. Joilson José da Silva

Goianésia-GO  
2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO  
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O ENFOQUE DA  
JUDICIALIZAÇÃO**

Goianésia-GO, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora:

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota
Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota
Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

Dedico este trabalho aos meus pais, Elson Barcelos de Oliveira e Silmonia Aparecida dos Santos Oliveira, os quais mesmo distantes sempre me apoiaram e incentivaram nessa empreitada acadêmica.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, o qual tem sido minha fortaleza ao longo dessa jornada acadêmica, tendo permitido que eu alcançasse grandes vitórias jamais imaginadas.

À Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), aos professores, diretor, coordenadores e demais colaboradores, que com competência e dedicação nos propiciaram um excelente aprendizado para a vida profissional e pessoal.

Ao meu orientador, Prof. Esp. Joilson José da Silva, que com a sua sabedoria e experiência me incentivou constantemente no decorrer da minha jornada acadêmica. Sou grato por sua paciência e dedicação em me conduzir na produção deste trabalho.

À Prof. Dra. Maísa França Teixeira, por ser tão gentil, atenciosa e ter contribuído decisivamente para que esta pesquisa pudesse se concretizar.

Ao Fórum de Goianésia, especialmente ao Cartório da 2ª Vara Cível, onde tive a oportunidade de começar minha trajetória de estágio ainda no 2º período da faculdade. Agradeço ao Escrivão Bel. Jeferson Becker Haas e demais servidores desse órgão por sua atenção e colaboração.

À Procuradoria Regional de Goianésia, apresentada por sua Procuradora Dra. Anahara Domingos Justino por ter me concedido a chance de pôr em prática o conhecimento adquirido na faculdade.

A todos os amigos, colegas e familiares, em especial minha mãe, Silmonia Aparecida dos Santos Oliveira, por ter me proporcionado todo o conforto nos momentos de angústia. Ao meu sábio pai, Elson Barcelos de Oliveira, pessoa por quem tenho amor e admiração incondicional, por ser minha inspiração nos momentos de fraqueza. Aos meus irmãos, Renato Barcelos dos Santos e Elson Barcelos de Oliveira Júnior, por serem verdadeiros companheiros e amigos.

À minha namorada, Bruna Paula Matos, por sua companhia, apoio e alegria em me auxiliar quando precisei. Sou grato por sempre estar ao meu lado, me incentivando a não desistir dos meus sonhos. Agradeço à sua mãe, Lea de Paula Teixeira, por ter sido meu amparo nos momentos de dificuldade.

*“A maior genialidade não é aquela que vem da carga genética nem a que é produzida pela cultura acadêmica, mas a que é construída no deserto das dificuldades.”*

Augusto Cury (2013, p. 13)

## RESUMO

Pretendeu-se, nesta pesquisa, sondar a tênue linha que divide a atuação judicial indevida, porquanto não amparada pela ordem jurídica atual, e a intervenção legitimamente possível e necessária para assegurar direitos e suprimir omissões que vão contra os consectários constitucionais. Buscou-se verificar a função do Poder Judiciário diante das demandas que lhe são propostas. Questionou-se sobre a possível violação ao princípio da separação de poderes e a falta de legitimação democrática do Poder Judiciário para adentrar em matérias que, a princípio, estariam submetidas ao crivo da deliberação política. Analisou-se as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial em cotejo com as críticas à judicialização. Utilizou-se como aporte metodológico o bibliográfico, além de primar pela pesquisa de natureza aplicada, haja vista a importante abordagem prática que o tema oferece. Justifica-se a pesquisa em análise, na medida em que o ajuizamento de ações relacionadas ao direito à saúde tem sido prática constante no cenário brasileiro, suscitando posições, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais de diversos matizes. O estudo valeu-se de autores que se dedicaram à pesquisa da temática em tela, como Barroso (2014), Araújo, López e Junqueira (2016), Schulze e Gebran Neto (2016), entre outros. Ponderou-se que a solução judicial de questões políticas que envolvem o direito à saúde deve ser admitida com parcimônia, eis que não é a via tipicamente prevista para a fruição desse direito. Apenas em situações de evidente violação do direito à saúde é que a tutela jurisdicional se mostrará legitimamente adequada e em consonância com o ordenamento jurídico-constitucional.

**Palavras-chaves:** Direito à saúde; judicialização; mínimo existencial; Poder Judiciário; legitimidade.

## ABSTRACT

The search for the Judiciary aiming enjoy a right enshrined in the Constitution and not properly implemented by the Public Power, is a fact that has been largely realized in Brazil and the world over the years, traditionally known as "judicialization." In the case of health, there are certain procedures or medicines that are not contemplated by the Unified Health System, leaving the individual to join the Judiciary for to impose on the State the obligation to provide the claimed claim. Thus, the aim of this research is to inquire about the tenuous line that divides the undue judicial action, since it is not supported by the current legal order, and the intervention legitimately and necessary to ensure rights and suppress omissions that go against constitutional constitutional . It seeks to verify, therefore, the function of the Judiciary Power in the face of the demands that are proposed to it, here it is questioned about the possible violation to the principles of the separation of powers, its lack of democratic legitimacy to enter in matters that at the beginning would be submitted to the sieve of political deliberation, besides bringing to the discussion theories of the reserve of the possible and minimum existential. It was possible to conclude, in the light of the doctrinal thought analyzed, that the judicialization should be made with parsimony, since it is not the way typically envisaged for the enjoyment of this right. Only in situations of evident violation of the right to health will the judicial protection be legitimately adequate and in line with the legal-constitutional order.

**Key-words:** Right to health; judicialization; minimum existential; Judicial power; legitimacy.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 01 – DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>13</b>
1.1 Panorama histórico do direito à saúde .....	13
1.2 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.....	26
1.3 Previsão Legislativa infraconstitucional e estrutura atual .....	26
<b>CAPÍTULO 02 – CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ....</b>	<b>333</b>
2.1 Abrangência do conceito de saúde.....	333
2.2 A saúde como direito fundamental de segunda dimensão .....	35
2.3 A saúde como direito social e sua efetivação mediante políticas públicas	
46	
<b>CAPÍTULO 03 – JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....</b>	<b>59</b>
3.1 Aspectos gerais e principais causas da judicialização.....	60
3.2 Efetivação do direito à saúde pela via judicial e tendências atuais.....	68
3.3 Desafios da Judicialização no Brasil.....	77
3.3.1 Teorias da reserva do possível e do mínimo existencial .....	78
3.3.2 Legitimidade democrática do Poder Judiciário e sua capacidade	
institucional .....	90
3.3.3 Separação de Poderes.....	96
3.3.4 Regime de solidariedade entre os entes federativos.....	103
3.4 Parâmetros para a atuação judicial racional .....	105
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>122</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a análise do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, com especial enfoque na saúde, em virtude do crescente número de ações judiciais, buscando o implemento desse direito, culminando na intitulada judicialização. Por trazer discussões, não apenas no âmbito jurídico, mas na sociedade de modo geral, justifica-se este trabalho pela importância que transcende meros interesses individuais, afetando, direta ou indiretamente, a vida de quem depende dos serviços públicos de saúde.

Os serviços de saúde pública brasileiro, como ponderaram Schulze e Gebran Neto (2016), vêm enfrentando, nos últimos anos, dificuldades para sua efetiva prestação, o que gera nitidamente um total desrespeito aos postulados constitucionais que abrigam esse direito. Em razão disso, o Judiciário tem sido provocado para dar o devido respaldo e inibir a omissão estatal, garantindo ao postulante o bem da vida reclamado.

Assim, as questões submetidas ao Poder Judiciário, em matéria de saúde, vão desde dificuldades no agendamento de consultas e realização de cirurgias até a busca por insumos e medicamentos medicinais. Atribui-se a esse cenário, além da má gestão dos recursos públicos destinados ao atendimento dos direitos sociais, as dificuldades financeiras enfrentadas pelos entes políticos em atender prontamente a todos os casos que são apresentados, muito embora a doutrina e jurisprudência pátrias não venham se simpatizando com este último argumento (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Diante disso, indaga-se: O Poder Judiciário possui legitimidade democrática para imiscuir-se em matéria de políticas públicas relacionadas à saúde? O controle judicial de políticas públicas representa afronta ao princípio da separação de poderes? O argumento da reserva do possível constitui fator obstativo à realização do mínimo existencial? Em que medida os tribunais brasileiros vem admitindo o reclame do direito fundamental à saúde via judicial?

Tais indagações são fruto de amplas discussões doutrinárias e jurisprudenciais não somente no Brasil, mas também em outros países que enfrentam a mesma realidade, conforme se verá em momento oportuno. Em razão disso, é relevante dimensionar essa discussão à luz dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios, sobretudo quanto aos aspectos que constituem as indagações acima apontadas.

O objetivo deste trabalho, portanto, é verificar a função desenvolvida pelo Poder Judiciário em face das demandas que lhe são propostas, objetivando receber uma prestação social afeta à área da saúde, na medida em que se tem questionado sobre a possível violação aos princípios da separação de poderes, a sua falta de legitimação democrática para adentrar em matérias que, a princípio, estariam submetidas ao crivo da deliberação política, bem como a eventual possibilidade de oneração do Poder Público em razão da escassez de recursos.

Desse modo, para o desenvolvimento deste trabalho foi de fundamental importância a busca por autores que se dedicaram à pesquisa da temática em tela, sobretudo de Direito Constitucional, com enfoque na Teoria dos Direitos Fundamentais, obras voltadas especificamente para a questão da saúde, além de contar com ampla participação de cientistas da área política e social, que possuem substancial conhecimento da matéria tratada.

Dentre os autores citados, destacam-se: Barroso (2014), Barcellos (2017), Araújo, López e Junqueira (2016), Dias (2016), Cunha Júnior (2016), Schulze e Gebran Neto (2016), Lazari (2016), Clève (2011), além de contar com pesquisas de artigos científicos e sítios responsáveis pelo fornecimento de dados estatísticos, assim como a contribuição da jurisprudência brasileira e legislação constitucional e infraconstitucional relativa à discussão em epígrafe.

Sublinhe-se, ainda, que o acervo bibliográfico e documental, quanto aos aspectos técnicos da pesquisa científica, exerceram papel preponderante na concretização deste trabalho, considerando que é por meio do revolvimento de trabalhos, como artigos, livros, decisões judiciais, dentre outros trabalhos acadêmicos, que se possibilitou a exata compreensão e possíveis caminhos para a solução do tema em foco.

A relevância da pesquisa em apreço deve-se pelo seu reflexo não somente no plano teórico, mas principalmente prático, haja vista que, ao se admitir a judicialização desse direito, revestido de essencial fundamentalidade, estar-se-á a conservar, em última análise, o direito fundamental à vida. Além disso, a discussão desse assunto há muito vem merecendo os olhares da comunidade jurídica brasileira, mormente em face de seus possíveis efeitos colaterais nos orçamentos públicos.

Desse modo, espera-se alcançar, com esta pesquisa, os objetivos postos em discussão, esmiuçando todas as nuances que envolvem a temática, a fim de compreender de forma mais detalhada e chegar a uma resolução para a problematização proposta.

Diante disso, no primeiro capítulo abordou-se aspectos históricos da saúde no Brasil e no mundo, a fim de compreender seu surgimento e reconhecimento como direito público subjetivo do indivíduo. Analisou-se, ainda, o tratamento constitucional e infraconstitucional destinado à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, com a finalidade de dimensionar o conteúdo do direito à saúde, analisou-se os direitos fundamentais e sociais, haja vista ser de total relevância a perquirição a respeito do *status* jurídico conferido a este direito dentro da ordem jurídica pátria, assim como a maneira de sua efetivação por meio das políticas públicas.

Por último, no terceiro capítulo, averiguou-se o direito à saúde no contexto da judicialização, assim como as nuances envolvendo o alargamento deste processo no Brasil ao longo dos últimos anos. Especial atenção foi dispensada às temáticas envolvendo o mínimo existencial e a reserva do possível e a separação de poderes. Ao final, verificou-se eventuais soluções, à luz do arcabouço jurídico constitucional e ensinamentos da literatura jurídica nacional, ao adequado tratamento e efetivação da saúde pública brasileira.

## **CAPÍTULO 01 – DIREITO À SAÚDE**

A busca da tutela jurisdicional, com o propósito de fruição de um direito expressamente consagrado na Constituição e não implementado devidamente pelo Poder Público, é fato que vem se concretizando largamente no Brasil e no mundo nos últimos anos, sendo conhecido, tradicionalmente, como “judicialização”. Especificamente no caso da saúde, a discussão desse tema ganha relevo, uma vez que tal direito põe em jogo a própria vida do cidadão.

Conforme salientado por Cunha Júnior (2016), o gozo de um mínimo de direitos fundamentais é condição indispensável para o bom desenvolvimento de uma democracia e, no caso específico das políticas públicas, revela-se extremamente importante para que elas possam ser devidamente controladas.

Diante disso, torna-se necessário, inicialmente, fazer uma abordagem histórica do direito à saúde, a fim de possibilitar a exata compreensão do seu tratamento no decorrer da evolução social no Brasil e no mundo.

### **1.1 Panorama histórico do direito à saúde**

A história da humanidade é marcada por desastrosos acontecimentos ao longo dos séculos, tendo seu ápice de atrocidade a Segunda Guerra Mundial, marcada pelo massacre de milhões de pessoas, o que fez expandir o processo de justiça constitucional (BARROSO, 2014).

A partir desse evento, surge na consciência coletiva a necessidade de se buscar meios para a proteção humana, seja mediante abstenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos, seja pela busca de meios para garantir a existência humana de forma digna. Nesse sentido, o novo cenário do pós-guerra “provocou mudanças no cenário geopolítico mundial, mas, mais do que isso, criou uma maneira diferente de pensar o Direito, consubstanciada na reaproximação deste com a moral” (LAZARI, 2016, p. 29).

Dessa forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento datado de 10 de dezembro de 1948, surge como uma resposta a esses anseios da humanidade, visando garantir direitos sociais ao indivíduo e credenciá-lo a exigir do Estado atuação efetiva para implementá-los. Tais direitos são características ínsitas ao Estado Democrático, vez que é nesse terreno onde seu pleno desenvolvimento passa a ser fértil, pois conforme Cunha Júnior (2016, p. 512),

Este documento tornou-se um autêntico paradigma ético a partir do qual é possível aferir, constatar e até contestar a legitimidade de regimes e Governos. Os direitos nele reconhecidos representam hoje um dos mais importantes marcos de nossa civilização, pois visam a assegurar um convívio social digno, justo e pacífico.

A consagração do direito à saúde tal qual hoje se apresenta no Texto Magno<sup>1</sup>, decorreu de uma gradativa evolução na consciência coletiva associada, obviamente, ao Estado Democrático. As primeiras noções de saúde de que se tem relato guardavam estreita relação com aspectos religiosos, pois,

[...] os povos primitivos tinham preocupação com a limpeza e com o asseio pessoal, no entanto, tal atitude não estava intimamente ligada à ação de saúde em si, mas sim à religião, as pessoas acreditavam que ao manterem-se limpas se apresentavam puras aos olhos de Deus (MARTINS, 2008, p. 15)

O mesmo autor complementa aduzindo que na Grécia Antiga as origens das doenças estavam relacionadas com o sobrenatural, espíritos malignos, e, com o objetivo de combatê-los, realizavam-se rituais. Somente no período romano, entre os anos de 42 e 130 d.C. é que as patologias relacionadas à saúde começaram a aclarar na consciência humana, uma vez que se passa a atribuir a fatores ambientais os efeitos causados pelas enfermidades.

Na Idade Média, a saúde não teve significativos avanços, ao revés, houve um nítido retrocesso, eis que a dominação religiosa novamente imperava na consciência humana, atribuindo as principais causas das doenças

---

<sup>1</sup> Constituição Federal (...)

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.

aos castigos de Deus. Destaca Martins (2008) que nesse período as superstições relacionadas aos problemas de saúde eram abundantes, além de haver carência de conhecimentos científicos, usando-se de oração, penitência e invocação de santos como forma de curar as doenças, as quais eram consideradas obras de demônios.

Somente com o Renascimento (1500-1750) e o Iluminismo (1750-1830) houve, com a corporificação paulatina da questão sanitária, uma substancial evolução no campo da saúde. Esse período foi marcado por importantes descobertas sobre o corpo humano, além de grande evolução da ciência e das primeiras políticas relacionadas à saúde. Porém, segundo Martins (2008), embora tenha havido uma valorização da pessoa humana, tais períodos estavam mais voltados ao direito de liberdade do que necessariamente à questão da proteção à saúde em si.

Com a implantação do Estado Liberal, há um afastamento da atividade estatal do cenário social, dando-se primazia aos direitos individuais e adotando o liberalismo econômico defendido por Adam Smith, o qual pregava que o Estado tinha como fim fundamental o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão, proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro, bem como manter certas obras públicas e instituições (CUNHA JÚNIOR, 2016).

O Estado detinha uma postura passiva diante da atividade econômica e social, período marcado pelo intitulado liberalismo estatal, o qual tinha como característica precípua,

[...] o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado na vida do homem. Seu propósito, assim, era excluir o Estado do domínio privado, interditando-lhe plenamente a ingerência nesse campo, em prol das liberdades públicas. Nesse contexto, sobressai-se a teoria liberal dos direitos fundamentais, segundo a qual estes são direitos de liberdade frente ao Estado, cumprindo ao ente estatal tão-somente garantir-lhes o exercício, sem qualquer embaraço (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 522)

Os direitos conquistados com o pensamento liberal-burguês do século XVIII traduzem-se no que a doutrina convencionou chamar de direitos humanos de primeira dimensão, marcados pelo respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos. Lenza (2016) argumenta ainda serem direitos de resistência

ou de oposição perante o Estado, inferindo que importantes documentos históricos foram marcantes para a construção desses direitos, como por exemplo, a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei “João Sem Terra”, a Paz de Westfália de 1648, o *Habeas Corpus Act* de 1679, o *Bill of Rights* de 1688 e as Declarações Americana de 1776 e Francesa de 1789.

Tal panorama, como entende Cunha Júnior (2016), ganha novos contornos no século XX, a partir das transformações nas estruturas políticas e econômicas da sociedade, notadamente, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, o que fez acelerar essas mudanças pela busca da conformação da ordem social pelo Estado.

Exemplifica o autor que dentre os fatores responsáveis por esse remodelamento na estrutura do Estado, deveu-se aos desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, a inexistência de garantia da renda, preço, lucro e salários justos, diante da concentração do capitalismo de grupos, a opressão dos fracos pelos mais fortes em decorrência da falta de controle e regulamentação etc.

Assim, o Estado do bem-estar social, também conhecido como *Welfare State*, surge com o manifesto propósito de efetivar e integrar o Estado na consecução das políticas sociais, acabando com a predominância do direito privado e assumindo papel de destaque na realização desses direitos (CUNHA JÚNIOR, 2016).

Ressalte-se que é nesse período, conforme ponderações de Martins (2008), que as reivindicações políticas e sociais começam a ser atendidas pelo Estado, ainda que de forma bastante tímida, pois, em um primeiro momento, as conquistas alcançadas objetivavam obrigar o ente estatal a se abster de interferir na vida dos particulares.

Um dos mais importantes marcos de proteção da saúde e dos demais direitos fundamentais, deu-se a partir do século XX, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o que fez evidenciar a preocupação internacional com a proteção dos direitos fundamentais, dentre eles a saúde. A partir de então, a noção de que se tinha sobre esse direito passa por uma reconfiguração, no

sentido de que o Estado assume, efetivamente, a responsabilidade pela plena implementação desse direito social (MARTINS, 2008).

Outro marco relevante de proteção social à saúde, também em nível internacional, resultou com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), organismo que representou significativo avanço na busca de proteção à saúde, pois,

Em 10 de dezembro de 1948 (Paris), a Organização Mundial da Saúde (OMS), com o intuito de proteger o direito de assistência à saúde, reconheceu este direito como fundamental na 3ª sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, declarando que: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si 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 (Declaração dos Direitos do Homem, artigo 25, 1) (MARTINS, 2008, p. 17).

No Brasil, uma das primeiras iniciativas de organização e implementação de medidas de saúde pública ocorreram no início do século XX. Tais medidas visavam incrementar segurança na área sanitária, as quais tiveram como precursor Oswaldo Cruz, nomeado pelo Diretor-Geral da Saúde Pública pelo Governo Federal em 1903 (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Essas medidas, arrematam os supracitados autores, tinham como função promover a desinfecção e remoção de construções que apresentassem riscos de natureza sanitária, a necessidade de notificar casos de doenças infecciosas e a obrigação de vacinar, iniciativas estas responsáveis por gerar movimentos populares contrários no Rio de Janeiro, conhecidos como Revolta da Vacina.

Logo em seguida, com a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), cuja autoria foi do Deputado Eloy Chaves, apenas os ferroviários foram contemplados com esse sistema de proteção, o qual era financiado por empresas e empregados, tendo como objetivo oferecer serviços médicos e previdenciários, estendendo-se, mais tarde, a outras categorias empresariais.

Na era Vargas as CAPs foram convertidas em Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) “os quais tinham *status* de autarquias federais e eram estruturados não mais por empresas, mas por categorias laborais” (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 32).

Em termos constitucionais, à luz dos ensinamentos de Araújo, López e Junqueira (2016), a Constituição de 1824 não tratou expressamente do direito à saúde, sendo que, somente com a primeira Constituição Republicana de 1891, houve previsão do direito à aposentadoria, cujos destinatários eram os funcionários públicos em casos de invalidez.

Entretanto, foi com a Constituição de 1934 que o direito à saúde passou integrar de forma expressa o rol de direitos dos trabalhadores, visando proteger essas pessoas das condições degradantes a que estavam sujeitas. Referido documento constitucional, segundo ensinamentos de Martins (2008), teve nítida influência das Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar de 1919.

Mencionam Araújo, López e Junqueira (2016) que um dos prestígios dessa Constituição está no fato de que ela previu a competência concorrente da União e dos Estados para cuidarem da saúde e assistência públicas.

Além disso,

(...) a constituição de 1934 privilegiava a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente de trabalho ou de morte (...) (MARTINS, 2008, p. 42)

Por seu turno, a Constituição de 1937, embora abrangesse os riscos sociais e assistenciais destinados ao trabalhador e à gestante, velhice, invalidez e acidentes do trabalho, era-lhe peculiar um aspecto negativo, pois “não cogitava nada acerca dos benefícios sociais e sobre seu custeio, tampouco dispunha sobre a contribuição da União” (RAEFFRAY, 2005 *apud* MARTINS, 2008, p. 42). Essa Constituição, conforme se vê, representou um retrocesso em matéria de direitos sociais, eis que idealizada sob o pálio do Estado liberal, dissociou-se dos princípios básicos de justiça e promoção da dignidade humana (MARTINS, 2008).

Em 1946, a constituição vigente ainda permanece até então voltada com mais atenção ao trabalhador, havendo significativa mudança de perspectiva quanto ao destinatário desse serviço, com a criação do Ministério da Saúde em 1950, por meio da Lei nº 1.920, sendo regulamentada pelo Decreto nº 34.596

de 16 de novembro do mesmo ano (MARTINS, 2008). Ainda nessa década, foi criada a Lei nº 2.312, “que dispõe sobre normas gerais de „Defesa e proteção à Saúde”, e, àquela época, já afirmava sobre o dever do Estado, bem como da família, de defender e proteger a saúde do indivíduo” (MARTINS, 2008, p. 43).

Em termos de legislação infraconstitucional, Araújo, López e Junqueira (2016) enfatizam que foi a Lei nº 2.312 de 1954 quem estabeleceu as diretrizes gerais sobre defesa e proteção da saúde, a qual aduzia em seu artigo 1º que era dever do Estado, bem como da família defender e proteger a saúde do indivíduo. Em regulamentação a essa Lei, editou-se o Decreto nº 49.974-A de 1961, denominado de Código Nacional de Saúde.

A Constituição de 1967 priorizou a assistência médica curativa e individual, expandindo conseqüentemente a cobertura assistencial, sendo criado, por meio da Lei 6.229/75, o Sistema Nacional de Saúde, o qual separava as ações de saúde pública das ações de atenção às pessoas (MARTINS, 2008). Elucidativas, a propósito, são as anotações de Araújo, López e Junqueira (2016, p. 33) ao disporem que,

A Constituição de 1967, a seu turno, reafirma a competência da União para estabelecer planos nacionais de educação e de saúde (art. 8º, XIV), e legislar sobre normas gerais de seguro e previdência social e de defesa e proteção da saúde (art. 158, inc. XVII). Mantém-se ainda o vínculo entre a assistência à saúde e a condição de trabalhador, como direito desse, assegurando-se a ele assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, além de previdência social, esta mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e nos casos de doença, velhice, invalidez e morte.

Em seguida, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, houve a manutenção daquele dispositivo previsto na Constituição de 1967, havendo ainda preocupação no que diz respeito ao custeio dos benefícios elencados como assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, além dos previdenciários nos casos de doença, velhice e invalidez (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Por conseguinte, em 1975, com a promulgação da Lei nº 6.229, houve a distribuição de competências distintas para os Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios no que concerne à promoção da saúde. Contudo,

consoante assinalam Araújo, López e Junqueira (2016), a esfera municipal não obteve êxito em sua atribuição.

Posteriormente, a Lei nº 6.439 de 1977, foi responsável por instituir o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, o qual era composto por várias instituições, dentre elas, o Instituto Nacional de Previdência Social, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, cujo escopo principal era atender exclusivamente às pessoas que possuíam carteira de trabalho, e a Central de Medicamentos (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

No entanto, conforme visto, apesar do incremento dessas instituições, a saúde ainda padecia de integração, uma vez que se restringia aos trabalhadores com vínculos formais, ou seja, que possuísem Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) assinada. Em função disso, houve forte debate acerca do real papel a ser desempenhado por um sistema público de saúde, dando ênfase não mais ao tratamento individual, mas considerando um contexto coletivo (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Nesse sentido, atentando-se para os novos caminhos que a saúde pública passaria a seguir, especialmente a partir da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, considerada o ápice dos momentos de reforma sanitária brasileira, Araújo, López e Junqueira (2016) lecionam que por meio desse evento, tornou-se possível a reconfiguração do sistema de saúde público, na medida em que teve forte impacto, posteriormente, na temática relativa à saúde a ser tratada no bojo da Constituição Federal de 1988.

## **1.2 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**

Nas democracias atuais, a saúde é tratada como um valor de superioridade, porquanto se vincula à própria vida do indivíduo e dela não se pode apartar. À vista disso, sua previsão passou a ser reconhecida em textos constitucionais, assim como em outros importantes documentos de âmbito

internacional, consoante mencionado em passagens pretéritas (MARTINS, 2008).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, preambularmente propugna em seu texto de abertura a busca pelo exercício dos direitos sociais, bem como pelo bem-estar e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. De forma expressa, o direito à saúde surge no artigo 6º, ao lado de outros direitos sociais, tais como a educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados e, recentemente, incluído por meio da Emenda Constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015, o transporte.

Ademais, a saúde, conjugada com a previdência e a assistência social compõem a rede de proteção estatal, intitulada seguridade social, prevista no artigo 194 da Constituição, sendo tratada mais detalhadamente no artigo 196 e seguintes. Malgrado a seguridade social seja composta destes três pilares, cada um possui uma peculiaridade específica, principalmente a saúde, que diferentemente da previdência e assistência social, não pressupõe qualquer contribuição ou o atendimento por parte do beneficiário a qualquer condição prévia, a fim de que possa usufruir dos serviços públicos de saúde (IBRAHIM, 2016).

Destaca Ibrahim (2016, p. 5) que “a Constituição Federal de 1988, criou um sistema protetivo com objetivo de amparar e dar o devido respaldo aos anseios da população na área social”. Essa rede de proteção social, somente surgiu com a constituição atual, cujo ator principal é o Estado, que tem por finalidade promover e providenciar a manutenção de um padrão mínimo de vida aos indivíduos que o integram.

A atuação estatal nesse campo decorre das premissas que inauguram esse tema na Constituição, denominado “Da ordem social” constante do Título VIII, ao estabelecer os valores do bem estar e justiça sociais, os quais são a base do Estado brasileiro. Tais valores, portanto, são os fundamentos pelos quais o Estado tem o dever de assumir o papel de dar a cada indivíduo um mínimo de proteção (IBRAHIM, 2016).

Argumentando sobre esses valores, destaca Ibrahim (2016, p. 6) que,

O bem-estar social, materializado pela legislação social, traz a ideia de cooperação, ação concreta do ideal de solidariedade, superando-se o individualismo clássico do estado liberal. De acordo com o art. 3º da Constituição, o bem estar pode ser também definido como a erradicação da pobreza e desigualdades, mediante a cooperação entre os indivíduos.

Visando estabelecer as balizas protetivas perseguidas pelo Estado brasileiro, Ibrahim (2015, p. 5) leciona que,

[...] o objetivo do constituinte originário foi criar um sistema protetivo, até então inexistente em nosso país, e certamente os autores de língua espanhola tiveram sua influência na elaboração da norma. O Estado, pelo novo conceito, seria responsável pela criação de uma rede de proteção, capaz de atender aos anseios e necessidades de todos na área social.

Nesse sentido, é correto concluir, à luz dos ensinamentos de Schulze e Gebran Neto (2016), que a vigente Constituição, diversamente dos Textos constitucionais de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/1969, as quais apenas disciplinavam a competência da União em estabelecer e executar um plano nacional de saúde eleva tal direito ao patamar de direito social de índole manifestamente fundamental. Além disso, o atual Texto prevê diversas regras de competência legislativa, planejamento e execução, revelando a preocupação do legislador constituinte ao lidar com tal matéria.

Dentre as demais disposições elencadas na Constituição Federal relativas ao direito à saúde, merece registro o artigo 23, inciso II, o qual preconiza a competência comum da União, dos Estados e Municípios para cuidar da saúde, assim como a competência da União para legislar sobre normas de direito sanitário, disposta no artigo 24, inciso XII.

Ademais, também contempla a competência dos Municípios em prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população, consoante artigo 30, inciso VII. Por fim, lembram Schulze e Gebran Neto (2016), além destas e outras disposições, aquela relacionada à previsão de limites mínimos de aplicação de recursos orçamentários na saúde prevista no artigo 34, inciso VI, alínea “e” da Constituição Federal.

Relevante aspecto da saúde pública brasileira a partir de sua incorporação ao texto constitucional refere-se ao caráter universalista que tal direito passou a ostentar, uma vez que, conforme narrado em linhas pretéritas, o Estado apenas destinava a saúde a um público bastante restrito, como ocorria com os trabalhadores. Nesse sentido, ao propugnar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, o texto constitucional deixa clarividente que não deve haver requisitos ou discriminações para fruir esse direito (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Todavia, quanto ao princípio da universalidade, enfatizam Schulze e Gebran Neto (2016, p. 125),

Lidas de modo descontextualizados, as expressões acesso universal e atendimento integral podem levar a uma compreensão diversa daquela que originalmente concebida. E, ainda que não esteja vinculado à *mens legislatoris*, há uma exegese divorciada da realidade e contrária à *mens legis*.

Nessa linha de entendimento, ao contrário do que inicialmente pode querer transparecer, pelo princípio da universalidade, regente que é do direito à saúde, busca-se garantir ao ser humano condições necessárias para o gozo e acesso das prestações de saúde, visando ainda superar o antigo modelo, no qual se amparava apenas quem detivesse vínculo com o sistema previdenciário. Assim, a limitação de beneficiários não mais subsiste, eis que conforme leciona Schulze e Gebran Neto, (2016, p. 126), “a nova ordem constitucional incluiu no sistema de saúde todos os brasileiros, eliminando qualquer obrigatoriedade de registro anterior ou contribuição”.

Por sua vez, ao lado da universalidade, tem-se o princípio da igualdade, também norteador da prestação da saúde, o qual impõe a necessidade de se conferir tratamento igual a situações de mesma equivalência, não se admitindo diferenciações de acesso às ações e serviços de saúde no âmbito do SUS (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Registre-se, ademais, que embora não esteja previsto nem na Constituição Federal nem na Lei 8.080/90, impõe-se reconhecer o princípio da

equidade, dada as desigualdades sociais e regionais presentes no Brasil. A doutrina ressalta a relevância da sua aplicabilidade,

O princípio da equidade está associado a diferença de necessidades entre as pessoas, cabendo a distribuição de bens e serviços em vista dessa diversidade, e não de forma homogênea. Assim a equidade leva ao tratamento das diferenças com vistas à igualdade, ou seja, a equidade complementa a igualdade. [...] A equidade, portanto, está diretamente relacionada aos conceitos de igualdade e de justiça. Poder-se-ia dizer que, dentro do sistema nacional de saúde, consiste no atendimento aos indivíduos de acordo com suas necessidades, reconhecendo-se as diferenças nas condições de vida e saúde das pessoas, e considerando as dimensões geográfica e sociais do país (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 44-45).

Igualmente, consoante entendem Schulze e Gebran Neto (2016), o princípio da integralidade deve servir como vetor interpretativo e de atendimento das políticas públicas afetas à área da saúde. É equivocado o entendimento desse princípio como direito a todo o tipo de prestação estatal amplo e irrestrito, vez que não há país que garanta tal direito com essa dimensão. Dito de outro modo, o princípio da integralidade visa obrigar que o Poder Público estabeleça políticas públicas, voltadas ao atingimento e efetivação da prestação mais adequada de saúde possível, num processo progressivo de incorporação de procedimentos, tecnologias e medicamentos.

Nessa linha de intelecção, o artigo 7º da Lei 8.080/90 traz o princípio da integralidade, o qual é, atualmente, conforme narrado, responsável por gerar discussões sobre sua real significação e abrangência, tendo em vista que, especialmente nos pedidos judiciais de medicamentos e tratamentos, haveria certo desvirtuamento do aludido princípio, na medida em que,

[...] é comum o deferimento de toda e qualquer tecnologia de saúde pleiteada, sem uma avaliação aprofundada da sua real necessidade ou efetividade. O Judiciário, majoritariamente, segue entendendo que a integralidade significa o acesso incondicional a qualquer medicamento ou tratamento [...] (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 47).

Dissertando sobre as especificidades da estrutura do sistema de saúde brasileiro, mais especificamente, o Sistema Único de Saúde, observam Araújo, López e Junqueira (2016) que a Constituição Federal, ao atribuir a característica de único a esse sistema, quis se referir que haveria um só

planejamento para as ações e serviços de saúde, públicos ou privados, independentemente da esfera governamental.

Com efeito, com a constitucionalização da saúde, especificamente nos artigos 196 e 198 do Texto Magno de 1988, há uma nítida reorientação em face da tendência médico-hospitalar verificada nos modelos anteriores, além do que, a União não mais passa a exercer de modo centralizado o dever de prestar esse direito, pois tal encargo é pulverizado para as demais esferas de governo. Assim,

Abandonou-se um sistema que considerava a saúde pública como dever do Estado apenas no sentido de coibir ou evitar a propagação de doenças que colocavam em risco a saúde da coletividade, e assumiu-se que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas públicas, além da prestação de serviços de recuperação, promoção e prevenção. A visão epidemiológica da questão saúde/doença, que privilegia o estudo de fatores sociais, ambientais, econômicos e educacionais possíveis de gerar enfermidade, passou a integrar o direito à saúde (SANTOS; ANDRADE, 2009 *apud* ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 38).

Nesse sentido é que opera a descentralização como princípio norteador do sistema de saúde, uma vez que o mesmo trabalha com a noção de cooperativismo entre os entes federativos, significando dizer que,

[...] implica na transferência de poder e de competências do nível central para os níveis locais e pressupõe a definição de novas atribuições para os entes federados envolvidos, bem como a organização de novas estruturas administrativas. Abrange, portanto, a distribuição de poder decisório, de gestão administrativa e de recursos financeiros, antes aglutinados na esfera federal, para Estado-Membros e, principalmente, para os Municípios, além do Distrito Federal (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 51).

Nessa linha de compreensão, a Lei 8.080/90 trata especificadamente das competências das entidades federativas, atribuindo a cada qual sua porção de responsabilidade, sem descuidar, obviamente, de atribuições a serem exercidas de forma comum. Conforme Araújo, López e Junqueira (2016, p. 55),

Assim, na esfera municipal, tem-se o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), e, na esfera estadual, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), os quais possuem representação no Conselho Nacional de Saúde, este integrado também por representantes da União. A par disso, a Lei nº 8.142/90 também prevê a realização de conferências de saúde, em cada esfera de governo, a fim de „avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes“ (art. 1º, §1º).

De igual importância, a Lei 8.142 de 1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, por meio de criação de conferências e conselhos de saúde em cada esfera de governo.

### **1.3 Previsão Legislativa infraconstitucional e estrutura atual**

O Brasil, ao menos no plano da normatividade, sobressai-se como um dos países mais avançados em relação ao direito à saúde, propugnando tanto no texto Constitucional quanto na legislação ordinária de regência, um sistema universalista e integral (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Deveras, o projeto aspirado pelo constituinte de 1988 em promover a efetiva concretização dos postulados constantes do artigo 3º da Constituição Federal – construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzindo as desigualdades sociais e regionais -, vem sendo evidenciada na criação de programas governamentais e regulação legislativa de preceitos constitucionais que albergam direitos, como é o exemplo da saúde (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Nesse particular, oportunas as observações de Schulze e Gebran Neto (2016, p. 121) para quem,

Exemplo maior dessa promessa em construção é o Sistema Único de Saúde, um ambicioso projeto de superação do modelo anterior, fincado no art. 6º, da Constituição Federal, que garante a saúde como direito fundamental, e nos preceitos do art. 196 e seguintes, do referido diploma, que reprisam a saúde como direito de todos e dever do Estado, impondo ao Poder Público o estabelecimento de ações e serviços de saúde, na forma da lei (art.197, CF). Colmatando a Carta Política, veio à luz a Lei nº 8.080/90, que organizou o Sistema Único de Saúde e estabeleceu direitos e deveres para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Nesse compasso, com o escopo de unificar a saúde pública brasileira, foi instituído o Sistema Único de Saúde, resultado da incorporação das propostas estabelecidas pelo movimento da Reforma Sanitária brasileira. Nas preciosas lições de Schulze e Gebran Neto (2016, p. 163),

Este Sistema Único de Saúde representa a contemplação constitucional e legal das reivindicações do chamado *movimento sanitário* defendido por médicos e profissionais da saúde por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, que deu origem à Carta Magna de 1988.

Assim, visando regulamentar os principais aspectos da saúde pública brasileira, editou-se a Lei nº 8.080 de 1990, responsável por delinear as diretrizes do Sistema Único de Saúde no Brasil. Referido diploma normativo possui destaque, uma vez que representa, na visão de Martins (2008), grande avanço, ao menos no plano abstrato, em matéria de saúde pública.

Nessa linha de compreensão, mister se faz analisar, em breve síntese, as peculiaridades do Sistema Único de Saúde preconizado pela Constituição Federal e sua conformação legal. Destacam Araújo, López e Junqueira (2016) que a União tem seu espaço de atuação preponderante quanto às tarefas de planejamento e financiamento das políticas públicas, sobejando aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios as atribuições de execução das ações e serviços de saúde. É de se notar, portanto, o caráter supletivo das incumbências da União, além do que, só atua diretamente na prestação da saúde em casos específicos previstos na legislação de regência.

Por seu turno, merece destaque as diretrizes da regionalização, descentralização e hierarquização, informadores do sistema de saúde brasileiro. Quanto ao primeiro, sua compreensão está atrelada ao aspecto territorial nos serviços de saúde. Para Araújo, López e Junqueira (2016, p. 53),

Estados e Municípios devem, assim, identificar suas necessidades em saúde, e a partir daí, atentos aos ditames de cooperação e integração, buscar a utilização de estratégias e instrumentos de gestão (a exemplo dos consórcios) que possibilitem o planejamento, a organização e a execução de serviços de forma conjunta e regionalizada, com vistas à eficiência e efetividade.

Noutro vértice, a descentralização, na acepção que lhe confere o Texto Constitucional, deve ser entendida como a transferência de poder e de competências do nível central para os níveis locais, em nítida oposição ao antigo sistema que centrava o poder decisório, a gestão administrativa e os recursos financeiros somente na esfera federal. Com o novo arranjo traçado pela Constituição, vige um verdadeiro sistema de cooperação e coordenação entre os entes federativos (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Por fim, como última diretriz do SUS, tem-se a hierarquização. É de se advertir, entretanto, à luz das ponderações de Araújo, López e Junqueira (2016), que ao contrário do que possa transparecer, essa característica do sistema de saúde brasileiro não significa que há uma relação de subordinação entre os entes federativos, senão que a assistência à saúde desenvolve-se em três níveis de complexidade: baixa, média e alta.

Assim, no primeiro nível situa-se as unidades básicas de saúde, com o emprego de meios simples de sua promoção, cujo principal aspecto é atuação preventiva na sua devida preservação, isto é, sua destinação busca ofertar serviços mais elementares, por isso abrange a maior parte dos problemas de saúde da comunidade (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Já o segundo nível – média complexidade –, reclama maior atenção quanto ao fornecimento de profissionais especializados, bem como a utilização de recursos tecnológicos mais avançados, na exata medida em que há a presença de alguma enfermidade cujas nuances não podem receber o mesmo tipo de tratamento que o conferido ao de baixa complexidade ofertado nas unidades básicas (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Por exigir altos dispêndios econômicos, sustentam Araújo, López e Junqueira (2016) que o terceiro nível de complexidade centra-se em Municípios de maior aporte financeiro, uma vez que o quadro clínico nessas situações já

não comporta um tratamento desprovido da devida sofisticação tecnológica que o caso reclama.

Além disso, importa ressaltar ainda, na linha de entendimento de Araújo, López e Junqueira (2016) que o gestor público, além de observar as diretrizes norteadoras do sistema de saúde pública brasileiro, deve se atentar para os princípios que regem a Administração Pública, estatuídos no artigo 37 da Constituição Federal.

Elucidativas, a propósito, são as anotações tecidas por Araújo, López e Junqueira (2016, p. 58) ao analisarem os princípios informadores da administração pública, e, portanto, com plena aplicação em matéria dos serviços de saúde, com especial destaque para o princípio da eficiência, pois

[...] no campo das políticas públicas, em particular em relação à saúde, sobressai a importância do princípio da eficiência, tanto no sentido da análise de custo-efetividade da padronização de tratamentos e insumos por parte dos órgãos sanitários, bem como das consequências diretas à saúde decorrentes de omissão do Estado na implementação de políticas amplas de melhoria da qualidade de vida, a exemplo de intervenções em saneamento básico.

Em continuação à reflexão acerca da estrutura do SUS, Gandini, Barione e Souza (2007) destacam que o Ministério da Saúde é o responsável por formular uma lista de medicamentos que devem estar disponíveis na rede pública de saúde, designada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Esta listagem é atualizada periodicamente, levando em conta os agravos e patologias mais relevantes que acometem a sociedade.

A proibição de fornecimento de medicamentos e tecnologias sem o respectivo registro ou autorização de uso pela ANVISA encontra expressa previsão legal, sendo estabelecido que são vedados, em todas as esferas de gestão do SUS,

I – o pagamento o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou se uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;

II – a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA (LEI Nº 8.080/90, art. 19-T).

Cumpra mencionar ainda que, importante entidade responsável por exercer atividade fiscalizatória no que tange ao sistema de saúde, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada por meio da Lei nº 9.782/99, com a natureza de autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, tem como finalidade, segundo preceitua o artigo 6º do referido diploma legal acima referenciado, “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária”.

Ademais, dentre os diversos órgãos incumbidos de destinar suporte ao Ministério da Saúde quanto ao estudo de incorporação de novas tecnologias, tem-se a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), cujo papel primordial é assessorar esse Ministério na incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, assim como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretrizes terapêuticas. Conforme ensinam Schulze e Gebran Neto (2016, p. 66),

O papel da CONITEC é desenvolver estudos técnicos para auxiliar o Ministério da Saúde na incorporação de novas tecnologias. A decisão pela incorporação ou não incorporação da nova tecnologia é proferida de forma democrática, tendo em vista que a CONITEC é entidade plural, cuja composição deverá contemplar um representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de um representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

Dissertando sobre sua composição, Schulze e Gebran Neto (2016, p. 209) enfatizam que,

A composição da CONITEC é heterogênea, com a plenária composta por 13 membros, sendo representantes do Ministério da Saúde (a quem cabe a presidência), representantes do Conselho Federal de Medicina – CFM, do Conselho Nacional de Saúde – CNS, Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – CONASS, Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS, Agência Nacional de Saúde – ANS, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, nos termos do Decreto nº 7646/2011.

Vê-se, portanto, que a entidade acima referida desenvolve relevante papel social e institucional, pois além de assessorar o Ministério da Saúde

ainda realiza consultas públicas a fim de conferir legitimação democrática e ampla participação social nas discussões acerca da incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS, o que guarda perfeita harmonia com a diretriz Constitucional estabelecida no artigo 198, inciso III<sup>2</sup>.

Todavia, em que pese haver no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica regulando a matéria em questão e contar com robusto aparelhamento institucional, é coerente admitir que se está longe de se atingir um patamar mínimo de satisfação na prestação dos serviços de saúde. Os fatores responsáveis por esse quadro são vários, dentre os quais se inclui, de forma exemplificativa, a má gestão dos recursos públicos (MARTINS, 2008).

Sobre esse aspecto, oportunas as ponderações articuladas por Tutungi Júnior (2012, p. 237-238) para quem,

No plano prático, entretanto, não foi o que ocorreu. Como já ressaltado em momentos anteriores, o histórico do ordenamento pátrio de má gestão de recursos públicos, associado a fraudes, corrupção, violação à moralidade e atos de improbidade administrativa levou o SUS quase à “falência”. Some-se a isso o aumento populacional e o aumento na expectativa de vida do brasileiro, que invariavelmente proporcionaram aumento na demanda dos serviços de saúde.

Comungando com essa mesma percepção, qual seja, a ineficiência da estrutura da saúde pública brasileira, enfatizam Gandini, Barione e Souza (2007, p. 4) que,

[...] de forma paradoxal, pela sua própria extensão e complexidade, essa estrutura vem se mostrando ineficaz. Seu funcionamento demanda alto custo, há falta de investimentos, a pluralidade de normas não raro gera controvérsias que dificultam a atuação, enfim, há uma série de elementos que podem ser apontados como causas da “falência” dessa estrutura.

É possível notar, portanto, que o atual aparelhamento estatal, visando propiciar a efetiva fruição do direito à saúde, representou significativo avanço,

---

<sup>2</sup> Constituição Federal [...]

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

[...]

III - participação da comunidade.

na medida em que além de contar com um regramento extremamente denso e detalhado de estruturação do serviço de saúde, dispõe de vários órgãos e entidades responsáveis por assessorar e viabilizar a prestação desse direito.

Contudo, consoante reflexões de Schulze e Gebran Neto (2016) a evolução da ciência e o surgimento de novas tecnologias, são fatores que exigem um constante acompanhamento por parte dos profissionais da saúde e, notadamente, da administração pública, eis que protagonista do fornecimento desse serviço.

## **CAPÍTULO 02 – CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Discorrer sobre saúde pública é perquirir sobre o real significado que envolve essa locução, tendo em vista que, no modelo constitucional brasileiro, o principal prestador de serviços públicos é o Estado, o qual se arvora, em certas situações, a detentor monopolista dos serviços públicos mais essenciais, prestando-os sob sua exclusiva titularidade, por sua conta e risco. Todavia, casos há em que, mesmo reservando para si a titularidade do serviço público, o Estado transfere o seu exercício para terceiros, para que esses possam, em regime de colaboração, auxiliar o Estado na prestação de serviços não exclusivos, como é o caso da saúde (MARTINS, 2008).

Nesse sentido, impõe-se analisar qual a abrangência do conceito de saúde, dado que em tempos remotos tal palavra tinha seu campo de abrangência limitado tão somente aos aspectos físicos, tratado como sendo meramente a ausência de doença no corpo do enfermo. Será que essa noção de saúde ainda subsiste na contemporaneidade, especialmente sob a égide da atual Constituição Federal? É o que se pretende averiguar.

### **2.1 Abrangência do conceito de saúde**

A vida humana digna, consoante prevê a Constituição Federal, e na esteira dos ensinamentos de Martins (2008), possui íntima relação com a vida saudável, uma vez que sem amparo estatal quanto aos aspectos que envolvem a saúde não se poderia imaginar uma vida com dignidade. O núcleo essencial do direito à saúde transborda, por consequência, o simples estado físico da pessoa, porquanto o verdadeiro valor de justiça social nessa área, extraído do corpo constitucional, mostra-se mais extensivo.

Desse modo, embora em um primeiro momento se possa imaginar a saúde como mero estado de ausência de enfermidades, nota-se certo

consenso doutrinário no sentido de que tal direito, na sociedade atual, possui conotação mais abrangente, na medida em que não se esgota somente nos aspectos curativo, preventivo e promocional, que obviamente são relevantes atributos para a conservação hígida da saúde.

Martins (2008), em comentários à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento datado de 1789, acentua que da simples leitura do texto deste documento, percebe-se que a saúde não se resume meramente à ausência de doenças ou seus agravos, mas possui conotação mais ampla, pois em verdade, a saúde significa o completo e prioritário estado de bem-estar de ordem física, mental e social do ser humano, resultando das condições objetivas de existência.

Assim, o amplíssimo sentido atribuído à noção de saúde, a toda evidência, também envolve questões outras, não se esgotando no mero aspecto físico, como equivocadamente se possa imaginar. No mesmo sentido, afirmam Ventura *et al.* (2010, p. 5) que,

[...] saúde é sobretudo uma questão de cidadania e de justiça social, e não um mero estado biológico independente do nosso *status* social e individual. Os principais documentos nacionais e internacionais acerca do tema consagram a caracterização de saúde com um completo estado de bem-estar, e não a mera ausência de doenças, incorporando também a concepção de que a situação de saúde é determinada pelas condições de vida e de trabalho dos indivíduos, pela conjuntura social, econômica, política e cultural de determinado país, por aspectos legais e institucionais relativos.

Nesse compasso, é possível perceber, sob a batuta dos ensinamentos apontados, que a visão arcaica e restritiva de que se tinha do conteúdo da saúde em ocasiões pretéritas, sucumbe aos novos contornos fáticos e materiais a que tal direito logrou alcançar no decorrer da evolução, notadamente científica. Aponta Martins (2008) com base nas lições de Laframboise que a saúde se concretiza pelos fatores relacionados ao ambiente, à biologia humana, ao estilo de vida e organização de atenção à saúde.

Ressalta o mesmo autor que, na Primeira Conferência Internacional em Promoção da Saúde, realizada em 21 de novembro de 1986 no Canadá, patrocinada pela Organização Mundial da Saúde, definiu-se que a saúde

pressupõe requisitos relacionados à paz, à educação, à habitação, ao poder aquisitivo, ao ecossistema estável, à conservação dos recursos naturais e à equidade. Nesse sentido,

[...] a partir da Carta de Ottawa, a Promoção da Saúde incorporou como método cinco grandes campos de ação, a saber: elaboração e implementação de políticas públicas saudáveis; criação de ambientes favoráveis à saúde; reforço da ação comunitária, desenvolvimento de habilidades pessoais; e reorientação dos sistemas e serviços de saúde (MARTINS, 2008, p. 29).

Com base nessas explicações, é possível concluir, à luz dos argumentos apontados por Martins (2008) e do sentido que se extrai do Texto Constitucional, que a abrangência do conceito de saúde mostra-se substancialmente denso, e não poderia ser diferente, já que na perspectiva que lhe confere a Constituição, faz-se imperiosa a necessidade de atribuir um sentido amplo a referido direito, pois passou a ter uma nova dimensão social, sendo considerado um critério de cidadania. Assim,

A saúde, dentro deste enfoque, ocorre e é consequência de ações realizadas em toda a sociedade. Ressalte-se que isto não exime o Estado, o médico e outros profissionais de saúde de suas responsabilidades, mas agrega uma variável fundamental de respeito ao indivíduo, doente ou sadio, por meio do compromisso social solidário, na consecução do objetivo maior de garantir condições dignas de vida a cada ser humano. Este modo de entender a saúde abrange aspectos individuais e coletivos, envolvendo questões ambientais e sociais (MARTINS, 2008, p.46).

Para o alcance da promoção da saúde em sua integralidade, sustenta Martins (2008) que alguns elementos são imprescindíveis, tais como a busca da realização de um ambiente sustentável à saúde, a combinação de ações, a conciliação dos interesses econômicos e dos propósitos sociais de bem-estar, a diminuição das desigualdades, a equidade de tratamento e atendimento, o estímulo à cooperação entre os povos e, o fortalecimento dos mecanismos de promoção da saúde.

## 2.2 A saúde como direito fundamental de segunda dimensão

A tutela dos direitos fundamentais é a base do Estado democrático de direito e para a devida compreensão e delimitação de tais direitos, mister se faz o estudo acerca do seu conceito, das dimensões objetiva e subjetiva, a análise do sentido formal e material, assim como a vinculação do legislador, administrador e juiz como garantia de eficácia das normas asseguradoras dos direitos fundamentais e que se encontram assentadas na Constituição.

Além disso, é necessário compreender as diferenças entre direitos fundamentais e direitos humanos, pois em que pese ambos serem afirmações de proteção do indivíduo em face do arbítrio estatal e das mazelas ocorridas em regimes totalitários, diferem-se em alguns pontos importantes que devem ser abordados (CUNHA JÚNIOR, 2016). Assim, os direitos humanos compreendem,

[...] todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder e existência digna, livre e igual. Cuida-se da expressão mais utilizada no âmbito das declarações internacionais, por refletir exatamente a preocupação da comunidade internacional com a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de todas as pessoas e dos povos, independente de sua nacionalidade, vinculação política e opção ideológica. São exemplos dessas declarações: a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU; Convenção Americana de Direitos Humanos; Convenção Europeia de Direitos Humanos; Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 484).

Nas preciosas lições de Mattos Neto *et al.* (2010, p. 12), por sua vez, é possível compreender os direitos humanos partindo do pressuposto de que estes,

[...] guardam relação com os documentos de direito internacional, por referirem-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem Constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Nessa mesma linha argumentativa, entende ainda o aludido autor que os direitos humanos precedem a positivação de um direito em um documento

formal, além do que o seu reconhecimento não está delimitado nem espacial nem territorialmente.

Nessa mesma lógica, conforme ensinam Mattos Neto *et al.* (2010), com o fim da Segunda Guerra Mundial, passou-se a refletir no Ocidente sobre a necessidade de criação de mecanismos de proteção do homem contra o Estado, em virtude dos arbítrios cometidos pelos governantes. Tal fato fez aclarar, na consciência coletiva, a necessidade de abandonar o positivismo legalista e reconhecer os direitos humanos como direitos naturais das pessoas, ou seja, existiriam independentemente de qualquer previsão legal.

Essa mudança de paradigma, qual seja, a alteração do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, causou, segundo os ensinamentos de Mattos Neto *et al.* (2010, p. 72),

[...] a construção de uma nova realidade constitucional onde a tutela dos direitos fundamentais é vista como a base de qualquer Estado. Os horrores do regime nazi-fascista provocaram a necessidade de se consagrar direitos inerentes à dignidade humana de maneira firme e duradoura, e os direitos das pessoas são entendidos acima do Estado, passando a ser vistos como instrumentos da democracia. Assim, a tutela dos direitos fundamentais deixou de ser objeto de simples declaração e passou a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado democrático de direito.

Nessa linha argumentativa, os direitos fundamentais revelam conquistas alcançadas pelo homem ao longo da sua história de incansáveis lutas contra as agressões e intolerâncias que afligiam os bens fundamentais e indispensáveis à existência digna da pessoa humana, e guardam íntima relação com o regime democrático adotado por determinado país. Em outras palavras,

[...] pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 481).

Feita essa explanação inicial, impõe-se trazer à colação o conceito de direitos fundamentais, visando estabelecer uma delimitação terminológica que atenda, a contento, o conteúdo que dele se extrai à luz Texto Constitucional e

da teoria dos direitos fundamentais. Desse modo, assenta Cunha Júnior (2016, p. 486-487) acerca da conceituação de direitos fundamentais, dispondo que tais podem ser concebidos como,

[...] aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. São fundamentais porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive.

O só fato de estarem consagrados no Texto da Constituição Federal não confere a tais direitos o rótulo de fundamental, conforme ponderações de Mattos Neto *et al.* (2010), de sorte que tal característica reclama o atendimento de dois parâmetros: formal e material.

Nesse passo, aponta Cunha Júnior (2016) que enquanto no sentido formal os direitos fundamentais são reconhecidos como tais somente se estiverem previstos na Constituição, ou seja, são posições jurídicas reconhecidas às pessoas por expressa disposição do legislador constituinte, no sentido material conduz a um catálogo mais amplo, na medida em que, tem como parâmetro o conteúdo e importância do direito, independentemente de previsão expressa e formal no Texto Constitucional.

Assim, a fundamentalidade em sentido material está relacionada com o grau de importância que determinado direito representa para uma dada ordem constitucional. Dito de outro modo, o direito a ser tutelado possui um conteúdo impregnado de valores essenciais à proteção da própria pessoa humana, por isso são essenciais não só às estruturas básicas do Estado, mas de toda a sociedade (MATTOS NETO *et al.*, 2010).

Já a fundamentalidade formal garante uma posição de superioridade em relação àqueles direitos ditos fundamentais em detrimento de outros direitos também reconhecidos na ordem jurídica vigente, vale dizer, a própria Constituição estatui o que será considerado fundamental.

Por conta disso, Cunha Júnior (2016) propõe um conceito que seja capaz de conciliar os dois sentidos acima delineados, ante a imperiosa necessidade de adequá-los ao real sentido emanado da Constituição, a qual

não se limita a estabelecer como fundamental apenas aquilo que se acha plasmado em seu bojo. Desse modo,

[...] concluímos que os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidos no texto da constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo ou importância, são admitidos e equiparados, pela própria constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material) (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 488).

Nesse sentido, é possível concluir, à luz dos ensinamentos acima apontados, que os direitos fundamentais, concretizam, em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana, além do que impõem aos órgãos do poder político a obrigação de velar pelas normas constitucionais que gravitam em torno daquele princípio, porquanto núcleo essencial de todo o sistema jurídico-constitucional.

Tendo como vetor esses apontamentos iniciais e, considerando que os direitos fundamentais visam resguardar o homem em sua liberdade, igualdade e fraternidade, tal qual enunciado no lema da Revolução Francesa de 1789, passa-se, agora, a analisar aquilo que a doutrina intitula de “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais, aspecto decorrente, sobretudo, da evolução histórica de expansão e afirmação constantes dos direitos humanos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2016).

Na dicção de Cunha Júnior (2016, p. 518-519), sobre a origem da expressão “gerações” dos direitos fundamentais,

Os direitos fundamentais, destarte, passaram a se manifestar institucionalmente em três gerações ou dimensões sucessivas, dando ensanchas ao surgimento dos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração ou dimensão, que correspondem, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade. Foi o jurista tcheco-francês Karel Vasak, em 1979, em uma conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, e inspirado nos ideais da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), o primeiro a propor essa divisão dos direitos humanos em gerações.

Contudo, é preciso registrar que a aplicação desse termo – gerações – utilizado para distinguir os direitos fundamentais, não tem ganhado adesão do

entendimento doutrinário majoritário. Afirmam os autores que adotam essa linha de pensamento que melhor é o emprego da expressão “dimensões” de direitos fundamentais, dado que ao se fazer uso daquela, transmite-se a falsa impressão de que haveria uma substituição gradativa de uma geração por outra, o que não se revela verdadeiro, pois “[...] o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais é marcado pela nota característica da complementaridade ou cumulabilidade” (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 519).

O mesmo autor, porém, aponta que esse fato por si só não deve ser entendido como o único a justificar a substituição de uma expressão por outra, e sustenta seu argumento com base nas lições de Guerra Filho, afirmando que,

[...] é mais adequado o termo „dimensões”, não só porque as gerações anteriores não se extinguem pelo advento das novas, mas, notadamente, porque os direitos reconhecidos em uma geração assumem uma outra *dimensão* quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente, como ocorreu, por ex., com o direito individual de propriedade, típico direito de primeira geração, em face do advento de novos direitos de segunda geração, assumindo uma *dimensão* que exige o respeito à função social da propriedade e, ante os direitos de terceira geração, adotando *dimensão* que lhe impõe a apreço à sua função ambiental (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 520).

A partir desse ponto, passar-se-á a avaliar as dimensões que compõem os direitos fundamentais, buscando entender o seu surgimento e características, assim como a nota distintiva de uma para outra dimensão. Nesse compasso, os direitos fundamentais de primeira dimensão têm sua origem por meio das Declarações do século XVIII e das primeiras constituições escritas e, portanto, coincidiram com o constitucionalismo moderno, segundo o magistério de Cunha Júnior (2016), sendo marcado pelas reivindicações dos postulados da separação de poderes e direitos individuais.

Consoante Mattos Neto *et al.* (2010, p. 10),

Para o liberalismo, que se apega ao paradigma do indivíduo como ator autônomo, separado e autodeterminado, num contexto minimalista do Estado, direitos fundamentais seriam apenas os direitos civis e políticos, cuja concretização requer prestação negativa e sem custos para o Estado.

São reconhecidos como tais, portanto, os direitos civis e políticos, marcadamente direitos que enunciam uma conotação individual, os quais

demarcam uma esfera de autonomia do indivíduo em face do Estado, razão pela qual são conhecidos como direitos de defesa, haja vista que,

Esses direitos de primeira dimensão foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do Estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter „negativo” ou simplesmente „liberdades negativas”. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingerência nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão somente a guardião das liberdades (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 521).

A despeito da existência dos direitos civis e políticos, caracterizados, conforme narrado, pelo absentéismo estatal, argumenta Cunha Júnior (2016) que as profundas transformações sociais e econômicas durante o transcorrer do século XIX, notadamente a partir da Revolução Industrial e mais decisivamente com a eclosão da Primeira Guerra Mundial já no século XX, fizeram com que o Estado, gradativamente, fosse incorporando um maior número de atribuições, de modo a intervir mais ativamente na vida dos indivíduos seja para compor-lhes os conflitos de interesse, seja para satisfazer suas necessidades. Tal moldura teve como fatores determinantes,

[...] os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, ao invés do equilíbrio automático da oferta e da procura; a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário, diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos; e, aproveitando-se das facilidades que lhes eram dadas pelo regime de iniciativa privada, sem o devido controle por via de qualquer regulamentação, os fortes oprimiam os fracos (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 523).

Surgem assim, os direitos fundamentais de segunda dimensão, cuja nota característica é a presença imprescindível do Estado para garantir prestações sociais, como saúde, educação, trabalho, assistência social etc. Não bastava, pois, ao Estado, assegurar os direitos individuais para garantir a plena proteção do indivíduo, era preciso a atuação positiva do Estado. Inserem-se dentro dessa categoria, os direitos sociais, econômicos e culturais, que

visam garantir ao sujeito amparo e proteção a fim de assegurar a concretização do princípio da justiça social (CUNHA JÚNIOR, 2016).

Entendem Mattos Neto *et al.* (2010, p. 10),

Para os socialistas, que se inspiram no ideal de igualdade, seriam também direitos fundamentais os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, porquanto somente com sua implementação, mediante prestação positiva do Estado, com efetivos investimentos sociais e com redistribuição solidária das riquezas e seus benefícios, e que se realizaria a democracia material.

Nessa ótica de compreensão, pertinentes as ponderações de Cunha Júnior (2016, p. 525) ao aduzir que,

O que caracteriza esses direitos é a sua dimensão positiva, dado que objetivam não mais obstar as investidas do Estado no âmbito das liberdades individuais, mas, sim, exigir do Estado a sua intervenção para atender às crescentes necessidades do indivíduo. São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano passa a ser credor das prestações sociais estatais, assumindo o Estado, nessa relação, a posição de devedor. Estes direitos fundamentais sociais não estão destinados a garantir a liberdade *frente* ao Estado e a proteção *contra* o Estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo ante o Estado.

Importante marco desses direitos fundamentais, sobretudo em sede constitucional, deu-se com maior destaque após Primeira Guerra Mundial, ocasião em que diversos documentos constitucionais passaram a dar primazia aos direitos sociais, econômicos e culturais. As primeiras Constituições a tratarem desse tema foram a do México de 1917 e de Weimar de 1919, destacando-se essa última, pois,

[...] representou inquestionável modelo de avanço constitucional na evolução histórica dos direitos fundamentais, com o despontar dos direitos ditos de segunda dimensão, fonte do Estado do bem-estar social [...] (CUNHA JÚNIOR, 2016, p.525).

No Brasil, a primeira Constituição a tratar desse tema foi a de 1934, responsável por inaugurar o moderno Estado intervencionista, a qual,

Sob significativa influência da Constituição de Weimar, ela criou um título (Título IV) „Da Ordem Econômica e Social“, com 29 artigos, e um título (Título V) „ Da Família, da Educação e da Cultura“, subdividido em dois capítulos (Capítulo I – „Da Família“ e Capítulo II – „ Da Educação e da Cultura“), com 15 artigos. A influência alemã foi tão grande, a ponto de o saudoso mestre baiano Josaphat Marinho haver afirmado que o Brasil sofreu um „sopro de socialização“. Esse sopro de socialização perdurou nas constituições seguintes, notadamente nas de 1946 e de 1988 (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 526).

A próxima dimensão dos direitos fundamentais – terceira – tem como fundamento as novas reivindicações do gênero humano, em especial ante as inovações tecnológicas e as crises de guerra por que passam diversos países. Tais direitos têm como fito a proteção do homem enquanto ser que compõe um corpo social coletivo, razão pela qual, ser intitulado de direitos de solidariedade, pois sua titularidade é coletiva ou difusa. Alinhava-se, pois, ao lema fraternidade da Revolução Francesa (CUNHA JÚNIOR, 2016).

Pondera o autor que fazem parte dessa categoria o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. Assim,

São denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação. Não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 527).

Importante ressaltar, outrossim, a tendência doutrinária no sentido de reconhecer outras dimensões de direitos fundamentais, tendo como suporte argumentativo as progressivas evoluções históricas dos direitos, as lutas sociais, o avanço científico, técnico e econômico, que dão azo às constantes afirmações de outros direitos fundamentais, como é o caso dos de quarta dimensão (direito à democracia direta e os relacionados à biotecnologia) e os de quinta dimensão (direito à paz). Quanto àqueles, enfatiza Cunha Júnior (2016, p. 528),

O direito à democracia direta e globalizada é o mais importante dos direitos fundamentais de quarta dimensão, no qual o Homem é a constante axiológica, para o qual convergem todos os interesses do sistema. Nessa democracia globalizada, segundo Bonavides, o controle de constitucionalidade de todos os direitos de todas as quatro dimensões será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema. Além dos direitos arrolados, é de se reconhecer também, como direitos de quarta dimensão, o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e, em geral, os relacionados à biotecnologia.

Por sua vez, os direitos de quinta dimensão decorreriam da necessidade de se reconhecer atenção especial ao direito à paz, eis que tal é condição imprescindível para o progresso de todas as nações, motivo pelo qual, segundo Cunha Júnior (2016), contrapondo-se à proposta de Karel Vasak de considerar tal direito como de terceira dimensão, Bonavides preleciona que se deveria trasladá-los para os de quinta, visando dar-lhe maior visibilidade e conseqüente conscientização da humanidade.

No que tange à aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal enuncia que estas terão aplicação imediata, o que demonstra, segundo o magistério de Masson (2015, p. 200),

[...] a preocupação dos modernos sistemas constitucionais em evitar que as posições firmadas como essenciais para a identidade da Constituição não passem de retórica, ou então que sejam dependentes da atuação legislativa para que tenham eficácia. Procurou-se, com isso, superar a concepção de Estado de Direito formal, no qual os direitos fundamentais apenas ganham expressão quando regulados por lei.

Todavia, é necessário advertir que a regra acima exposta não possui natureza absoluta, pois existem normas constitucionais que, não obstante situarem-se na órbita dos direitos fundamentais, não são autoaplicáveis, é dizer, careceram da atuação do legislador positivo, seja mediante a elaboração de leis, seja por meio de políticas públicas para que possam ter plena efetividade (MASSON, 2015).

Contudo, merecem registro ponderações doutrinárias que advogam tese em sentido diverso, considerando que tais normas, a despeito de exigirem certos programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política a fim de que possam irradiar plenamente sua eficácia,

[...] em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *poder-dever* de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 559).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais encontram-se previstos como gênero do qual decorrem algumas espécies no Título II do seu texto. Tais espécies podem ser assim sistematizadas, consoante se extrai da própria Constituição: Capítulo I – dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); Capítulo II – dos direitos sociais (arts. 6º ao 11); Capítulo III – da nacionalidade (arts. 12 e 13); Capítulo IV – dos direitos políticos (arts. 14 a 16) e; Capítulo V – dos partidos políticos (art. 17).

Apesar dessa enumeração, é preciso ressaltar que o art. 5º, § 2º da Constituição Federal, consagra uma cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, a significar que outros direitos, mesmo não previstos em seu Texto, podem ser considerados de índole fundamental. Nesse sentido, assenta Cunha Júnior (2016, p. 571),

A Constituição Federal adota cláusula aberta, ou de não tipicidade ou inesgotabilidade dos direitos fundamentais, para admitir a existência de outros direitos fundamentais, para além dos nele catalogados, sejam os subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressos, sejam os decorrentes do regime e dos princípios que adota (reconhecimento de direitos fundamentais implícitos e decorrentes, que vem desde a Constituição de 1891), sejam, finalmente, os previstos em tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte (reconhecimento de direitos fundamentais instituídos por tratados, que foi inovação da Constituição de 1988), desde que ostentem a fundamentalidade material e sejam, conseqüentemente, identificados, no geral, como explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, impende destacar que os direitos fundamentais exercem força vinculante sobre os poderes do Estado, de modo que gera um dever de tutela a tais direitos, o que a doutrina intitulou de eficácia vertical dos direitos fundamentais, vez que atinge diretamente o poder público. Essa vinculação, todavia, não significa dizer que o Estado deve se limitar a abster-se de interferir

na vida dos particulares – direitos de defesa –, mas sim que existe um dever de proteção e promoção, a fim de conferir-lhes plena efetividade – direitos a prestações (MATTOS NETO *et al*, 2010).

Importante perceber que um direito dito fundamental não existe somente mediante a intermediação legislativa, é dizer, por ser indisponível, não fica à mercê de uma lei que o regule para que possa ter efetividade. Em razão disso, a carência de mediação legal, não obsta que o Estado-juiz atue positivamente para suprir a omissão verificada, pelo contrário, o que existe é o dever Constitucional de proteção do direito fundamental invocado (MATTOS NETO *et al*, 2010). Afirma-se isso com base no fato de que,

A ideia é que os preceitos constitucionais que consagram os direitos fundamentais vinculam todos os poderes públicos, na generalidade das áreas de sua atuação. Logo, „quando se afirma que os direitos fundamentais incidem verticalmente sobre o Estado, geram um dever de tutela ao legislador, ao administrador e ao juiz. Vale dizer que o juiz também tem dever de proteção e, por isso, de dar tutela (ou proteção) aos direitos fundamentais que não foram protegidos pelo legislador ou pelo administrador (MATTOS NETO *et al*, 2010, p. 79-80).

Nesse cenário, impende destacar, como asseverou Cunha Júnior (2016), que o direito à saúde, alçado à condição de direito social, e por consequência, revestido do manto da fundamentalidade, opera-se sob dupla prerrogativa, uma defensiva e outra de índole prestacional. No que tange à primeira prerrogativa, a mesma presta-se a preservar o indivíduo titular desse direito, contra a ingerência estatal ou de terceiros, bem como contra a atuação deficitária do Estado. Importa perceber, portanto, que o Estado não pode agir para reduzir o núcleo de proteção por ele mesmo constituído.

Assim, o direito fundamental à saúde, conforme ensinam Schulze e Gebran Neto (2016), ostenta uma dimensão objetiva, dado que reclama do Estado que este atue sob um dever tríplice, vale dizer, há um dever de respeito, no qual se proíbe ao Estado a violação do direito à saúde, havendo ainda o direito de proteção, por meio do qual o ente estatal deve proteger esse direito de eventuais violações, e, por último, existe o dever de promoção, a significar que o Estado deve atuar positivamente proporcionando as condições materiais básicas ao pleno exercício do referido direito.

A seu turno, os autores ainda se referem à dimensão subjetiva do direito fundamental a saúde, na medida em que, havendo descumprimento ou violação do direito subjetivo do cidadão em ver atendido seu pleito, deve-se buscar a tutela jurisdicional.

Além de representar direito fundamental indisponível e possuir um caráter substancialmente prestacional, o direito à saúde é consectário lógico e indissociável do direito à vida, haja vista que apenas mediante a efetiva fruição e gozo daquele é que se pode garantir com completa satisfação a manutenção deste, como ensinam Schulze e Gebran Neto (2016).

Efetivamente, os direitos fundamentais não possuem importância meramente argumentativa, desprovido de qualquer consequência jurídica. Longe disso, a previsão da saúde no texto constitucional implicou substancial aumento de sua força normativa, notadamente no tocante a sua efetividade, na medida em que se possibilitou a concretização da norma no mundo dos fatos, propiciando a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2007).

### **2.3 A saúde como direito social e sua efetivação mediante políticas públicas**

Os direitos sociais, categoria dos direitos fundamentais de segunda dimensão, possuem como vetor, além da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, dado que visam concretizar o postulado da justiça social, buscando garantir amparo e proteção social aos mais necessitados por meio de prestações materiais e fáticas, tais como saúde, educação, trabalho, assistência social, dentre outros, tendo em vista as disparidades socioeconômicas que afligem o Estado brasileiro (CUNHA JÚNIOR, 2016).

Seu surgimento, conforme narrado em linhas pretéritas, deu-se com a crise do Estado Liberal, que não mais atendia aos anseios sociais, o que reclamava um papel mais ativo do Estado na realização da justiça social. Convivia-se, comumente, em razão do grande avanço industrial da época, com

condições indignas e precárias de trabalho. Enfatiza Masson (2016) que a existência da igualdade formal, fazia despontar uma relação demasiadamente assimétrica entre os trabalhadores e os empregadores, fato que deu ensejo à organização da classe operária com vistas a lutar por melhores condições de vida e trabalho.

Aponta a autora, que no caso do direito brasileiro, a Constituição que primeiro tratou dos direitos sociais foi a de 1934, sob forte inspiração da Constituição de Weimar, de 1919, a qual, consoante já referido, foi um dos primeiros documentos do mundo a dispor de forma expressa dos direitos sociais.

Com a Constituição de 1988, houve significativo avanço na seara dos direitos sociais, uma vez que tais direitos, segundo magistério de Masson (2016, p. 282),

[...] são dotados de normatividade e força vinculante, que asseguram aos seus titulares a capacidade de pleitear, em face do Estado, prestações positivas e concretas que assegurem as condições mínimas de subsistência e permitam aos indivíduos, ao menos, a aproximação da igualdade real.

Quanto à natureza fundamental de tais direitos na Constituição Federal, oportunas as palavras de Cunha Júnior (2016, p. 651) para quem,

A Constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais. Pondo fim a uma discussão doutrinária estéril, inseriu os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investem os seus titulares de prerrogativas de exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial.

Assim, são reconhecidos como sociais na atual ordem jurídica os seguintes direitos, preconizados pelo artigo 6º da Constituição Federal: 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 e a assistência aos desamparados.

Considerando que são direitos promocionais, é dizer, promovem o indivíduo à condição de destinatário final das prestações sociais, legitima-o a

exigir do Estado que os implemente para atender, com a maior amplitude possível, a população em geral.

De fato, disserta Masson (2015), que os direitos sociais são prerrogativas destinadas ao cidadão, especialmente àqueles que não dispõem de recursos suficientes para uma vida digna. São direitos que encerram prestações positivas do Estado, o qual deve intervir por meio de políticas públicas para promover a igualdade jurídica, política e social entre os sujeitos que se encontram em situações de patente desigualdade.

Não obstante, sua previsão constitucional assenta-se em normas de caráter programático. Isso implica dizer, conforme entende Tutungi Júnior (2012), que a promoção desses direitos depende de programas governamentais por parte do legislador, incumbindo-lhe o detalhamento do caminho para a efetivação de tais direitos, assunto a ser detalhado em momento oportuno.

As normas programáticas, tratadas adiante com mais detalhes, referem-se aos programas de governos delineados pelo legislador constituinte, ou seja, são normas constitucionais não autoaplicáveis. Assim, a despeito de disporem de direitos fundamentais, reclamam a atuação do legislador ordinário para que possam ter plena efetividade, pois sem a complementação legislativa ou a atuação estatal, por meio de políticas públicas, não são aptas a produzirem seus efeitos essenciais (MASSON, 2015).

Contudo, não obstante essa característica peculiar das normas programáticas, a jurisprudência tem entendido de forma diversa, pois segundo Martins (2008, p. 108),

(...) como estão preconizadas na Constituição gozam de supremacia. Não faria sentido a Constituição, lei fundamental que rege a organização político-jurídica de um país, trazer em seu bojo normas despidas de vigência, eficácia e aplicabilidade.

Além disso, outra parte da doutrina nega a programaticidade dessas normas, ressaltando que tais preceitos, por promoverem a garantia dos direitos fundamentais não se acham aptos a serem cancelados com pecha da programaticidade (MARTINS, 2008).

A esse propósito, mister trazer à lume as palavras de Mattos Neto *et al.* (2010, p. 162),

As normas programáticas necessitam de ações concretas, construtivas, serviços públicos à sua efetivação, daí demandarem tempo para sua total e integral aplicação. Não podem, por isso, instantaneamente satisfazer aquilo a que a Constituição almeja construir desde o princípio. Todavia, apontam para a necessidade de a partir do primeiro dia da vigência da Constituição, os poderes públicos iniciarem as medidas para que o programa nela contido comece a ser implementado. As normas programáticas não concedem liberdade às autoridades para começarem a agir quando bem quiserem, quando acharem que possuem recursos para colocar em andamento os programas que elas preveem. A implementação imediata dos programas previstos nas normas constitucionais faz parte da sociedade que a Constituição deseja construir, e se iniciativas voltadas à execução desses programas não forem tomadas desde o primeiro dia de vigência da Constituição, esta estará sendo flagrantemente desrespeitada e as autoridades agindo fora dos parâmetros constitucionais, perdendo assim a legitimidade para o exercício do poder. O programa de cada governo deve ser o programa constitucional. Cada governo é apenas o executor do programa traçado pela própria Constituição.

Em contribuição à discussão, há entendimento doutrinário que advoga tese no sentido de que tais normas não seriam simplesmente programáticas, mas deteriam sim eficácia, de sorte a condicionar a discricionariedade do legislador, bem como da legislação futura, além de ostentarem um caráter de contenção no sentido de barrar a legislação anterior à Constituição que não possua compatibilidade com a nova ordem constitucional (MARTINS, 2008).

Ademais, nessa mesma linha argumentativa, verbera Martins (2008, p. 110) que,

(...) o direito à saúde, enquanto um direito social prestacional, possui exequibilidade imediata e caráter líquido e certo, pois previstos na Carta Magna de 1988, Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” - , apesar disso, várias são as dificuldades advindas da correlação entre sua eficácia e aplicabilidade que muitas vezes, acabam por inviabilizar a concretização da efetividade desse direito, sendo a implementação de políticas públicas, um dos instrumentos essenciais para esta concretização, pois visa à realização da ordem social.

Do exposto acima é coerente admitir que conquanto as normas programáticas necessitarem de um lapso temporal razoável para sua completa efetivação, tal não pode se converter em argumento contrário à realização das

liberdades públicas. A esse respeito, Mattos Neto *et al.* (2010) assentam que a Constituição prevê mecanismos próprios para suprir omissões dessa natureza, a exemplo da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a serem prontamente manejados todas as vezes que houver manifesta intenção de,

[...] fraudar a vontade constitucional por meio da edição de lei ou ato normativo ou por meio da inércia das autoridades na execução de políticas públicas indispensáveis à eficácia de direito constitucionalmente previsto (MATTOS NETO *et al.*, 2010, p. 162).

Nesse compasso, as políticas públicas são instrumentos essenciais para que se dê concretização aos direitos fundamentais previstos na Constituição, especialmente na área social, onde reside direitos cuja implementação não pode ficar ao alvedrio da ineficiência estatal. Consoante destacado por Tutungi Júnior (2012), tendo em vista a principiologia e valores fundamentais hospedados em nossa Lei Fundamental, ao Estado não cabe apenas se abster de adentrar na esfera das liberdades individuais, mas especialmente, cabe a ele atuar de forma positiva na garantia de tais direitos.

Dissertando sobre a conceituação de políticas públicas, sustenta Tutungi Júnior (2012, p. 349),

As políticas públicas podem ser vistas como instrumentos de execução de programas políticos que têm por fim último proporcionar condições de convívio mais adequadas aos cidadãos. Mesclam-se os objetivos governamentais (interesses da Administração Pública que, ainda assim, podem ser considerados interesse público) e necessidades sociais (a dimensão social do interesse público, sob o aspecto da coletividade), o que não exime a existência de situações de conflito entre tais interesses.

Invocando as noções acima apontadas, pode-se afirmar que as políticas públicas envolvem ações que dependem da exteriorização de atos políticos-governamentais sob o manto dos mandamentos constitucionais dirigidos à efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal.

Nesse passo, importante consignar as considerações tecidas por Tutungi Júnior (2012) acerca da correlação existente entre políticas públicas e direitos fundamentais. Entende o autor que conquanto haja similitude

conceitual entre os institutos, tal não implica dizer que devam ser tratados como sinônimos, haja vista que, as políticas públicas, enquanto instrumentos vocacionados a dar concretude aos direitos consagrados e tutelados pela ordem jurídico-constitucional, não têm seu campo de atuação circunscrito somente aos direitos ditos fundamentais.

Explica Tutungi Júnior (2012) que o paralelo existente entre políticas públicas e direitos fundamentais está, muitas vezes, presente em áreas estratégicas, ou seja, em áreas que expressam típica atividade de Estado, a exemplo da segurança pública e do exercício do poder de polícia. Tais direitos, embora não rotulados com o timbre da fundamentalidade, trazem consigo valores que os fazem ter relação direta com os direitos fundamentais plasmados na Constituição.

Ressalta Tutungi Júnior (2012) a necessidade de se distinguir os momentos distintos da implementação dos programas governamentais por intermédio das políticas públicas, quais sejam: a formulação e a execução. Dessarte, no que atine à primeira, deve-se ressaltar que ela se encontra cingida, originariamente, na atividade tipicamente parlamentar, por meio da formulação legislativa, e por meio do Executivo, com a formulação de diretrizes gerais prévias à execução. Nesse momento, há de se acautelar para a peculiar circunstância de que,

O controle judicial da formulação de políticas públicas pressupõe a substituição da vontade dos membros dos demais poderes pela vontade dos juízes, ou seja, a substituição de um ato de vontade de agentes estatais eleitos pela vontade dos não-eleitos. Somente a própria Constituição Federal poderá fornecer um argumento forte o suficiente para imprimir ao jogo político esta nova variante, sem que este fenômeno implique a ruptura com o equilíbrio político no país (APPIO, 2009, p. 158 *apud* TUTUNGI JÚNIOR, 2012, p. 179).

Relativamente à segunda situação, vale dizer, da fase de execução da política pública devidamente formulada e prescrita por meio do legítimo exercício da atuação política, a interferência judicial se mostrará admissível a depender da circunstância, na medida em que,

Nesta segunda hipótese é que, de fato, se identifica uma tendência à admissibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas. Dentre alguns dos cenários identificáveis, consideramos relevante aquele em que algumas políticas já prescritas no próprio Texto Constitucional são refutadas pela Administração, notadamente pela insuficiência de recursos para sua implementação (TUTUNGI JÚNIOR, 2012, p. 179-180).

Para que essas políticas sejam implementadas, o legislador constituinte confere ao administrador público uma margem de escolhas e prioridades traçadas nos planos de governo, que também é intitulada de margem de discricionariedade e assim é definida por Mello (2005 *apud* MARTINS, 2008, p.112) como,

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Todavia, é mister enfatizar as considerações tecidas por Lazari (2016), segundo o qual, tratando-se de questões que envolvem direitos fundamentais, é possível sustentar inclusive a ausência de discricionariedade, de sorte que, não se trata de mera opção do administrador promover ou não a efetivação dos direitos fundamentais, mas traduz-se em verdadeiro mandamento constitucional inafastável. Desse modo,

Quanto mais intensa a evidência de valores fundamentais, menor o campo de opções do administrador. Ou melhor, hoje sustenta-se que, diante de direitos fundamentais, não haveria sequer espaço para escolhas, ainda que de natureza política (TUTUNGI JÚNIOR, 2012, p. 176).

Além disso, existe a dificuldade relacionada à conformação legislativa, ou seja, para que possam ser concretizados, mister se faz a intermediação legislativa, já que em nível constitucional, tais direitos são desprovidos de conteúdo normativo determinado e consistente. Nessa esteira, completa Cunha Júnior (2016, p. 651),

Aí reside, por certo, o cerne da problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos. Autores há, inclusive, que qualificam os direitos sociais de „direitos relativos”, por se tornarem exigíveis apenas depois de concretizados pelo legislador, em contraposição aos direitos de defesa, ilustrados como „direitos absolutos”, por serem exigíveis desde logo, sem necessidade de mediação legislativa.

A Constituição Federal, como norma jurídica fundamental que se situa no ápice da pirâmide normativa e, portanto, serve de parâmetro para todas as outras normas que dela emanam, às vezes pode ser violada, seja mediante uma conduta ativa seja por meio de uma conduta omissiva. Tais violações muitas vezes decorrem de questões atinentes às políticas públicas, pois, não raras vezes, o Poder Público age de modo a contrariar alguns preceitos constitucionais ou nem mesmo age no sentido de implementar as ações governamentais a que lhe incumbiam, cabendo ao Judiciário, quando acionado, interferir na esfera política para que seja dado concretude aos direitos consagrados no texto constitucional (MARTINS, 2008).

Vale registrar, entretanto, que a temática em tela é objeto de grande celeuma jurídica, haja vista que grande parte da doutrina tem verbalizado no sentido de que o Judiciário não pode adentrar na atividade discricionária do administrador público, a quem compete à aferição das prioridades públicas bem como a implementação das políticas que melhor lhe convierem, sob pena de infringência ao postulado da separação de poderes. Conquanto haja essa controvérsia, fato é que em um Estado Democrático de Direito, a não observância das normas orientadoras e realizadoras dos direitos sociais invocam a atuação do Poder Judiciário, para que esse possa viabilizar a fruição desses direitos (MARTINS, 2008).

Além de tudo isso, à luz dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais utilizados para a elaboração desta pesquisa, pode-se admitir que a missão delineada pelo legislador constituinte, revelada pela consagração de direitos sociais no bojo da Lei Fundamental, objetivou conferir caráter não meramente declaratório, mas impregná-los de fruição satisfatória e irrestrita pelos seus destinatários.

Em consequência, não somente o administrador público teria recebido do constituinte originário o encargo de delinear políticas públicas direcionadas

à satisfação dos direitos sociais previstos no bojo do texto constitucional. É coerente admitir, em tese, que o próprio constituinte teria conferido tal incumbência ao Poder Judiciário, cuja margem de atuação, nesse campo, teria sido substancialmente ampliada. O escopo seria o de dar maior concretude aos direitos estampados na Constituição da República, quando os outros Poderes se mostrarem ineficientes.

Nesse sentido, esclarecedoras são as palavras de Carvalho (2008 *apud* TUTUNGI JÚNIOR, 2012, p. 231-232) ao assentar que,

Não se admite que o Poder Público se limite a incorporar formalmente normas como o artigo 196 da CR no sistema, sem lhe dar a efetividade necessária na realidade social. Igualmente intolerável é restringir a ideia de políticas públicas de saúde ao fornecimento de medicamentos, atendimentos emergenciais hospitalares e à realização de exames em diversos pacientes sem que se compreenda todo o conjunto de ações necessárias para a promoção da saúde pública. Assegurar aos cidadãos o direito à vida e à saúde que lhes outorgue a dignidade mínima é tarefa que, em todos os níveis da federação, passa pela implantação de medidas preventivas do adoecimento e por providências que assegurem o conforto mínimo físico, emocional e mental.

Adotando a mesma linha argumentativa, complementa Martins (2008, p. 121),

[...] entendemos que possuem o Poder Judiciário e o Ministério Público o dever de viabilizar o cumprimento da Constituição e de interpretação dos preceitos constitucionais e infralegais, bem como os limites da discricionariedade da administração, sem que isso represente a substituição do Executivo ou infringência ao princípio da separação dos poderes.

A depender da situação de direito em discussão, a intervenção do Estado-juiz será mais incisiva, como ocorre nos casos em que estão em jogo direitos chancelados pelo timbre da fundamentalidade, conforme sustenta Tutungi Júnior (2012). Por outro lado, casos haverá, nos quais, mesmo carecedores de implementação de políticas públicas, certos direitos não serão aptos a legitimar um controle por parte do órgão jurisdicional, isso pelo fato de que “[...] a concepção de políticas públicas pode ou não relacionar-se diretamente aos direitos fundamentais, não sendo conceitos que possam ser tomados como sinônimos” (TUTUNGI JÚNIOR, 2012, p. 184).

Ainda há o problema relacionado às distorções muitas vezes ocorridas por meio da má elaboração das políticas públicas para atender às necessidades sociais nos moldes delineados pelo legislador constituinte. A esse respeito, manifesta-se Tutungi Júnior (2012, p. 177),

[...] a evolução de um Estado pautado na legalidade, no qual a preponderância dos atos legislativos ditavam os rumos do ordenamento, para um sistema jurídico-administrativo mais permeável a decisões políticas, trouxe consigo também a identificação de escolhas mal realizadas (muitas vezes por conta das próprias deficiências do modelo representativo, no qual nem sempre os representantes escolhidos são os mais aptos a buscar os interesses público e social), fato que incrementou a participação do Poder Judiciário nas questões políticas.

Imperioso destacar, igualmente, que o papel do Estado em atender aos comandos constitucionais que asseguram os direitos prestacionais do indivíduo não pode ser relegado, uma vez que este tem o encargo de cumprir dentre outros mandamentos na seara dos direitos sociais, o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial em saúde, a vedação de retrocesso social e o dever de progresso em saúde (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

É de se notar, outrossim, que o dever de progresso do Estado propugnado pela comunidade jurídica brasileira, encontra assento expresso no artigo 3º da Lei Fundamental, porquanto a conquista estatal de certos direitos não admite a limitação ao já alcançado. Em reforço, a doutrina reiteradamente tem defendido a garantia em prol do progresso dos direitos fundamentais e sociais, a proibição do retrocesso, notadamente no que se refere à matéria de saúde, tendo em vista que,

[...] a proibição de retrocesso em matéria de saúde constitui princípio constitucional e vários são os seus fundamentos, a destacar: a) princípio do Estado Democrático e Social de Direito; b) princípio da dignidade da pessoa humana; c) princípio (e dever) da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º §1º da CF); d) normas específicas da CF previstas no art. 5º atinentes à segurança jurídica; e) princípio da proteção da confiança; f) a negação da proibição de retrocesso também implicaria na frustração da efetividade constitucional, pois admitiria, equivocadamente, que o legislador infraconstitucional e o poder público em geral pudessem livremente adotar decisões em flagrante desrespeito ao texto da Constituição; g) o sistema da proteção internacional, que impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados soberanos; h) enunciados do art. 3º e do art. 170 da Constituição e, principalmente, a enunciação dos artigos 196 e seguintes, quando a Constituição trata diretamente do direito à saúde (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 35).

No mesmo conduto argumentativo, assenta Masson (2015, p. 295) que,

Em desfecho, nota-se que o que se proíbe são as agressões à efetividade da norma que alcançada a partir de sua regulamentação. Nesse sentido, acaso o legislador infraconstitucional tenha conferido concretude a um direito que dependia de sua intermediação normativa, não poderá pura e simplesmente suprimir o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado anterior de omissão legislativa e consequente inefetividade.

Desse modo, é possível verificar que o dever estatal de progresso tem por base o futuro da nação, é dizer, sempre na busca de evoluir no que tange à temática relativa às prestações sociais. Por outra via, a proibição/vedação ao retrocesso tem como fundamento aquilo que já passou e se efetivou ao longo dos anos, tendo por escopo, portanto, barrar a redução das conquistas sociais já consolidadas num dado momento.

Merece registro, ademais, a alteração constitucional operada pela Emenda Constitucional nº 86 de 17 de março de 2015, responsável por conferir nova redação ao §2º, do artigo 198 da Constituição Federal, que dispõe sobre os recursos mínimos a serem aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde. Conforme alude Cunha Júnior (2016, p. 658-659),

Pela EC nº 86/2015, foi fixado um percentual mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, que a União deve aplicar na saúde. Para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, será a Lei Complementar, que deve ser reavaliada pelo menos a cada cinco anos, que estabelecerá os percentuais de aplicação para os fins de financiamento da saúde pública. Pela Lei complementar nº 141/2012, que regulamentou a Emenda 29, os Estados devem aplicar 12% e os Municípios 15%.

Observando o grau de importância conferida pelo legislador constituinte aos serviços públicos de saúde, além das já analisadas em linhas anteriores, ressalta Furtado (2014, p. 274), ao dissertar sobre a possibilidade constitucionalmente prevista de intervenção nos Estados, Distrito Federal ou Municípios que não aplicarem o mínimo de suas receitas em ações e serviços públicos de saúde<sup>3</sup>,

A ordem jurídico-constitucional revela o grau de importância máxima atribuída à necessidade de aplicação dos recursos mínimos nas ações e serviços públicos de saúde ao prever intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal (art. 34, VII, e) e do Estado nos Municípios (art. 35, III), no caso de não observância do princípio constitucional que informa a referida obrigação. As normas que disciplinam essa medida drástica são semelhantes àquelas que tratam da intervenção em Estados, Distrito Federal e Municípios, na hipótese de não aplicação do gasto mínimo em manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212).

Além disso, sublinha o autor a possibilidade de retenção de transferências constitucionais dos entes federados que não aplicarem o mínimo em saúde, sendo medida extrema e excepcionalíssima, eis que em regra a Constituição Federal veda a retenção ou qualquer restrição à entrega dos recursos destinados aos entes da federação. Assim dispõem os artigos 160 e 198 da Constituição Federal,

---

<sup>3</sup> Constituição Federal [...]

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

[...]

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

(...)

II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

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

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

Em face do exposto, pode-se concluir que não constitui fundamento idôneo para afastar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo do direito fundamental à saúde, a carência de intermediação legislativa em virtude da sua natural conotação programática. Outrossim, além de não se admitir que a efetividade de tais normas fique à mercê do capricho do legislador ordinário, pois incompatível com a moderna dogmática constitucional, há de se lembrar que os direitos fundamentais gravitam entorno da dignidade da pessoa humana, erigida à condição de fundamento da República brasileira<sup>4</sup>.

Relativamente ao caráter programático dos direitos sociais, tais quais são concebidos por substancial parte da doutrina, é coerente admitir, com base nos autores que subsidiam a presente pesquisa, que esse fato não é apto, por si só a retirar-lhes a aplicação direta. Contrariamente ao que se pode imaginar, o próprio Texto Constitucional, ao estatuir que a saúde é direito de todos e dever do Estado, revela que a saúde é sindicalizável por todos os

---

<sup>4</sup> Art. 1º, III, CF/88 – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

cidadãos, além de ser a um encargo estatal inafastável, a sua devida promoção.

## **CAPÍTULO 03 – JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

O avanço da justiça constitucional sobre matérias afetas ao crivo da política majoritária, realizada no âmbito do Legislativo e Executivo, começou a ser discutida na comunidade jurídica pátria, uma vez que questões de significativa repercussão política e social, adiante detalhadas, estavam sendo levadas ao Poder Judiciário, em detrimento das instâncias tradicionais, o que se convencionou chamar “judicialização”.

Nessa perspectiva, a postura desempenhada pelo Poder Judiciário na vida dos cidadãos brasileiros, principalmente quanto à garantia dos direitos sociais, assume novos contornos. Esse fenômeno, conforme destacado por Barroso (2014), não é peculiar à realidade brasileira, pois em diversos países, a exemplo de Estados Unidos e Israel, Cortes Constitucionais tiveram função de destaque em decisões nas quais se discutiam matéria de grande repercussão social, a exemplo das políticas públicas.

Isso porque, conforme ensina Masson (2015), o instrumento vocacionado a dar efetividade aos direitos sociais são as políticas públicas, cuja regulação fica a cargo do Legislativo, cabendo ao Poder Executivo implementá-las. São metas governamentais fixadas e efetivadas pelo Poder Público para o atendimento do interesse público. É nesse campo onde as deliberações políticas mais precisam ser concentradas, pois a deficiência estatal na devida prestação dos serviços sociais importa em descaso com o cidadão, legitimando-o a invocar a tutela jurisdicional a seu favor.

Diante disso, impõe-se analisar as nuances envolvendo a judicialização, tendo em vista ser uma realidade cada vez mais crescente no direito brasileiro, sobretudo quando envolve matérias que comportam ampla margem de deliberação política, como é o caso da saúde, escapando, originariamente, do campo de atuação do Judiciário.

### 3.1 Aspectos gerais e principais causas da judicialização

Até a eclosão da Segunda Guerra Mundial, sustenta Barroso (2014), vigorava um Estado legislativo de direito, no qual se compreendia a constituição como um documento essencialmente político, ou seja, suas normas não se aplicavam diretamente, eis que dependiam da atividade legislativa e executiva para a sua efetivação. Não havia, ademais, o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, e quando existia era inexpressivo.

Narra o autor que, já no Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a ocupar a centralidade do sistema, valendo agora como norma jurídica e não mais como mero documento político. Isso significa que ela, além de impor deveres à atuação estatal, dita as regras da produção normativa e estabelece limites para o conteúdo desta. Além disso, passa a vigorar a supremacia judicial como forma de conferir a um órgão a tarefa de dar a palavra final na interpretação do Texto Constitucional e fazer vincular as normas emanadas do seu bojo para as demais esferas de poder. Conforme esclarece Tutungi Júnior (2012, p. 346),

Estudos iniciais deste fenômeno identificaram que a queda de regimes totalitários e a influência norte-americana na redemocratização de alguns ordenamentos influenciou a formação de Estados de Direito pautados num Poder Judiciário forte. A proteção a direitos fundamentais passou a repercutir num duplice movimento: procedimentos tipicamente judiciais passaram a ser incorporados pelas instâncias políticas, enquanto temas sensíveis envolvendo questões originariamente políticas passaram a ser levadas às Cortes Judiciais. Surgem os fenômenos da judicialização da política e da politização da justiça.

O protagonismo do Poder Judiciário, conforme ensinamentos de Barroso (2014), verificou-se com o fim da segunda Guerra Mundial, momento em que Cortes Constitucionais de diversos países passaram a atuar de forma cada vez mais acentuada sobre o campo da política majoritária, ou seja, aquela fruto de deliberação cujo âmbito de realização se circunscreve ao Legislativo e ao Executivo. O autor exemplifica esse avanço com a Suprema Corte dos Estados Unidos decidindo as eleições de 2000. Já em Israel, também foi a Suprema

Corte quem decidiu sobre a construção do muro na divisa com o território da Palestina.

No Brasil, essa realidade também não foi diferente, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal deliberou sobre casos como uniões homoafetivas (ADPF nº 132), interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF nº 54) e cotas raciais (ADC nº 41). Ainda foram decididos acerca de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3510), nepotismo (ADC nº 12) e demarcação de terras indígenas (Pet. nº 3388) (BARROSO, 2014).

Essa ascensão do Poder Judiciário e conseqüente protagonismo institucional, característica ínsita ao constitucionalismo contemporâneo, acarretou, conforme o magistério de Barroso (2014), uma crescente judicialização da vida, vale dizer, matérias de alta importância política, social ou econômica estão sendo decididas por aquele Poder. Em outras palavras, a judicialização significa “[...] transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais” (BARROSO, 2014, p. 39).

Portanto, essa seria uma das razões fundantes da judicialização, qual seja a questão envolvendo as políticas públicas, sobre cuja análise se debruçou Barroso (2008, p. 03), assentando que,

Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinado em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas nessas duas áreas.

Sobre as causas dessa atuação expansiva do Poder Judiciário no Brasil, Barroso (2014, p. 39) aduz que,

Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos de homossexuais.

Ainda sobre esse aspecto, Barroso (2014) conclui seu raciocínio a partir de três premissas. Destaca que a primeira causa seria o processo de redemocratização por que passou o país com a promulgação da Constituição de 1988, principalmente no campo dos poderes políticos, posto que o Judiciário, até então visto como um departamento técnico-especializado, passa a desempenhar um papel preponderante no novo contexto, capaz de fazer cumprir as Leis e a Constituição, o que expandiu a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Em segundo lugar, entende o autor que o constitucionalismo abrangente, inaugurado pela Constituição de 1988, teve significativa importância para a expansão da judicialização, na medida em que matérias não tratadas em Constituições pretéritas, e que ficavam sob a discussão do processo político majoritário, foram trazidas para o bojo da nova Constituição.

Nessa linha de entendimento, tanto Barroso (2014), quanto a compreensão da doutrina majoritária se inclinam no sentido de classificar o Texto constitucional, no que concerne à extensão, de analítico, em contraposição à Constituição sintética, tendo em vista tratar de diversos assuntos, desde orçamento público à proteção do índio, do idoso, do adolescente etc.

Por fim, a última causa seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual se mostra um dos mais abrangentes do mundo, e que permite qualquer juiz ou tribunal, uma vez provocado, deixar de aplicar uma lei ao caso concreto que lhe tenha sido submetido, ou até mesmo, expurgar, da ordem jurídica, alguma norma que seja incompatível com a Constituição. Além disso, o número de pessoas que podem propor ações diretas no Supremo Tribunal Federal é elevado, sutileza que contribui para a acentuação do protagonismo judicial, que decorre da arquitetura constitucional brasileira.

Obviamente, essa nova configuração assumida pelo Judiciário não poderia ficar indene a críticas. Dentre elas, ressalta Barroso (2014), existe a de natureza política, segundo a qual, juízes não são eleitos pelo povo, motivo pelo qual estes não poderiam se sobrepor à vontade daqueles que foram eleitos. De outro lado, tem-se a crítica de índole ideológica, que aduz que o Judiciário seria um espaço conservador, vale dizer, que preserva as elites contra o processo democrático majoritário.

Ainda, há a crítica ligada à capacidade institucional desse Poder, haja vista que ele não estaria preparado para avaliar os efeitos sistêmicos de uma decisão, pois somente teria capacidade para tal em casos específicos. Como último argumento, tem-se que haveria uma redução da participação da sociedade, uma vez que excluiria aqueles que não têm acesso aos tribunais.

Em que pesem todas essas críticas tecidas à expansão do Poder Judiciário, são escorreitas as ponderações de Barroso (2014, p. 40), as quais merecem destaque,

Todas essas críticas merecem reflexão, mas podem ser neutralizadas. Em primeiro lugar, uma democracia não é feita apenas da vontade das maiorias, mas também da preservação dos direitos fundamentais de todos. Cabe ao Judiciário defendê-los. Em segundo lugar, é possível sustentar que, na atualidade brasileira, o STF está à esquerda do Congresso Nacional. De fato, quando o tribunal decidiu regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, as classes empresariais acorreram ao Congresso, pedindo urgência na aprovação da lei que tardava. Ninguém duvidou que o STF seria mais protetivo dos trabalhadores que o legislador. Quanto à capacidade institucional, juízes e tribunais devem ser autocontidos e deferentes aos outros Poderes em questões técnicas complexas, como transposição de rios ou demarcação de terras indígenas. Por fim, a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha.

Como ressalta Barroso (2014), o problema envolvendo toda essa nova roupagem do Judiciário na vida brasileira não é o excesso de judicialização, mas tem como ponto central a falta de boa política. Assim, não é com a restrição do papel do Judiciário que se resolverá o problema, pelo contrário, ele deverá permanecer forte no papel que lhe foi entregue enquanto não houver a restauração da dignidade da política.

Outro assunto ligado a esse novo contexto de expansividade do Judiciário diz respeito ao ativismo, que embora muito próximo da judicialização, com ela não se confunde. Alude Barroso (2014), que no caso do ativismo, o que se tem é uma atitude do Judiciário, que ao utilizar da interpretação do Texto Constitucional para suprimir lacunas, sanar omissões legislativas e determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes, passa a atuar de forma mais intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo, conseqüentemente, no espaço de deliberação dos outros dois Poderes.

Seu surgimento se deu nos Estados Unidos, no ano de 1954, sendo cunhado por uma reação conservadora de forma pejorativa para qualificar a atuação da Suprema Corte daquele país, que passou a adotar uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais à revelia das práticas políticas que até então vinham sendo adotadas (BARROSO, 2014).

No caso brasileiro, o ativismo judicial pode ser verificado em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, decidindo questões que não estão expressamente previstas na Constituição. Aduz Barroso (2014) que exemplos denotadores dessa postura podem ser observados na imposição da fidelidade partidária (ADIs nº 3999 e 4086), a vedação do nepotismo (ADC nº 12), a cláusula de barreira (ADIs nº 1351 e 1354), os precedentes sobre a greve no serviço público (MIs nº 670 e 708) e sobre a criação de municípios (ADI nº 2.240) etc.

Sobre o ativismo judicial, assevera Barroso (2014, p. 246-247) que,

Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

O oposto da postura ativista, à luz dos ensinamentos de Barroso (2014) é a autocontenção, por meio da qual o Judiciário busca se distanciar de interferir no campo de atuação dos outros Poderes, permitindo que estes possam ter maior liberdade nas suas escolhas ou não. Visa-se, com isso, tratá-los com maior deferência, nas palavras do autor. Exemplo da autocontenção,

segundo Barroso (2014), ocorreu com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3510), em que a Corte se limitou a declarar constitucional a lei editada pelo Congresso Nacional.

Conforme narrado, o fenômeno da judicialização é uma realidade relativamente recente na comunidade jurídica brasileira, tendo como marco inaugural o processo de redemocratização levado a efeito pela Constituição Federal de 1988. O acesso ao Poder Judiciário, para concretizar os direitos sociais, foi significativamente remodelado, na medida em que esse é o guardião último da Constituição, além de intérprete máximo de seu Texto, não se admitindo que a própria Lei exclua de sua apreciação lesão ou ameaça de lesão a direitos (CF/88, art. 5º, XXXV) (BARROSO, 2014).

Deve-se observar, ainda, na linha de intelecção de Schulze e Gebran Neto (2016), que essa atuação proativa do Poder Judiciário teve seu ponto crucial a partir da compreensão que o próprio órgão passou a ter do texto constitucional, vendo-o não mais como um documento estático, mas com força normativa decorrente de valores supremos plasmados em seu corpo, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da fundamentalidade dos direitos sociais e da própria inafastabilidade do ofício judicante preconizado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Precisas nesse ponto as palavras de Tutungi Júnior (2012, p. 65), ao aduzir que,

Por outro lado, é bem verdade que a judicialização da política decorreu principalmente da omissão estatal em adimplir prestações positivas, inclusive de natureza constitucional, levando à necessária intervenção do Poder Judiciário para assegurar a efetivação de tais direitos. Então, o que naturalmente já seria uma atuação supletiva (pois a própria busca pelo Estado-juiz deveria ser “subsidiária”) passou a ser fundamental; os mecanismos de controle entre os Poderes passaram a se fazer necessários não apenas para a efetivação de direitos fundamentais, mas para a implementação de diversas outras prestações positivas, dentre as quais as políticas públicas.

Acrescentam Schulze e Gebran Neto (2016, p. 47) nesse mesmo rumo, assentando que,

A transição da inefetividade para a tentativa de efetividade dos direitos fundamentais também decorreu do amadurecimento da sociedade brasileira, que deixou a passividade para assumir ativamente a responsabilidade de discutir seus direitos e se proteger de ilegalidades historicamente praticadas nas relações com o Estado – na perspectiva da saúde – e nas relações entre os próprios particulares – especialmente operadoras de planos de saúde.

Ademais, à medida que houve essa maior participação do Judiciário por meio de decisões de questões envolvendo direitos não devidamente implementados pelo Poder Público mediante a realização das políticas públicas competentes, aduz Tutungi Júnior (2012), que o índice de litigiosidade se massificou sobremaneira. Em função disso, a implementação dessas políticas teriam como finalidade não mais apenas resguardar o bem estar social, mas também tinha como foco garantir a ordem e a pacificação social.

O Brasil, notadamente, sob a égide da atual Constituição Federal, notabilizou-se como um país extremamente litigioso, onde desde questões que inicialmente seriam passíveis de serem resolvidas administrativamente, até causas mais complexas são levadas à apreciação judicial. Sobre esse aspecto da cultura brasileira, destacam Schulze e Gebran Neto (2016, p. 107),

O Brasil é campeão mundial de judicialização se observada a proporção entre processos e habitantes. A medida é de praticamente um processo para cada cidadão brasileiro. Tudo é levado às portas dos Tribunais, sem qualquer limite ou contenção. O burocratismo vigente no Executivo e no Legislativo também já reina no Judiciário. E o excesso de condenações desregula a gestão do SUS e dos planos de saúde.

Diante desse cenário, é possível reconhecer que o cidadão ostenta verdadeira condição de titular de direitos sociais, valendo-se do Poder Judiciário como meio de efetivá-los. Destaque-se, todavia, que os direitos prestacionais aqui tratados estão afetos ao campo da deliberação política majoritária, sendo o controle judicial das políticas públicas uma medida extrema, merecedora de especial atenção (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Como importante marco no balizamento da atuação do Poder Judiciário envolvendo questões relacionadas a omissões de direitos fundamentais e políticas públicas, tem-se a decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, na Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental (ADPF) nº 45, na qual foram estabelecidos certos parâmetros para a implementação das pretensões que são levadas ao Judiciário.

Nessa ordem de ideias, portanto, é possível perceber que a judicialização envolve questões de expressiva repercussão política ou social cujo campo de análise sai das instâncias tradicionais – Congresso Nacional e Poder Executivo –, passando a migrar para outra instância que até então não se cogitava poderia se arvorar de matérias desse jaez. Tal realidade é ínsita a uma Democracia Constitucional, além do que, conforme ensinamentos de Dias (2016), é um sistema de controle judicial que se expande cada vez mais pelo mundo afora, ampliando-se à medida que implantado em novas realidades políticas e sociais.

### **3.2 Efetivação do direito à saúde pela via judicial e tendências atuais**

Muito em voga, hodiernamente, são as demandas judiciais promovidas em face do Estado, via de regra, por segmentos hipossuficientes do seio social, com o fito de satisfazer necessidades singulares básicas contempladas no bojo da Constituição Federal, especialmente, relacionados a direitos sociais, a exemplo da educação, saúde, segurança, moradia etc.

Como já devidamente analisado, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, inclui o direito à saúde na relação dos direitos fundamentais. Ao assim proceder e tratá-lo de modo específico e detalhado em seu texto, o constituinte teve a sensibilidade de perceber que o ordenamento jurídico de então não era suficiente para suprir as necessidades dos mais vulneráveis diante de problemas relacionados à saúde.

Considerando especificamente o direito à saúde, com base no magistério de Schulze e Gebran Neto (2016), surge questão de extrema relevância que é aquela relativa aos pleitos de medicamentos, tratamentos e equipamentos hospitalares não fornecidos pelo SUS. Há procedimentos ou medicamentos que não estão contempladas pelo Sistema Único de Saúde, restando ao indivíduo ingressar no Poder Judiciário para que este imponha ao

Estado a obrigação de prover o direito reclamado, não se admitindo que este permaneça como mero espectador diante das trágicas escolhas políticas que tratem com desdém direitos fundamentais prioritários, como é o caso da saúde, em clara afronta ao que estabelece a Constituição Federal.

Portanto, não se poderia falar em ingerência do Judiciário em políticas públicas em casos tais, uma vez que se trata de direito individual, sobre os quais a tutela jurisdicional incide de forma inafastável. O que se observa, entretanto, é que há diversas ações buscando esse direito, o que de certo modo afeta as políticas públicas, na medida em que obriga o administrador público a atender a determinação judicial deixando de usar recursos públicos em outras áreas.

Relativamente ao modo como o Poder Judiciário vem sendo provocado, pode-se afirmar que os pleitos individuais tiveram um crescimento exponencial nos últimos anos e em sua maioria estavam relacionados à busca por medicamentos e procedimentos não contemplados nas listas de atendimento do Sistema Único de Saúde (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Por outra ótica, diversas ações coletivas, propostas por entidades de classe, partidos políticos, e em grande parte pelo Ministério Público, pleiteiam ao Poder Judiciário a tutela do direito à saúde amiúde negligenciada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Seria inconcebível, numa primeira análise, que o Poder Judiciário interferisse nas opções legítimas feitas pela Administração, pois, se assim o fizesse, estar-se-ia a substituir as escolhas feitas pelo administrador e, por conseguinte, extrapolaria seu âmbito de atuação. Nesse conduto argumentativo, a interferência do Judiciário somente se legitimaria em hipóteses de flagrante antijuridicidade nessas escolhas.

Observam Ventura *et al.* (2010) e Barroso (2014) que uma das primeiras demandas relativa ao exercício do direito à saúde de que se tem notícia e relacionada à judicialização, é do coquetel para tratamento da AIDS, fator este que serviu de mola propulsora para agitar os ânimos da população em geral na busca, via Judiciário, por melhores prestações dos serviços de saúde pública.

Conforme se aludiu, o SUS dispõe de uma lista de medicamentos que são fornecidos gratuitamente a todos os indivíduos, inclusive estrangeiros, dado o caráter universalista da assistência à saúde. Para se aferir se

determinado tipo de medicamento está ou não disponível na rede pública de saúde, Araújo, López e Junqueira (2016) enfatizam que se deve buscar nas listas da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Salientam tais autores, todavia, que outros medicamentos não estão contemplados nessa relação por envolverem procedimentos hospitalares mais amplos ou inespecíficos, devendo-se recorrer à Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES).

Assim, como o medicamento em referência não constava nas listas do SUS à época, os pacientes buscavam o Poder Judiciário para que o Poder Público fosse compelido a fornecê-lo.

O processo judicial, individual e coletivo, contra os Poderes Públicos, teve início na década de 90, com as reivindicações das pessoas vivendo com HIV/Aids para medicamentos e procedimentos médicos. As reivindicações fundamentavam-se no direito constitucional à saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, no Sistema Único de Saúde (SUS), sob responsabilidade conjunta da União Federal, Estados e Municípios (VENTURA *et al*, p. 78).

Segundo Gandini, Barione e Souza (2007, p. 4), ao relatarem sobre o atual estágio dessa conjuntura no Brasil,

No momento o assunto é candente na comunidade jurídica, na comunidade médico-farmacêutica, na Administração e na imprensa. Isso porque a população tem se valido do Poder Judiciário para executar essa prestação, ou seja, o Judiciário tem sido provocado a coagir a Administração a cumprir o dever que a Constituição lhe impõe, garantindo, assim, o exercício do direito à Saúde.

De acordo com Tutungi Júnior (2012), esse cenário de anomalia nas prestações sociais, especialmente na área da saúde, desencadeou reação por parte da sociedade, a qual visando resguardar e ver assegurado aquilo que minimamente a Constituição Federal garantiu, começou a se mobilizar e se valer da tutela jurisdicional como forma de coagir o Poder Público a lhe atender. Esse quadro paulatinamente se agudizou pois,

A gravidade da situação levou a uma explosão de litigiosidade outrora inimaginável, com o agravante de se estar diante de um direito que, se no plano constitucional integra a ordem social (e portanto poderia levar ao entendimento esposado acerca das disposições programáticas), no caso concreto coloca o ordenamento brasileiro frente a frente com seu princípio fundamental maior: a dignidade da pessoa humana. (TUTUNGI JUNIOR, 2012, p. 238).

Araújo, López e Junqueira (2016), atentos à realidade brasileira em relação à judicialização da saúde, chamam a atenção para os dados obtidos a partir de pesquisas realizadas entre os anos de 2005 e 2014, quando o número de novas demandas saltou de 450 para 9.402, representando um aumento de 2.000%. Além disso, os autores ainda ressaltam que o Ministério da Saúde revelou que os gastos com a judicialização teve um considerável aumento, pois passou de R\$ 2,5 milhões em 2005, chegando a R\$ 840 milhões em 2014, ou seja, um incremento de mais de 30.000%.

Contudo, nesse particular, pertinentes as ponderações de Schulze e Gebran Neto (2016) ao afirmarem que a despeito de haver judicializações legítimas, pois calcadas em normas fundamentais violadas, existem circunstâncias em que ocorre um manifesto abuso do direito de ação ante a extrapolação da pretensão do autor, pois esta não guarda harmonia com a extensão do direito à saúde. Em face desse contexto e do acentuado índice de litigiosidade, concluem Schulze e Gebran Neto (2016, p. 71) que “isto demonstra que a sociedade brasileira está desajustada, porquanto judicializa a vida, a política e todas as relações sociais, sem nenhum limite”.

Assim, pode-se sustentar que o quadro fático que hoje se apresenta relativamente à judicialização não só da saúde, mas de tantos outros direitos, especialmente os sociais, deve-se, em grande parte, à crise do Estado brasileiro. Conforme assentado por Schulze e Gebran Neto (2016), o Legislativo, a quem incumbe a função legiferante e fiscalizatória dos atos do Poder Executivo, não desempenha a contento o seu papel, seja para evitar comprometimentos políticos, seja porque está dividido em múltiplos grupos de interesse, o que dificulta a atuação unitária do poder.

Além disso, o Poder Executivo também contribui para esse cenário, na medida em que,

Em primeiro lugar, a baixa governança impede a condução da administração pública brasileira. Em segundo lugar, há inércia e omissão na construção e execução de políticas públicas. Em terceiro lugar, a meritocracia ainda é considerada dogma no serviço público. O alto número de cargos comissionados, sem controle da capacidade técnica, influencia na baixa qualidade do ato administrativo. Em quarto lugar, a eficiência ainda não se consagrou como princípio maior, a despeito da previsão no artigo 37 da Constituição (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 45).

Toda essa ineficiência institucional tanto do Legislativo quanto do Executivo culminaram, de forma decisiva, na ascensão do Poder Judiciário, visto agora como protagonista em matéria de direito à saúde, pois é a via encontrada para se obter um direito que não é prestado de forma adequada.

Assenta Lazari (2012, p. 237-238) que,

[...] o histórico do ordenamento pátrio de má gestão de recursos públicos, associado a fraudes, corrupção, violação à moralidade e atos de improbidade administrativa levou o SUS quase à “falência”. Some-se a isso o aumento populacional e o aumento na expectativa de vida do brasileiro, que invariavelmente proporcionaram aumento na demanda dos serviços de saúde.

No que concerne ao conteúdo das demandas propostas no Poder Judiciário, percebe-se que há uma abrangente gama de pleitos, uma vez que o próprio direito à saúde possibilita levar às vias judiciais diversas questões. Assim, ilustrativamente, são submetidas ao Poder Judiciário ações versando sobre dificuldades no agendamento de consultas, realização de procedimentos cirúrgicos, internações, obtenção de medicamentos e outros insumos.

Contudo, o destaque fica por conta das ações que buscam o fornecimento de medicamentos, tanto na Justiça Federal quanto na Estadual. Conforme destacam Araújo, López e Junqueira (2016, p. 61),

Solicitam-se medicamentos: 1) que o sistema fornece regularmente e, por alguma razão, não estão disponíveis em determinada localidade no momento; 2) que o sistema não fornece, pois disponibiliza alternativas, seja de outro princípio ativo ou insumo com eficácia semelhante, seja em marca diversa da pleiteada; 3) recentemente lançados no mercado, muitas vezes experimentais, sem evidência científica analisada ou controversa, e com baixíssima efetividade, a despeito das políticas públicas existentes.

Embora se reconheça a deficiência financeira e estrutural no sistema de saúde pública brasileiro, Schulze e Gebran Neto (2016) entendem que o

subfinanciamento do sistema, precário que é, aliado à má gestão desses recursos, contribui decisivamente para o agravamento desse quadro. Os Estados não executam o percentual estabelecido na Constituição, o que acarreta a sobrecarga para os Municípios, impedindo o eficiente funcionamento do serviço.

É necessário ressaltar que a judicialização da saúde no Brasil está dividida em duas situações distintas. Segundo Schulze e Gebran Neto (2016), primeiramente há a hipótese na qual já existe um direito reconhecido no âmbito do SUS ou nos planos de saúde. Entretanto, ele é negado na via administrativa, devido a questões relativas à falha no sistema ou por mera falta de gestão adequada. Nesse contexto, é preferível o ajuizamento de ações coletivas, na medida em que se evita o crescimento de ações individuais, e em consequência um número maior de pessoas são contempladas com o provimento judicial.

Nessa linha de compreensão, havendo reconhecimento, pelo próprio Estado, de determinada política pública que preveja o fornecimento de medicamento, procedimento cirúrgico e outros insumos, seu cumprimento se torna exigível, por mais que em certas situações não haja condição de imediato atendimento, seja por força de carência de infraestrutura adequada, ausência de doador para um órgão específico, dentre outros fatores (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Por outro lado, a segunda situação decorre do não reconhecimento do direito na via administrativa, é dizer, não houve a incorporação do tratamento ou medicamento nos registros da ANVISA, ou ainda que haja a incorporação, o indivíduo não possui a devida indicação médica. Essa situação é a que mais tem gerado debates, pois não existe previsão para a sua concessão, e a depender da condenação que se imputa ao ente público, o prejuízo financeiro ou a desregulação no planejamento orçamentário pode ser consequência inevitável (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Neste último caso, merece destaque a intitulada medicina baseada em evidências (MBE), incorporada no artigo 19-O, parágrafo único da Lei nº 8.080/90<sup>5</sup>, a qual tem por escopo não admitir o acesso a produtos que ainda

---

<sup>5</sup>Lei 8.080 de 1990

estejam em fase experimental, por conta da nocividade que o medicamento pode representar para o indivíduo, sem que se tenha certeza dos possíveis efeitos benéficos. Sobre a sua importância, vale frisar que,

A MBE, portanto, não é apenas um nome ou rótulo que caracteriza a descoberta científica sobre moléstias, produtos, medicamentos ou tratamentos. Ela consiste numa técnica específica para atestar com o maior grau de certeza a eficiência, efetividade e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prática. Trata-se, portanto, de uma ferramenta utilizada, em primeiro lugar, no exercício da medicina (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 215).

Para Araújo, López e Junqueira (2016, p. 78)

[...] afasta-se o casuísmo e o absolutismo da autonomia médica, que passa a requerer embasamento científico rigoroso. Neste sentido, importa não apenas a existência, mas a qualidade da pesquisa, os métodos utilizados, os patrocinadores dos estudos, os grupos de pacientes avaliados, suas características próprias, as condições em que são mantidos, o tempo estimado, dentre outros elementos que tornam as conclusões alcançadas mais objetivamente auferíveis.

Ainda nessa linha de intelecção, Schulze e Gebran Neto (2016, p. 180) manifestam-se contrários ao deferimento de pleitos dessa índole, sustentando para tanto que,

A competência constitucional do Estado de exercer a vigilância sanitária não pode ser derogada por decisão judicial que, superando os estudos, pareceres e critérios estatais, venha a substituir-se à administração. Se há a possibilidade de judicializar a aprovação, ou não, de fármacos pela ANVISA, penso que isso não se dará na via judicial, mas em ação própria que questione eventuais critérios de reprovação, ou demora do Estado em avaliar determinado produto, entre outras tutelas que se possa fazer sobre o procedimento, não sobre o direito a determinado produto.

Desse modo, a doutrina tem sinalizado a necessidade de um corpo técnico, especializado no assunto a que foi submetido a julgamento, a fim de

---

Art. 19-O. [...]

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

subsidiar o julgador quando da prolação do provimento judicial, uma vez que o conhecimento profissional do magistrado não o permite adentrar em questões tão específicas cujo grau de complexidade desborda do seu campo de atuação (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Nessa linha de raciocínio, destacam Araújo, López e Junqueira (2016) que no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4<sup>o</sup> Região, a perícia médica tem sido empregada constantemente para a comprovação da eficácia e adequação do tratamento pleiteado, com amparo na medicina baseada em evidências, ainda que a prescrição médica apresentada pelo autor seja proveniente de médico dos quadros do SUS.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça, órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário e responsável pelo controle e fiscalização financeira e administrativa do Judiciário nacional, atento às dificuldades enfrentadas pelos juízes na condução dos feitos envolvendo o direito à saúde, emitiu em 30 de março de 2010 a Recomendação nº 31 para a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Araújo, López e Junqueira (2016) sustentam que a questão relativa à possibilidade de dispensação de medicamentos sem o devido registro na ANVISA é assunto ainda objeto de divergência nos Tribunais pátrios. Tanto o enunciado nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, quanto a Suspensão de Tutela Antecipada nº 178 e 175-CE, provenientes do STF, na qual a União e o Município de Fortaleza buscavam suspender a determinação de fornecimento de medicamentos a ser cumprida por estes entes, com base no direito fundamental social à saúde, caminham no sentido de recomendar o não fornecimento de fármacos sem a devida incorporação pelo órgão competente ou que ainda esteja em fase experimental. Em sentido diverso, contudo, apontam os autores que a Corte Suprema já excepcionou essa orientação para deferir em certos casos o medicamento mesmo sem o devido registro.

O atual viés é revelador de que muitas ações judiciais de saúde têm levado a distorções não apenas processuais, mas também sobre a concepção precipitada de direitos assim como sua própria extensão, especialmente

quando é réu o Poder Público. Além da confiança exacerbada nas alegações autorais independentemente da comprovação cabal, tende-se a superestimar o que está garantido a um paciente que pretende, judicialmente, o fornecimento de determinada tecnologia em saúde (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Pontuam esses autores que, em regra, as demandas judiciais versando sobre o fornecimento de determinada tecnologia em saúde, em especial, medicamentos e insumos, condenam o Poder Público em sede de antecipação dos efeitos da tutela. Tal fato, segundo Schulze e Gebran Neto (2016), revela a extrema cautela que se deve ter em pleitos dessa natureza, porquanto tais decisões são precárias e passíveis de reversão.

Outrossim, é preciso enfatizar, à luz das ponderações de Schulze e Gebran Neto (2016), que havendo decisão administrativa pela negativa do fornecimento ou omissão do ente estatal em se manifestar sobre a possibilidade ou não do deferimento em tempo razoável e de forma fundamentada, autorizado estará o pleito judicial. Aliás, a lógica dessa premissa não poderia ser diferente, dado que se coaduna com o próprio exercício do direito de ação, ou seja, se não há resistência em fornecer o bem da vida reclamado, por conseguinte, carece o autor de interesse para deduzir sua pretensão em juízo. Desse modo,

No que tange a pretensões compreendidas nas políticas públicas de saúde, a ausência de pedido administrativo importa na inexistência de interesse de agir, porquanto não haverá demonstração de pretensão resistida, porque a administração não foi provocada quanto ao pedido (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 184).

Esse tem sido o entendimento, inclusive, do Comitê Executivo da Saúde do Paraná com a edição do Enunciado nº 2, seguido pelo Enunciado nº 13 da I Jornada da Saúde do CNJ, editado em maio de 2014, conforme assenta Schulze e Gebran Neto (2016, p. 183),

Enunciado nº 2 – Os pedidos ajuizados para que o Poder Judiciário forneça ou custeie medicamentos ou tratamentos de saúde devem ser objeto de prévio requerimento à administração, a quem incumbe responder fundamentadamente e em prazo razoável. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário previamente ouvir o gestor público antes de apreciar os pedidos de liminar.

Enunciado nº 13 – Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

Schulze e Gebran Neto (2016, p. 185) em sintonia com essas orientações manifestam que,

Apenas na impossibilidade de ingresso prévio por uma das portas de entrada do SUS é que poderá ser admitido o ajuizamento de ação instruída com prescrição de médico particular. E, neste caso, a carga argumentativa e demonstração do direito invocado haverá que ser ainda maior.

Com o escopo de ilustrar, exemplificativamente, os instrumentos processuais hábeis a sindicalizar esses direitos, Lazari (2016) menciona de forma não exaustiva uma listagem de remédios constitucionais e infraconstitucionais a serem manejados sempre que se pretender buscar do Estado o direito fundamental à saúde, como por exemplo: direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, CF/88), mandado de segurança (artigo 5º, incisos LXIX e LXX, CF/88), ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e a propositura de ação com fundamento no artigo 102 do Código de Defesa do Consumidor com o objetivo de impor ao Poder Público a proibição de produzir ou distribuir no território nacional de produtos que possam representar perigo à saúde pública e à incolumidade pessoal.

Em síntese, é importante frisar que se deve dar primazia às políticas públicas de saúde, tendo em vista que baseadas em evidências científicas, demonstrando segurança na sua utilização. Diversamente ocorre com medicamentos ou tratamentos em fase experimental, onde não há, *a priori*, qualquer resultado efetivamente comprovado, sendo “indispensável que haja amparo em profunda prova científica quanto à necessidade do remédio ou tratamento e sua eficácia” (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 57).

Por fim, invocando as ponderações tecidas por Schulze e Gebran Neto (2016) é coerente admitir que, embora haja incessantes necessidades sociais na área da saúde, o Estado não pode se converter em segurador universal, de sorte que o referido direito tal qual previsto na Constituição não possui alcance ilimitado, considerando que nem mesmo o direito à vida ostenta caráter absoluto.

Assim, conquanto o Judiciário brasileiro, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, tenha constantemente invocado preceitos como dignidade da pessoa humana, assim como o dever estatal de prestar o direito fundamental à saúde, setor de peso da doutrina tem combatido duramente esse posicionamento simplório e genérico adotado pela Corte Suprema. Esse segmento doutrinário entende que tal postura tem conduzido à equivocada conclusão segundo a qual tal direito ostentaria caráter absoluto (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Desta feita, em certas situações fáticas, a restrição a tal direito será medida necessária, sendo imprescindível analisar todo o contexto no qual a discussão está inserida, não se podendo concluir por uma responsabilização indiscriminada dos entes públicos. Além disso, é preciso se atentar que a proliferação de decisões judiciais, produz manifesto efeito negativo no orçamento público, assim como afetam a execução de políticas públicas de saúde envolvendo outros cidadãos, que igualmente detêm a titularidade desse direito.

### **3.3 Desafios da Judicialização no Brasil**

Não se pode olvidar, que em sendo a Constituição o centro emanador dos direitos fundamentais, tendo o regime democrático calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário não pode permanecer indiferente às ações que lhe são propostas pretendendo um determinado bem da vida. Some-se a isso, o fato de que, quando se trata de um direito revestido de fundamental importância para a manutenção da própria vida humana, como

é o caso da saúde, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, consoante alude a Constituição<sup>6</sup>, é garantia que se impõe em função da atuação inefetiva do Estado-administrador (LAZARI, 2016).

A questão que se coloca, porém, é saber se em face dessa realidade jurídica atual, o Poder Judiciário estaria plenamente apto a decidir matérias, que segundo o próprio Texto Constitucional, situa-se fora do seu âmbito de atuação, ou pelo contrário, se seria instância carecedora de legitimidade democrática para tal proceder. O tema ganha relevo quando se coloca em pauta o fato de as políticas públicas serem instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais postos à disposição de órgãos estatais cuja estrutura é formada por agentes democraticamente eleitos pelo povo.

Neste ponto, passa-se a analisar algumas questões controvertidas tanto no âmbito judicial quanto doutrinário, concernente à judicialização. Trata-se da possibilidade de alegação da reserva do possível em face do mínimo existencial, a possível ofensa à separação de poderes ao se admitir o controle de certas políticas públicas pelo Judiciário, em especial, do direito à saúde, assim como outras questões que merecem um olhar reflexivo, à luz da doutrina e jurisprudência pátrias, a fim de delimitar a exata compreensão da matéria em discussão.

### **3.3.1 Teorias da reserva do possível e do mínimo existencial**

A República Federativa do Brasil consubstancia Estado Social e Democrático de Direito. É dever do Estado e, portanto, direito do cidadão, ter acesso às prestações sociais, incluindo obviamente o direito à saúde. Verifica-se, porém, que os recursos de que se vale o administrador público para se desincumbir desse ônus são bastante escassos, ao passo que as necessidades básicas dos cidadãos são ilimitadas. A esse fato, conforme pondera Lazari (2016), convencionou-se denominar reserva do possível.

---

<sup>6</sup>Constituição Federal

Art. 5º, XXXV, CF/88 – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

De acordo com Ávila (2014), a efetivação dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais, estaria condicionada às possibilidades financeiras dos cofres públicos. Assim, a reserva do possível passou a ser um argumento utilizado pelo Estado para justificar sua ausência na prestação de serviços públicos essenciais.

Ademais, existe um inequívoco descompasso entre o que estabelece a Constituição Federal e a realidade fática que se apresenta. Tal fato, conforme ensina Tutungi Júnior (2012), pode constituir uma barreira à realização dos direitos sociais, tendo em vista que a insuficiência orçamentária muitas vezes torna inviável o acesso aos bens e direitos constitucionais, sobretudo quando se põe em evidência as políticas públicas assistenciais nas mais diversas áreas.

Lazari (2016) utiliza a lógica do “cobertor pequeno” para fazer referência às incontáveis necessidades humanas em detrimento das limitações fáticas, ou seja, por meio dessa lógica, a vontade de cobrir seria maior do que o tamanho do “trapo”, cobrindo-se a cabeça, os pés ficam à mostra.

O autor complementa argumentando que, em face das múltiplas áreas de políticas assistenciais estabelecidas pela Constituição Federal – educação, saúde, esporte, lazer etc.-, torna-se extremamente dificultoso, senão impossível, atender a todas as exigências apresentadas, seja via administrativa, seja via judicial. Em face de tais situações, a necessidade de sacrifícios é consequência inevitável.

Por outro lado, observa Barroso (2014), que a proliferação de decisões judiciais condenando a Administração ao custeio de tratamentos e medicamentos irrazoáveis acabam por gerar sérios riscos à continuidade dos serviços de saúde, uma vez que desorganiza a atividade administrativa e impede a alocação racional dos recursos públicos, já tão escassos.

Desse modo, para compreender a exata medida de aplicação da reserva do possível, assim como as nuances que envolvem tal teoria, urge fazer uma digressão histórica acerca do tema, desde seu surgimento até a configuração atual, delimitando todo o contexto em que foi aplicada à época do seu advento e posterior importação para o Brasil.

A teoria da reserva do possível, segundo Lazari (2016), encontra berço na Alemanha. Sua origem é datada de 18 de julho de 1972, proveniente do Tribunal Constitucional Federal Alemão. A causa da teoria, explica o autor, deveu-se ao fato de que nesse período houve um exponencial crescimento do número de estudantes na área de medicina humana, o que não foi correspondido pelo número de universidades disponíveis, sendo necessários vultosos investimentos para atender essa demanda. Isso motivou as universidades invocarem a limitação do número de vagas com base numa lei com esse teor, o que foi chancelado pelo Tribunal Alemão.

Narra Lazari (2016) que o Tribunal Alemão, apesar de reconhecer como constitucionalmente assegurado o direito de admissão, é dizer, da escolha individual do lugar de ensino e a carreira profissional a ser seguida, o aumento excessivo do número de pessoas no curso de medicina poderia pôr em xeque o próprio direito protegido, o que legitimaria o condicionamento da admissão a uma limitação orçamentária e financeira.

Por isso, para o Tribunal Constitucional Federal, na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são, desde o início, restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da coletividade. Assim, ao administrador competiria, na gestão de seu orçamento, também observar outros interesses da coletividade bem com a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior (LAZARI, 2016).

Portanto, é possível observar que o argumento utilizado pela Corte Constitucional alemã alinhava-se à questão da razoabilidade da pretensão invocada, pois mesmo que o Estado dispusesse de recursos suficientes para atender ao direito reclamado, não haveria a obrigação estatal de prestar um serviço ou conceder um direito que não se encontrasse no limite do razoável.

Assim o objetivo da teoria em sua gênese,

[...] não se relacionava direta e unicamente com as restrições de recursos materiais enquanto limites intransponíveis para a concretização do direito social, mas sim à razoabilidade da pretensão deduzida com vista à sua efetivação (MASSON, 2015, p. 290).

Mais tarde, consoante ensinamentos de Masson (2015), referida teoria foi importada para o Brasil, por meio, primeiramente, do magistério de Sarlet e, depois, na jurisprudência do STF, no julgamento do RE 456.996-SP, julgado em 22 de setembro de 2005 e publicado em 03 de fevereiro de 2006 <sup>7</sup>.

Contudo, houve um desvirtuamento de sua essência, eis que passou a ser alegada pelo Estado corriqueiramente, sem qualquer tipo de critério e argumentação plausível. Ensina Masson (2015) que no Brasil, referida teoria foi adotada com a faceta do financeiramente possível, ou seja, considerou-se a insuficiência de recursos públicos um obstáculo à efetivação dos direitos sociais.

Importante destacar, ademais, que a reserva do possível opera sob uma dimensão tríplice, consoante alude Masson (2015) com esquete nos ensinamentos de Sarlet, qual seja, a disponibilidade fática, a disponibilidade jurídica e a proporcionalidade. No que tange à primeira, explica a autora, que é necessário verificar se a prestação exigida encontra inserida dentro da razoabilidade da universalização, vale dizer, se tal direito é passível de ser estendido a todos que se encontram na mesma situação.

Assim, esse aspecto é importante, tendo em vista que o Judiciário ao realizar a micro-justiça, é dizer, analisa um caso específico, tende a ser mais generoso, desconsiderando por outro lado a macro-justiça, ou seja, verificar se há possibilidade de todos os demais indivíduos pleitearem semelhante prestação, eis que

Ao desconsiderar essa alternativa, acaba por comprometer a igualdade (uma demanda seria atendida, outras tantas, apesar de idênticas, não) ou, até mesmo, a estabilidade orçamentária (ao criar um precedente de atendimento que será repetido em diversas outras causas, nada obstante a carência de recursos) (MASSON, 2015, p. 291).

No que diz respeito à segunda dimensão, relacionada à disponibilidade jurídica, ao examinar as lições de Sarlet, pondera Masson (2015), que nesta reside o questionamento relativo aos órgãos incumbidos de formular e efetivar

---

<sup>7</sup> São decisões paradigmas, as exaradas no RE 429.903, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/06/2014, publicada no DJ em 14/08/2014; RE 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/08/2015, publicado no DJ em 26/08/2015; ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado no DJ em 04/05/04.

políticas públicas, assim como as preferências e prioridades que orientarão os gastos públicos. Assenta a autora a delicadeza dessa dimensão, pelo fato de envolver a possibilidade de o Poder Judiciário efetivar diretamente o acesso aos bens que, a princípio, estariam sob o crivo das instâncias políticas (Legislativo e Executivo).

Nesse diapasão, é coerente admitir, consoante entende Masson (2015), que embora seja considerada indevida a interferência judiciária na esfera de atuação dos demais poderes, substituindo-os nos juízos de conveniência e oportunidade, não se pode coadunar com postura de violação incontestes dos direitos fundamentais pelos órgãos políticos, uma vez que,

[...] revela-se factível ao Poder Judiciário determinar, ainda que de modo excepcional, que as políticas públicas definidas pela Constituição sejam implementadas pelos órgãos estatais descuidados e faltosos, cuja omissão – por importar em descumprimento das obrigações político-jurídicas que sobre eles recaem em caráter mandatório – culmine no comprometimento da eficácia e a integridade de direitos sociais possuidores de estatura constitucional (MASSON, 2015, p. 292).

Por último, tem-se a dimensão da proporcionalidade da reserva do possível, a significar que a efetivação e realização dos direitos sociais dependeriam do atendimento de dois requisitos básicos, que para Masson (2015), seriam a razoabilidade da pretensão individual deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira para custear tais direitos sociais. Contudo, nessa mesma linha de compreensão, ressalta Masson (2015) ser absolutamente vedado ao ente estatal, servir-se da cláusula da reserva do possível para frustrar a implementação de políticas públicas a fim de concretizar os direitos sociais, vez que

[...] ressalvada a ocorrência de motivo justo e objetivamente verificável, a reserva do possível não pode ser alegada pelo Estado no intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações firmadas no texto constitucional (MASSON, 2015).

Nesse sentido, a cláusula mencionada, quando utilizada pelo Estado para a sua defesa, a ele caberá o ônus de provar tal circunstância, não se admitindo qualquer inversão ou distribuição dinâmica, servindo de proteção para o autor da demanda, na medida em que além de ser de extrema

dificuldade a produção de prova da insuficiência orçamentária do Estado, obstar-se-ia o acesso à justiça (LAZARI, 2016).

Como forma de conter a alegação generalizada por parte do Estado da reserva do possível, somente em situações excepcionalíssimas, devidamente comprovadas é que se poderia aceitar tal tese,

Não se pode, pois, admitir a “*reserva*” como cláusula negatória indiscriminada de suprimento de direitos fundamentais, pois isso feriria por completo o dirigencialismo de José Joaquim Gomes Canotilho que circunda a Constituição Federal e que, com ou sem ressalvas desse ser respeitado. Se é fato que critérios devem ser observados para a concessão de direitos sociais, *a contrario sensu* significa dizer que critérios devem ser observados, também, para a não concessão de direitos sociais. E, se a regra é a não aplicação da reserva do possível, significa que tais critérios devem sempre ser interpretados no sentido da concretização dos direitos sociais, e, portanto, somente em *ultima ratio* imperaria a cláusula de exclusão em evidência (LAZARI, 2016, p. 64).

Relativamente à natureza jurídica da reserva do possível, Lazari (2016) a concebe como princípio, portanto dotada de normatividade. Essa conclusão, explica o autor, deve ser entendida pela simples razão de que é necessário ponderar as diversas normas principiológicas postas em jogo, chegando-se ao que é devido.

Nesse conduto argumentativo, inevitavelmente se põe em pauta dois ou mais princípios, os quais, diferentemente das regras, não podem ser simplesmente excluídos. Deve-se buscar fundamento na lógica de Ronald Dworkin, ora admitindo que prevaleça a reserva, ora afastando-a, mas sem extirpá-la por completo.

Convém ressaltar, como bem lembrado por Lazari (2016), que a despeito de haver certo repúdio à invocação da reserva do possível e sua aplicabilidade no direito brasileiro, certamente também não se pode excluí-la por completo do ordenamento pátrio, considerando ser importante instrumento limitador de excessos, principalmente quando se coloca em debate discussões como implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Lazari (2016), buscando justificar a vigência ou, ao menos, a não admissão por completo do princípio da reserva do possível no ordenamento brasileiro, condiciona-o às condições econômicas em que se encontra o país

em dado momento, a significar que quanto melhor a situação financeira mais restrito deve ser o uso deste princípio.

Adotando a mesma linha argumentativa e atentando para as molduras fáticas e jurídicas que envolvem o direito à saúde, Schulze e Gebran Neto (2016, p. 138) enfatizam que,

[...] para estabelecer o conteúdo do direito à saúde, dentro da perspectiva de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, há que ser tomada a realidade do Estado brasileiro e seu atual estágio de desenvolvimento.

Por outro lado, cumpre analisar a teoria do mínimo existencial, considerando que é de extrema valia sua correta compreensão na ordem jurídica pátria, a fim de se estabelecer as balizas norteadoras desse instituto e encontrar um ponto de intersecção com a reserva do possível, assim como verificar as variadas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do seu real conteúdo.

O mínimo existencial tem seu nascedouro também na Alemanha, na década de 50, fruto de construção do Tribunal Federal Administrativo que em decisão paradigmática reconheceu um direito subjetivo do cidadão carente a auxílio material do Estado. Referida decisão teve por base a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e o direito à vida, sendo que a qualidade de pessoa autônoma e responsável, credenciaria tal indivíduo à condição de titular de direitos e obrigações, de sorte que haveria de ser garantido a manutenção das condições de sua existência (LAZARI, 2016).

Sua tônica ocorreu em 1990, já na Corte Constitucional daquele país, por intermédio do jurista Paul Kirchhof, sendo que sua aparição no Brasil, segundo Lazari (2016) se deu por meio de Ricardo Lobo Torres, no final da década de 1980 e na jurisprudência, é paradigmática o voto do Ministro do STF, Celso de Mello, proferida na ADPF 45 em que se discutia a legitimidade do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas.

A Corte Constitucional da Alemanha extraiu o mínimo existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática, tendo como norte o princípio do Estado Social (LAZARI, 2016).

Desse modo, é possível verificar uma relação muito próxima entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, vez que, consoante se verá na sequência, referida teoria encontra-se relacionada com “um agrupamento reduzido de direitos fundamentais, formada pelos bens mais básicos e essenciais a uma vida digna” (MASSON, 2015, p. 294).

Assim, em breve síntese, assenta Lazari (2016, p. 98) sobre a conceituação de mínimo existencial,

[...] trata-se de subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal específica no ordenamento pátrio (bem como no alemão, onde teve origem), mas fruto de construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais, sem os quais mostra-se impossível a existência digna do homem. Ademais, cuida-se de matéria de mérito, a ser alegada pelo particular em face do Estado quando da propositura de demanda de cunho excepcional, pelo Estado, como matéria de defesa, dado o dever de comprometimento deste, além do „mínimo” (faixa de subsistência), com aquilo que lhe excede, graças ao postulado da máxima efetividade.

Insta destacar que o mínimo existencial busca atenuar as imperfeições do Estado, servindo como auxílio na implantação do Estado Democrático de Direito, resguardando que um pequeno grupo de direitos sociais fique a salvo da insuficiência assistencialista do Estado. Isso não significa, contudo, que há uma nulificação de outros direitos que não se achem contemplados pelo mínimo existencial. Pelo contrário, o ente estatal não se desonera do que excede, devendo agir sempre no sentido de melhorar aquilo que foi prometido (LAZARI, 2016).

Questão que gera ampla divergência doutrinária diz respeito ao conteúdo do mínimo existencial, dado o considerável grau de subjetividade com grande influência principiológica e valorativa presente nesse instituto, entendido como subgrupo qualificado de direitos sociais cuja previsão não consta expressa na Lei Fundamental, pois fruto de esforço doutrinário e jurisprudencial (LAZARI, 2016).

Nesse sentido, buscando aquilatar o alcance do mínimo existencial na ordem jurídica brasileira, haja vista o amplo rol de direitos sociais previstos no corpo do Texto Constitucional, Lazari (2016), inicialmente apresenta quatro posições diferentes sobre a temática em tela, para ao final consignar aquilo que para ele constituiria o mínimo existencial.

O primeiro posicionamento acerca do conteúdo do mínimo existencial é encontrado nos estudos de Ricardo Lobo Torres, para quem, segundo Lazari (2016) não haveria como aferir ,objetivamente, um conteúdo específico, de modo que, qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental, poderia ser qualificado como mínimo existencial, bastando que seja considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial.

Por outro lado,

Andreas J. Krell, por sua vez, fala num „padrão mínimo social“, que incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia. Ademais, para o autor, a ideia do „mínimo“ se manifesta, também, nos diversos projetos de lei municipais referentes a uma renda mínima necessária à inserção na sociedade (LAZARI, 2016, p. 119).

Lazari (2016) traz à lume as lições de Ana Paula de Barcellos, segundo a qual, constituiria o mínimo, além dos direitos individuais de liberdade, os direitos à saúde básica, à assistência aos desamparados e à educação fundamental, assim como o acesso ao Judiciário como forma de instrumentalizar tais direitos.

Por sua vez, conforme Lazari (2016), há o posicionamento sufragado por Sarlet, que apesar de não especificar o conteúdo do mínimo existencial, destina atenção especial ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde e à educação (LAZARI, 2016).

Por fim, Lazari (2016) defende que o mínimo existencial seria constituído do seguinte rol de direitos: do direito à educação básica e em creche e pré-escola, excluindo-se o direito ao ensino superior; do direito à saúde preventiva, restauradora e pós-restabelecimento, excluindo-se o direito à saúde experimental e demais questões atinentes à saúde; do direito à alimentação, excluindo-se o que for supérfluo; do direito de trabalhar com dignidade, assim como perceber rendimentos jamais vis, excluindo-se o direito de ter um trabalho; do direito de não perder o lar e de que ele seja provido por prestações estatais de absoluta necessidade, excluindo-se o direito de ser proprietário; do direito à previdência social; e do direito à assistência aos desamparados,

especialmente ao salário dignitário ao idoso ou portador de deficiência previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal<sup>8</sup>.

Cingindo-se aos limites deste trabalho, cumpre analisar especificamente o mínimo existencial concernente ao direito à saúde. Assim, acerca de seu conteúdo, obtempera Lazari (2016) que o direito à saúde é composto por cinco partes fundamentais, sendo elas: saúde preventiva, saúde restauradora, saúde pós-restabelecimento, saúde experimental, e demais questões atinentes à saúde. No que diz respeito ao primeiro aspecto,

[...] se entende aquelas políticas que antecedem à própria doença, como a louvável iniciativa de „semanas“ e „dias temáticos“ – é o caso da „semana de prevenção ao câncer de colo de útero“, a „semana de prevenção à síndrome da imunodeficiência adquirida“, o „ dia de combate ao diabetes“, o „ dia de combate à hipertensão, dentre outras -, a função precípua desempenhada pelos Postos de Saúde e Programas de Saúde da Família (PSFs) – como o acompanhamento familiar e a vacinação contra doenças como a poliomielite, a rubéola, a gripe H1N1, a febre amarela, o tétano -, o estímulo à prática de atividades físicas contra a obesidade e o sedentarismo – incentivo que ocorre, principalmente, por meio da propaganda do governo -, o combate anual à dengue, *chikungunya* e *zika vírus* – inclusive fora do período das chuvas - , o acompanhamento da gravidez e das primeiras semanas do recém-nascido, dentre outras (LAZARI, 2016, p. 130)

Já a saúde restauradora, segundo assevera o autor, são as políticas desenvolvidas concomitantes à ocorrência da doença, vale dizer, são ações prestacionais como fornecimento de medicamentos de alto custo não previstos nas listas do SUS, internações, realizações de cirurgias imprescindíveis para a conservação da vida do paciente etc.

A saúde pós-restabelecimento ocorre após a doença com o fornecimento de medicamentos ou tratamentos mesmo para doenças que não existam cura, a exemplo do tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida, e outras ações como o acompanhamento psicológico de crianças vítimas de abuso sexual, até a restauração de sua plenitude mental (LAZARI, 2016).

---

<sup>8</sup>Constituição Federal (...)

Art. 203, inciso V: “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

O autor ressalta ainda a saúde experimental, entendendo esta como políticas de saúde – medicamentos, tratamentos – que não estão autorizados ou regulamentados pela ANVISA, em vista da carência de comprovação de eficácia, além de requerimentos de envio para tratamento do exterior. Por último, há as demais questões atinentes à saúde, que, a despeito de não se relacionarem com doença, mostram-se de igual importância por guardarem relação com o estado de debilitação do indivíduo, como por exemplo, cirurgias estéticas para mudança de sexo.

Com efeito, o mínimo existencial no campo do direito fundamental à saúde, restringe-se à saúde preventiva, à restauradora e à pós-restabelecimento, devendo ser refutadas da abrangência do mínimo, a saúde experimental e o bloco que compõe as demais questões atinentes à saúde já tratada em passagens anteriores (LAZARI, 2016). Assim,

[...] o fato de o medicamento / tratamento ser proibido / não regulamentado pela ANVISA deve, por si só, inviabilizar que o magistrado determine-o. Do contrário, estará havendo uma invasão na esfera de gerenciamento do órgão, com o Poder Judiciário almejando ultrapassar a autoridade especializada de quem, com base em critérios técnicos, optou por não autorizar o medicamento / tratamento. [...] o fato de se utilizar a expressão „demais questões” não significa dizer que estão estas sendo tratadas como supérfluas, mas é fato que este o único dos cinco elementos com conteúdo generalíssimo, em contraponto aos outros quatro específicos. Assim, como o dinheiro é escasso, caso se possa falar numa ordem de preferência entre o que atender primeiro dentro do direito à saúde, no topo da pirâmide estarão as saúdes preventiva, restauradora e pós-restabelecimento, num mesmo patamar, logo abaixo a saúde experimental, e só então estas „demais questões”. É dizer: como as necessidades do que vêm acima são muito maiores, estas „demais questões” não podem compor o „mínimo” por absoluta falta de espaço (LAZARI, 2016, p. 133-134).

No que concerne à possibilidade de se fixar objetivamente um valor para o mínimo existencial, Lazari (2016) aduz não ser essa uma solução fácil, muito menos viável, por fatores diversos, como segurança jurídica e social, vasta carga principiológica envolvida na sua verificação, além de se correr o risco de restringir tal instituto ainda mais, impedindo por completo sua maximização, algo que não vem ao encontro da sua verdadeira essência. Além disso,

O custo de vida de uma determinada região, o grau de inflação ou deflação do país, a força da moeda corrente, as necessidades singulares da população brasileira, fatores climáticos que podem provocar altas ou baixas, nos preços dos alimentos, o cenário da balança comercial, dentre outros, são apenas alguns exemplos das variáveis que levam à bancarrota qualquer fixação de patamares exatos (LAZARI, 2016, p. 157-158).

Em suma, a Constituição Federal, enquanto norma jurídica fundamental do nosso sistema, elenca uma gama de direitos dentre os quais o direito fundamental à saúde, sobre o qual recai o manto da fundamentalidade, exigindo-se do Estado políticas públicas efetivas, como mecanismo concretizador desse direito.

Contudo, tais políticas demandam excessivos gastos de recursos públicos, os quais, por evidências fáticas, são limitados, o que implica dizer que a ação governamental deverá sopesar para qual área tais recursos serão realocados. Em verdade, consoante entende Barcellos (2007, p. 12), “a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.” Além disso,

[...] mesmo a demonstração da insuficiência de recursos pode não ser argumento suficiente para afastar o controle jurisdicional, quando, por exemplo, esta insuficiência decorrer de falta de planejamento para a execução de políticas públicas já formuladas, ou quando decorrer da aplicação em outras áreas não tão prioritárias como são aquelas que envolvem direitos fundamentais (e como os direitos sociais) (TUTUNGI JÚNIOR, 2012, p. 189).

Ademais, é de se ressaltar que a oponibilidade da reserva do possível por parte dos Poderes Públicos ao mínimo existencial é objeto de intensa divergência doutrinária, consoante ponderações de Masson (2015). No âmbito jurisprudencial, contudo, segundo a autora, o Supremo Tribunal Federal tem se inclinado pela não admissão de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que da sua aplicação resultar comprometimento do núcleo básico que compõe o mínimo existencial<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup>RE 482.611-SC, STF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/03/2010, publicado no DJ em 06/04/2010.

### 3.3.2 Legitimidade democrática do Poder Judiciário e sua capacidade institucional

Questão de extremo relevo no que tange à judicialização de políticas públicas, envolve a discussão atinente à legitimação democrática do Poder Judiciário para adentrar no campo em análise, uma vez que tais matérias não se acham tipicamente no campo judicial, mas é fruto de deliberação política, portanto, afeta aos Poderes Legislativo e Executivo.

Sabe-se que em tais órgãos, diferentemente do Judiciário, seus membros são eleitos pelo povo, o qual por delegação transfere a esses dois órgãos o poder para representá-los e tomar decisões. Conforme ensina Barroso (2008, p. 39),

Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A ideia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

Portando a questão é de se saber se os membros que compõem um determinado órgão sem representatividade política pode impor ou interferir em deliberações de órgãos que representam a maioria política, vale dizer, Executivo e Legislativo. Para Barroso (2008), essa atuação do Judiciário será legítima, uma vez que no constitucionalismo democrático contemporâneo, o respeito aos direitos fundamentais deve ser observado mesmo pela maioria política, e quando isso não ocorrer o Judiciário deve agir. Esse panorama revela a propalada atuação contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário.

Ressalte-se, ainda, que embora o Poder Judiciário não tenha seus membros eleitos pelo povo, sua legitimação decorre de normas constitucionais, as quais destacam seu relevante papel de tutelar os direitos fundamentais que eventualmente venham a ser violados. Desse modo, mostra-se compatível com a Constituição toda atuação do Poder Judiciário na direção de se preservar direitos fundamentais, desde que essa sua atuação não expresse um ato de vontade própria (BARROSO, 2008). Conclui o autor que tal órgão exerce

inegavelmente um poder político, idôneo inclusive para invalidar uma decisão dos outros poderes.

Sustenta Barroso (2014) que a reserva de parcela do poder político ao Judiciário é realidade presente na maioria dos Estados que adotam a democracia como regime de governo, tendo como fator determinante a independência de um órgão forte que seja capaz de resistir a pressões políticas e agir com isenção, contudo, sempre com base em princípios incorporados e aceitos pela comunidade jurídica.

Ademais, é de se observar que assim como os outros Poderes, o Judiciário se submete a rigoroso controle de ordem administrativa, financeira, disciplinar e política, conforme ensina Barroso (2014), dentro da teoria da harmonia dos Poderes (sistema de freios e contrapesos). Portanto, mesmo não tendo seus membros eleitos pelo povo, como ocorre no Executivo e Legislativo, aquele outro Poder se submete ao controle social, dado que também está sujeito à prestação de contas e atuação transparente perante a sociedade. Assim,

O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade (BARROSO, 2014, p. 277).

Complementa Barroso (2014, p. 278) com o mesmo raciocínio,

De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento pessoal. Cortes Constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretam a Constituição em termos que diverjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá, ao cumprimento da decisão.

É preciso se atentar ainda para as lições de Barroso (2014) ao se defrontar com as escolhas políticas que devem ser feitas para atender aos anseios sociais. Narra o autor com base nas reflexões de Ronald Dworkin e John Rawls, que numa sociedade que se pretende democrática, há certas questões que devem ser tratadas como princípios morais ou políticos, e não

somente como questão de poder político, portanto, afeta ao crivo da vontade majoritária.

Ademais, há de imperar em certos casos uma razão pública, ou seja, a decisão judicial deve estar devidamente fundamentada e argumentada com base na razão, divorciando-se de doutrinas abrangentes, que possuam conotação religiosa ou ideológica. Isso ocorre costumeiramente com questões envolvendo a realização de direitos fundamentais (BARROSO, 2014).

Nesse sentido, é possível sustentar os argumentos aqui delineados com base em dois fundamentos, um de ordem filosófica e outro normativo, conforme reflexões de Barroso (2008). Quanto ao fundamento normativo, o próprio texto constitucional atribui, de forma expressa, esse poder ao Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>. Tal raciocínio decorre, devido a circunstância de que “ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo” (BARROSO, 2008, p. 11).

Vale sublinhar que em vista do amplo rol de direitos corporificados no texto constitucional, é imperiosa a existência de uma instância capacitada a efetivar as prerrogativas sociais, individuais e coletivas, a fim de preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que é a dignidade da pessoa humana. Desse modo, Barroso (2014, p. 251) conclui,

Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.

No que tange ao fundamento de ordem filosófica, sustenta Barroso (2008, p. 11) que a legitimação do Judiciário na seara das políticas públicas decorreria do Estado constitucional democrático, o qual,

---

<sup>10</sup> Art. 102, CF/88 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]

[...] é produto de duas ideias que se acoplam, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Para Schulze e Gebran Neto (2016), a legitimidade institucional do Poder Judiciário, combatida pela corrente de autocontenção judicial, encontra assento nos artigos 2º, 92 a 126 e no próprio princípio da inafastabilidade do ofício judicante hospedado no artigo 5ª, inciso XXXV, do Texto constitucional. Além do mais,

Isso seria suficiente para permitir a atuação do Judiciário. Não se poderia, ademais, imaginar uma limitação do Poder Judiciário no exercício da sua missão constitucional (nascida há mais de dois séculos, em 1803, em *Marbury vs. Madison*). A Corte também possui o dever fundamental de preservar os direitos fundamentais (individuais, coletivos e difusos), impondo limites e controle à atuação do Legislativo e do Executivo. Outro ponto importante é que o Judiciário, em relação aos outros Poderes, possui maior neutralidade e especialização sobre os temas constitucionais, pois não depende de controle popular do voto e possui alta capacidade técnica e funcional. Os juízes são, assim, os principais fiscais da Constituição (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 62-63).

Por seu turno, Dias (2016) assenta que a questão envolvendo a possibilidade de o Poder Judiciário interferir em políticas públicas decorre não da sua legitimidade para formulá-las, até porque, quanto a isso, não há discussão, tendo em vista o fato de que “[...] a legitimação para a identificação de objetivos públicos caberia inicialmente aos Poderes Executivo e Legislativo, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário” (DIAS, 2016, p. 51).

Assim, a justificativa para a intervenção é outra. Toda vez que houver um conflito jurídico, ou seja, conflitos entre políticas públicas e direitos fundamentais, exista política pública ou não, mas desde que haja o dever legal ou constitucional de produzi-la, o controle dessas políticas pelo Judiciário será medida que visa à preservação de direitos (DIAS, 2016). Desse modo,

O controle judicial tem sua importância maximizada pelo primado da submissão do Estado à ordem jurídica e, mais precisamente, ao conteúdo dos Textos Constitucionais, notadamente no que diz respeito à consagração dos direitos fundamentais em seu bojo (DIAS, 2016, p. 196).

Nessa mesma linha de raciocínio argumenta Tutungi Júnior (2012, p. 350)

Ordinariamente, a legitimidade para formulação de políticas seria do Parlamento (quanto à produção legislativa) e do Poder Executivo (para traçar diretrizes prévias à execução), ao passo que a este último também incumbiria a sua execução. Por outro lado, omissões capazes de colocar em risco direitos fundamentais, ainda que por estratégia política, não vem sendo toleradas no ordenamento. O histórico de má administração de recursos públicos e corrupção levou a uma situação de intolerância, na qual o que outrora se considerava uma opção discricionária da Administração Pública, hoje é vista como exercício ilegítimo de efetivação das políticas, possibilitando-se o controle jurisdicional.

Ao argumentar sobre o papel do Judiciário, sublinha Dias (2016, p. 110) que “[...] o papel que o Judiciário assume numa sociedade justa e bem-ordenada é fundamentalmente assegurar que iniciativas legislativas posteriores não tenham o efeito de comprometer a garantia dos direitos fundamentais”.

Nessa linha de compreensão, é coerente admitir que o Judiciário pode e deve ser constituído como um fórum adequado para discussão daqueles temas. Isso não quer significar, porém, que deva haver exclusividade. Pelo contrário, “[...] o sentido que se pode esperar é que o Judiciário seja capaz de corrigir as distorções no âmbito executivo e legislativo que acabem por comprometer os direitos fundamentais” (DIAS, 2016, 112).

Conforme ensina Barroso (2014), nem sempre a solução para o caso estará pré-pronta na norma, o que exigirá do juiz um enorme esforço cognitivo e criativo, com base na atividade argumentativa, para decidir de forma racional e em sintonia com preceitos emanados da Constituição.

Portanto, à luz dos ensinamentos doutrinários aqui articulados é possível sustentar que a atitude do Judiciário decidindo questões que escapam da margem de sua atuação, somente se legitimará quando estiver em discussão direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos. Em não havendo esses fatores, consoante entendimento de Barroso (2014), o

Judiciário deve adotar postura de deferência para com os demais poderes e as escolhas legítimas que esses realizarem.

Ademais, importante questão diz respeito à capacidade institucional do Judiciário e o risco de efeitos sistêmicos quando se trata de judicialização e ativismo judicial relacionados a questões complexas. Consoante entende Barroso (2014), o Judiciário não é o órgão adequado para resolver questões envolvendo acentuadas complexidades técnicas e científicas, eis que determinadas matérias escapam do seu âmbito de domínio. Além disso, a imprevisibilidade gerada por uma decisão que lida com essas questões complexas, provocando um risco de efeitos sistêmicos, redobra a atenção que o juiz deve ter ao decidir, considerando que está mais preparado para realizar a micro-justiça.

Deveras, Schulze e Gebran Neto (2016) reconhecem a necessidade de se limitar a atuação do Poder Judiciário em se tratando de políticas públicas, devendo ser deferente para com os outros poderes, porquanto é o menos legitimado para a realização dessas escolhas políticas, além de não ter se submetido a escrutínio popular e não ser detentor de condições favoráveis para examinar o impacto político e econômico de suas decisões nessa seara.

Desse modo, sob a égide do novo Estado do Bem-Estar Social, é necessário dar primazia às reivindicações da sociedade moderna, cabendo ao Judiciário, quando provocado, viabilizar os meios necessários a essa efetivação. Não se pode cogitar, ademais, de carência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para adentrar em matérias que tradicionalmente estariam fora da sua esfera de atuação, pois a Constituição lhe incumbiu de maneira expressa do dever de zelar pela guarda da Lei Fundamental.

De resto, conquanto os agentes públicos componentes do Poder Judiciário não tenham aí ingressado mediante um processo eleitoral, tal qual ocorre no Executivo e Legislativo, sua legitimidade decorre diretamente da Constituição, fruto da Assembleia Nacional Constituinte, composta por representantes do povo. Além do mais, a Corte Constitucional desempenha importante papel contramajoritário, já que os órgãos veiculadores do clamor

popular, culminam por suprimir a vontade de minorias (BARROSO, 2014).

Assim,

[...] quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobrepor suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de *dificuldade contramajoritária*. (BARROSO, 2014, p. 247-248)

De mais a mais, enquanto as instâncias tradicionais (Poder Executivo e Poder Legislativo), incumbidas de ofertar esse direito aos cidadãos não se desvencilharem do ônus que lhe é imposto pela Constituição Federal, saída outra não restará senão o socorro à tutela jurisdicional. Enquanto não se vislumbrar uma possibilidade de mudança do atual cenário, ou seja, sem que seja necessária a intervenção judicial para concretizar o direito à saúde, resta ao Judiciário enfrentar tal desafio com altivez e responsabilidade (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2007).

### 3.3.3 Separação de Poderes

Outra questão que ocupa o centro dos debates jurídico-institucionais contemporâneo é exatamente quanto à possível violação ao princípio da separação de poderes, devido à abrangência e intensidade da incursão do Poder Judiciário no plano das deliberações políticas. Isso porque, além de serem independentes e harmônicos entre si, tal qual estatui a Constituição, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, ocupam funções diversas.

A separação de poderes, atribuindo a cada órgão funções específicas, representou relevante conquista histórica e civilizatória, na medida em que sua adoção possibilitou a contenção do arbítrio do Estado e posteriormente “foi utilizado como escudo protetor contra a ação do Direito e, especificamente, contra a força normativa da Constituição” (FONTE, 2009, p. 2).

Não obstante, o figurino de separação de poderes até então idealizado passou por um remodelamento paulatino ao longo dos séculos. No Brasil, com

o advento da Constituição de 1988, tal reconfiguração tornou-se notória, sobretudo por ter consagrado em seu bojo extenso rol de direitos individuais e sociais imediatamente sindicáveis.

Além disso, a reflexão a respeito da possibilidade de o Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo administrador público, a partir da ótica do princípio da separação de poderes, à luz da atual ordem jurídico-constitucional, poderia induzir, equivocadamente, à noção de que haveria indevida ingerência de um poder sobre o outro. Diante disso, impõe-se uma breve digressão histórica acerca do surgimento do aludido princípio, buscando-se perquirir a função por ele representada nas sociedades remotas até os contornos assumidos nos dias atuais.

A separação de poderes, apesar de assumir características peculiares ao longo de cada momento da história, teve em Montesquieu o seu ponto culminante. Conforme ponderações de Clève (2011), antes daquele teórico, Aristóteles, Platão e Políbio, dentre outros, já se dispuseram a perceber que o Estado desempenhava funções diferentes e que a limitação do poder era necessária e só seria alcançada mediante o equilíbrio político a ser buscado com a construção de uma forma de governo.

Assim, já no Estado Moderno, foi Montesquieu o responsável por estruturar de forma mais elaborada a teoria da separação de poderes, o qual pregava que as funções desenvolvidas pelo Estado deveriam corresponder a órgãos distintos e autônomos, de modo que,

Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem segundo ele, serem os mesmos que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há que existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome (BASTOS, 2001 *apud* CLÈVE, 2011, p. 26).

Nessa linha de compreensão, assenta Clève (2011), que a positivação da teoria no plano constitucional deveu-se a um momento de hegemonia da classe burguesa ao poder, aliada à imperiosa necessidade de se ter uma normatividade unificada, até então inexistente, pois a insegurança nas relações

sociais era a tônica nos regimes absolutistas, em que havia um registro de juridicidade para cada estamento (nobre, clero e terceiro estado).

As primeiras Constituições a consagrar a teoria em seus textos a foi a de Massachusetts, de 1780 e a de Virgínia, de 1776, sendo seguida pelas demais Constituições dos Estados americanos, posteriormente (CLÈVE, 2011). Já no Brasil, segundo o autor, na Constituição de 1824, além dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, havia o Poder Moderador que era conferido ao Imperador.

Tal Poder tinha o propósito de manter a independência, o equilíbrio e a harmonia dos outros poderes políticos, conforme dispunha o artigo 98 daquela Constituição. Contudo, esse poder deixa de existir com a proclamação da primeira Constituição Republicana de 1891, adotando a fórmula dos três poderes, tal qual originalmente concebida.

É preciso observar, entretanto, que existe um consenso doutrinário no sentido de que, a separação de poderes, enquanto forma de limitação do poder estatal e tendo como núcleo de sua teorização o deslocamento da soberania das mãos do monarca para as mãos do povo, a rigor, não pode sofrer divisão, pois ele é uno, não comportando divisão. Conforme adverte Clève (2011, p. 31),

O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. Tanto não poderia ser dividido que as primeiras Constituições procuraram conciliar o pensamento de Rousseau com aquele de Montesquieu. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes.

Com efeito, em que pesem os prestígios alcançados com a teorização e consequente positivação da separação de poderes, Clève (2011) chama a atenção para as críticas tecidas por Loewenstein, o qual relata que a separação das funções estatais e sua distribuição entre diferentes órgãos é determinada pelo tempo e pelas circunstâncias, que no seu caso, teve como objetivo conter o absolutismo dos séculos XVII e XVIII. Complementa Clève (2011, p. 34),

De todo modo, importa salientar que na sociedade de massas não há como manter a distinção entre legislação (função legislativa) e administração (função executiva). O governo compreende ações legislativas e administrativas. A legislação e a execução das leis „não são funções separadas ou separáveis, mas sim diferentes técnicas do *political leadership*’. A liderança política, a atividade de governo conforma a vontade popular impondo a sua política por meio da aprovação parlamentar das leis ou de sua execução. Não há separação de poderes evidente entre o Executivo e o Legislativo, uma vez que o governo lidera politicamente os dois poderes.

No Estado Liberal, conforme ponderações de Clève (2011), prestigiam-se as liberdades individuais, em que o ente estatal era limitado pela Constituição, cuja interferência na vida privada era mínima, daí ser chamado Estado mínimo. Com suas funções limitadas, cabia ao Estado exercer atividades como manter a ordem interna e conduzir a política exterior, sobejando à sociedade civil tudo o mais, razão pela qual a técnica de separação de poderes tal qual idealizada por Montesquieu teve perfeito funcionamento nesse momento da história.

Contudo, essa configuração traçada pelo liberalismo não logrou êxito com o passar dos tempos. O ponto nevrálgico da aludida teoria se deu com o crescente domínio do regime capitalista responsável por estabelecer um novo arranjo social, caracterizado por grandes disparidades econômicas e sociais, tendo como consequência o surgimento do Estado social, provedor das necessidades básicas do cidadão (CLÈVE, 2011).

Deveras, o Estado absenteísta de outrora não se compatibiliza com a hodierna ordem jurídica constitucional inaugurada pela Constituição Republicana de 1988, eis que da abstenção estatal verificada em momentos pretéritos, passa-se a um novo panorama jurídico-social caracterizado pelo Estado provedor das garantias e direitos reconhecidamente indispensáveis ao homem. Desse modo,

[...] falar de separação de poderes agora, só guarda sentido quando se está a referir àquele Estado de prestações constitucionalmente regulado e de tal modo regulado a ponto de definir-se como Estado de Direito de orientação (CLÈVE, 2011, p. 42).

É necessário perceber, na linha do exposto, que na sociedade contemporânea, marcada por incontáveis necessidades sociais, além de

conviver com grandes corporações e grupos que ostentam parcela considerável de poder, a separação das funções estatais ganha novos contornos na atual realidade brasileira. Nesse sentido, defende Clève (2011) a necessidade de se aparelhar o Executivo a fim de que possa atender às demandas sociais, além de, por outro lado, aprimorar mecanismos de controle da sua ação, visando tornar os poderes os mais eficazes possível.

Nesse passo, aduz Cunha Júnior (2016) que a atual separação de poderes, assentada na harmonia e independência, não obstante haver independência orgânica, ou seja, não existe entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no exercício de suas funções, a Constituição previu importantes mecanismos de controle mútuo. Tal controle objetiva criar um “[...] sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro” [...] (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 471).

Assim, a divisão absoluta dos poderes não mais encontra guarida na nova ordem jurídica constitucional, de sorte que além de exercer suas funções típicas, os três poderes poderão, em certas situações realizar funções atípicas, ou seja, que são de atribuição de outros poderes. Consoante Cunha Júnior (2016), o Executivo que tem a função típica de administrar, pode desempenhar função legislativa, quando, por exemplo, edita decretos regulamentares, medidas provisórias e leis delegadas, além de julgar, quando decide processos administrativos disciplinares.

Por seu turno, o Legislativo, que titulariza a função legiferante e fiscalizatória dos atos do Executivo, pode julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade, assim como pode administrar seus próprios órgãos, serviços e servidores (CUNHA JÚNIOR, 2016). Por fim, o Judiciário, além de realizar a função típica de julgar, pode atipicamente legislar, quando elabora ser regimento interno, e administrar seus próprios órgãos, serviços e servidores. Para Cunha Júnior (2016, p. 474),

Relativamente à Constituição brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente *dirigente* da nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídico-constitucionais.

Adotando a mesma linha de compreensão, acentua Lazari (2016, p. 107),

Desta forma, não há que se falar em separação de funções, de maneira absoluta e intransponível. Admite-se que o Legislativo auxilie o Judiciário – como ocorreu com a Emenda Constitucional 45/2004, por exemplo -, se admite-se que o Executivo auxilie o Judiciário – como, quando aumenta a dotação de verbas orçamentárias, por exemplo -, não deve ser vista como aberração a interferência excepcional do Judiciário como implementador de políticas públicas, ainda que contidas programaticamente.

Nesse conduto argumentativo, se por um lado vislumbrou-se a superação da rígida separação de poderes como outrora fora concebida, passando-se a um modelo de colaboração entre os poderes, por outro, verifica-se que a atuação deve se dar de forma harmônica, de modo que um não venha a usurpar a competência constitucional outorgada ao outro, tendo em vista que cada um detém, por autorização constitucional, parcela específica de determinada função estatal (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Nessa linha de exposição, quando o Judiciário impõe uma atuação positiva ao legislador ou ao administrador em virtude da sua omissão ou má gestão dos recursos públicos, ele não estaria a invalidar o campo de discricionariedade, pelo contrário, estaria tão somente dando cumprimento aos direitos fundamentais estatuídos na Lei Fundamental.

Observa Barcellos (2007) que, em um Estado republicano, a despeito de os agentes públicos agirem por delegação do povo, isso não se dá de forma absoluta, eis que não se pode admitir todo tipo de conduta por parte do representante. Conclui a autora que o mandato do representante não lhe autoriza tomar decisões que sejam totalmente ineficientes ou inadequadas, tendo em vista que este, além de estar vinculado a atender os fins prioritários consagrados na Constituição, a definição de políticas públicas, bem como a

destinação dos recursos públicos, sujeitar-se-ia a uma limitação jurídica, em virtude do próprio ideal republicano presente em nosso Estado. Assim,

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo. (BARCELLOS, 2007, p.14).

Sobre a resignificação assumida pelo princípio da separação de poderes relativamente ao controle judicial de políticas públicas, Fonte (2009, p. 16) destaca que,

[...] de há muito se entende que é descabida a afirmação de que as funções estatais sofrem estrita especialização funcional. De fato, regra geral os poderes devem seguir sua atividade principal, mas nada impede que os mesmos incursionem nas atividades dos demais. O princípio da separação de poderes não é nem precisa ser de uma rigidez inquebrantável para servir a sua principal função: conter o arbítrio. Pelo contrário, sua aplicação cega pode acabar tendo função inversa. Note-se, ademais, que não se trata de uma revogação do princípio, mas sim de sua derrogação pontual. O Poder Judiciário não estará habilitado ao controle irrestrito de qualquer política pública, mas sim somente em relação àquelas sensíveis aos direitos fundamentais.

Dessa maneira, o argumento de que não seria possível ao Poder Judiciário admitir demandas relativas a direitos dependentes de formulação e execução pelas instâncias políticas – Executivo e Legislativo -, mostra-se frágil e equivocado.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado que abordou a temática em tela, assentou que,

[...] não há, na intervenção em análise, ofensa ao princípio da separação dos poderes. Isso porque a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação de poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (REsp. 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014, informativo 543).

Assim, é coerente admitir, à luz do precedente judicial acima referenciado, caso se permitisse a invocação de tal premissa – a saber, a impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se nas políticas públicas, mormente envolvendo a efetivação do direito à saúde – para obstar a concretização dos direitos fundamentais, estar-se-ia a retroceder, a toda evidência, ao ponto em que se justificou a criação do próprio postulado em discussão: o arbítrio estatal.

Com efeito, em dadas situações, o Poder Judiciário não somente pode, mas deve agir em prol do direito social reclamado. A atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas, conforme asseveram Schulze e Gebran Neto (2016), há de se revestir das necessárias cautelas, por meio de exame criterioso dos aspectos concretos da realidade fática, buscando soluções que sejam menos onerosas aos cofres públicos, objetivando não inviabilizar a prestação de outros serviços de singular importância, como a educação e a cultura.

Em suma, é possível verificar, à luz dos ensinamentos doutrinários de Cunha Júnior (2016) e Clève (2011), que a doutrina clássica de separação de poderes não se compatibiliza com o moderno Estado Social Democrático de Direito, razão pela qual, sua compreensão deve ser no sentido de coordenação, colaboração e entrosamento entre as distintas funções estatais.

Não se pode admitir que o vetusto dogma da separação de poderes sirva como obstáculo intransponível à realização das demandas sociais, senão que sua real plenitude só será alcançada mediante a conformação necessária

para prestigiar e garantir os direitos fundamentais, bem como combater a omissão estatal.

### 3.3.4 Regime de solidariedade entre os entes federativos

A saúde pública brasileira, nos moldes do que é tratada pela Constituição Federal, possui prestação de forma cooperativa entre os entes da federação e com o apoio de toda a sociedade. Importante frisar, entretanto, que a despeito de o Estado conservar a titularidade desse serviço, não impede que a iniciativa privada, em caráter complementar, também o preste, consoante se deduz do artigo 199<sup>11</sup> do Texto Constitucional.

A legitimidade passiva dos entes federados, consoante assenta Martins (2008), para demandas envolvendo o fornecimento ou custeio de medicamento, resulta da atribuição de competência comum a todos eles nessa matéria, consagrada no art. 23, inciso II<sup>12</sup>, da Constituição Federal, e da responsabilidade solidária prevista no seu artigo 198, inciso I<sup>13</sup>, que estabelece a gestão tripartite do Sistema Único de Saúde.

Contudo, interessante notar que em relação à responsabilidade dos entes federativos no que toca às obrigações da saúde, conquanto a jurisprudência brasileira tenha se inclinado por estabelecer o regime de solidariedade, com base nos dispositivos legais acima mencionados, vozes doutrinárias tem ecoado em defesa da subsidiariedade, sustentando que seria o critério mais adequado a ser utilizado em matérias de execução das ações de

---

<sup>11</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

[...]

<sup>12</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

<sup>13</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

saúde. Dentre os argumentos levantados por esse setor da doutrina, destaque-se a consonância que o regime da subsidiariedade guarda com a forma federativa do Estado brasileiro e a autonomia dos municípios (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Nesse ponto, urge destacar as palavras de Martins (2008, p. 65), para quem,

(...) não poderá qualquer ente da federação eximir-se da responsabilidade de assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves alegando ser a responsabilidade de outro ente federado, ou ainda, de que este atendimento está vinculado a previsão orçamentária, pois o SUS é composto pela União, Estados-membros e Municípios. É de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade de quaisquer deles no polo passivo, em caso de demanda judicial pleiteando dita assistência.

Araújo, López e Junqueira (2016) buscando estabelecer uma relação dialógica desse sistema, argumentam que se deve verificar qual ente da federação tem a atribuição concreta de fornecer determinada prestação, observando se existe protocolo clínico ou lista de medicamento dispensado pelo SUS com previsão nesse sentido.

Importa dizer que, em existindo política pública já instituída nesse sentido por meio de lei ou norma infralegal, ao ente responsável por sua execução caberá o cumprimento de uma eventual decisão judicial. Em caso contrário, caberá ao Judiciário indicar a qual ente caberá cumprir a obrigação, ainda que eventualmente o custeio seja repartido com os demais.

Concluem os autores que essa técnica de direcionar o cumprimento da decisão judicial para o ente federativo que possui maior pertinência com a temática de saúde discutida, além de atender à racionalidade do sistema, resguarda o melhor interesse do paciente, na medida em que, em sendo um atendimento básico, a farmácia municipal ou o posto de saúde poderão prestar o atendimento de forma mais rápida e adequada.

Tratando-se de um medicamento de atenção especializada, a farmácia estadual contará com profissionais e equipamentos mais qualificados para atender ao que fora postulado. Por fim, restando uma prestação de índole estratégica, a União contará com mais condições administrativas de viabilizar

as medidas necessárias ao cumprimento da ordem judicial. Esse escalonamento, contudo, não impede que em casos específicos, nos quais o ente demonstre cabalmente a impossibilidade material de cumprir a decisão judicial, a obrigação seja direcionada, de forma sucessiva, ao ente superior (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016).

Vale registrar, todavia, que a jurisprudência pátria tem considerado descabida a ampliação do polo passivo da demanda, o que tem gerado o ajuizamento apenas em face de um ou alguns entes federativos. Atentos a esse aspecto, Araújo, López e Junqueira (2016), aduzem que quando não há política pública instituída, os custos são repartidos *pro rata*, cabendo ao ente a quem foi direcionada a decisão exigir dos demais a sua parte, de sorte que seja repartido o ônus financeiro dos procedimentos fora dos padrões do SUS. Sustentam ainda a essencial importância de que esse ressarcimento ocorra na via administrativa, valendo-se do judicial de forma subsidiária, somente em caso de inadimplemento, em prestígio à celeridade e economia processual.

### **3.4 Parâmetros para a atuação judicial racional**

Ante a moldura fática instaurada no Brasil, com o agravamento constante de novas demandas buscando concretizar o mandamento constitucional que tutela o direito à saúde, Schulze e Gebran Neto (2016) propõem estabelecer alguns parâmetros a serem observados não só pelo Judiciário brasileiro, mas também pelos gestores de saúde e demais atores, com o escopo de se efetivar a prestação desse direito de forma racional, técnica, eficaz, e principalmente, democrática.

Tais proposições serão a seguir analisadas à luz dos preceitos e balizas extraídas da Constituição Federal, levando-se em conta o mandamento nuclear do sistema jurídico brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana, sem se olvidar, obviamente, da orientação doutrinária e jurisprudencial que se reputam mais relevantes para a correta racionalidade e operabilidade do sistema de saúde brasileiro.

Diante disso, Schulze e Gebran Neto (2016) enfatizam a necessidade de se prestigiar ações coletivas em detrimento de individuais, pela singela razão de que se possibilita a ampliação da tutela jurisdicional a um número maior de pessoas,

Prestigia-se a molecularização em detrimento da atomização dos processos judiciais e protege-se o princípio constitucional da isonomia, evitando-se conferir tratamento privilegiado apenas àqueles que judicializam individualmente as suas demandas (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 95).

Na mesma linha argumentativa, Barroso (2008 *apud* TUTUNGI JÚNIOR, 2012, p. 245-246), no que concerne à opção pela via da ação coletiva, aduz que,

O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificado grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas [...] Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame [...] Em segundo lugar, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução do caso concreto – o que se poderia denominar de micro-justiça-, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ora, na defesa coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças.

Outrossim, Schulze e Gebran Neto (2016) defendem que se deve conferir maior rigor na análise dos pedidos que envolvem o direito à saúde, devendo o magistrado avaliar a razoabilidade e a legitimidade do direito invocado, com o objetivo de evitar deduções descabidas, que não guardam sintonia com o princípio da inafastabilidade do ofício judicante, a exemplo de pleitos de pílulas estimulante sexual.

Nesse contexto, o Poder Judiciário ao se defrontar com demanda pleiteando a implementação de um dado medicamento ou tratamento de saúde não contemplado pelas listas do SUS, deve agir com especial cautela, balizando sua atuação em critérios hábeis a conferir maior segurança científica

e jurídica. Necessário se faz, assim, uma intervenção judicial seguida de cognição ampla sobre o caso, além de análise pormenorizada acerca das possíveis consequências decorrentes dessa ação, sob pena de se inviabilizar outros direitos fundamentais de igual importância.

Schulze e Gebran Neto (2016) ainda chamam a atenção para a nova configuração do constitucionalismo a partir das noções de sociedade pluralista e aberta, tendo como consequência a democratização da hermenêutica constitucional, a significar que, não mais se pode compactuar com o modelo positivista, o qual restringe o círculo de intérpretes do Texto Constitucional, limitando-se aos atores do processo judicial.

Com fundamento nos ensinamentos de Habermas, Schulze e Gebran Neto (2016, p. 102), concluem,

[...] a abertura da interpretação constitucional constitui predicado indissociável da jurisdição na perspectiva do Estado Constitucional Democrático. Ou seja, a construção de um modelo aberto de decisão judicial, confere legitimação democrática às decisões proferidas pelo Poder Judiciário e amplia a transparência necessária ao exercício da jurisdição constitucional em temas como o direito à saúde.

Esse novo figurino é fundamental a um regime democrático e pluralista, pois à medida que se abre o debate de questões relevantes com todo o corpo social, possibilita-se que o mesmo tome partido e, portanto, interaja com mais afinco, oportunizando que vários setores da comunidade exponha seu ponto de vista, bem como a solução que ache mais salutar para a questão debatida. Dessa forma,

A noção republicana de interpretação constitucional admite, portanto, que a sociedade debata com o Poder Judiciário questões de relevo – tais como opções de políticas públicas em saúde, orçamento prioridade, etc – que precisam ser estudadas coletivamente, facilitando o controle democrático e autorizando que os indivíduos sejam mais proativos e protagonistas do Estado Constitucional (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 98).

Nessa ótica de compreensão, há de se estabelecer a ideia de ampliação do diálogo entre os sistemas de justiça e o sistema de saúde, dado que a articulação entre os diversos atores envolvidos na implementação desse direito enriquece o debate, e, por conseguinte, conduz à melhor conclusão para a

resolução do problema, contribuindo, por conseguinte, para a evolução e o progresso desejado pela sociedade (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016). O prestígio de tal medida pode ser verificado pelo fato de que,

A criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual a noção médica e farmacológica precisa ser incorporada ao exercício da função jurisdicional. Este é o modelo adequado à construção do Estado desejado, que observe os objetivos da República Federativa do Brasil e que contemple uma sociedade livre, justa, solidária (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 96).

Diante disso, um dos meios eficazes para permitir a concretização da participação do corpo social nos debates é feito por meio das audiências públicas, as quais constituem essencial instrumento no fortalecimento do regime político e efetivação do Estado Democrático de Direito. A esse respeito, o STF promoveu a Audiência Pública nº 4 no ano de 2009, designada pelo então presidente, Gilmar Ferreira Mendes, cujo objetivo era a discussão atinente ao direito à saúde e à judicialização.

Nessa audiência estabeleceu-se alguns critérios a fim de dar suporte às decisões judiciais em matéria de saúde. Desse modo, assentou-se em primeiro lugar a necessidade de se averiguar a existência ou não de política pública prevendo o fornecimento do medicamento. Em caso positivo, contudo não esteja sendo devidamente implementada, não haverá óbice a que o Poder Judiciário determine a concessão, uma vez que não estará agindo para criar uma política pública, senão que estará dando simplesmente efetivação às escolhas legitimamente feitas por quem detém tal incumbência (LAZARI, 2016).

Caso a resposta acima seja negativa, ou seja, a política não exista, ressalta o autor que um segundo questionamento deve ser feito conforme o que assentou o STF, qual seja, se o Sistema Único de Saúde fornece um medicamento ou tratamento similar ao pleiteado, e em sendo positiva a resposta, passível de concessão pelo Judiciário. Em sendo negativa, pondera Lazari (2016, p. 168),

Se inexistir o medicamento/tratamento, é preciso saber se isto se dá por injustificada omissão administrativa, ou se há motivação para seu não fornecimento. Se a norma social potencial não for materializada pela mera inércia do agente, legitimado estará o Poder Judiciário a determinar o fornecimento do medicamento. Agora, se houver motivação fundada do Sistema Único de Saúde para não fornecer o medicamento, como sua proibição pela ANVISA, apesar de possível no exterior, impedido estará o Judiciário de interferir.

O relevo desse tipo de participação social deve-se, sobretudo, em face da multidisciplinariedade inerente à área da saúde, permitindo que atores de outras áreas como médicos, psicólogos, farmacêuticos, entre outros, participem do debate, contribuindo, assim, para a construção de uma decisão judicial pluralista, embasada em conhecimentos técnico-científicos, dos quais os magistrados não são providos (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Como duas últimas sugestões, os autores pontuam ainda a importância das políticas de saúde desenvolvidas pelo Ministério da Saúde por meio de órgãos como a Comissão Nacional de Incorporação Tecnológica – CONITEC, criada por meio da Lei nº 12.401/2011, a quem incumbe a missão de analisar as evidências científicas de fármacos e produtos e informar o procedimento de incorporação de novas tecnologias ao sistema de saúde pública, além da lista de fármacos disponíveis no SUS, intitulada RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Por fim, tem-se a imperiosa necessidade de se destinar atenção especial às formas de resolução alternativas de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, enfatizando os autores a importância de que os gestores de saúde e os procuradores sejam mais acessíveis a tais institutos, devendo-se superar a vetusta ideia segundo a qual a Fazenda Pública não pode fazer acordos.

Desse modo, ao se judicializar uma demanda na qual que pleiteie a concessão de medicamentos, tratamento ou tecnologia, a decisão exarada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, desempenha papel fundamental para a correta prestação jurisdicional, somente devendo adotar postura diversa daquela proferida pela CONITEC, quando houver prova técnica apta a suplantar a conclusão daquela entidade (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Não obstante, esse não tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nem do Superior Tribunal de Justiça, que segundo Schulze e Gebran

Neto (2016), não existe em qualquer desses tribunais, nenhuma menção às suas conclusões, o que demonstra a necessidade de adequação dos juízes ao rigor científico que o tema exige, sob pena de se inviabilizar o sistema de saúde pública e suplementar, além de expor a risco a própria vida do paciente.

Buscando estabelecer os parâmetros mínimos para a racionalização da judicialização de direitos sobre saúde pública, Schulze e Gebran Neto (2016, p. 69) pontuam,

[...] são critérios para a decisão judicial: (a) observar a decisão da CONITEC – ou de outra entidade que fornece apoio técnico ao juiz, tal como Núcleo de Apoio Técnico, Câmara Técnica, entre outros; (b) analisar a existência da melhor prática de evidência científica sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento postulado judicialmente (c) a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas (e já fornecidas), inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar.

Importante destacar a função de protagonismo que o CNJ vem exercendo desde 2009, ano que ocorreu a Audiência Pública nº 4, designada pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de discutir sobre a judicialização da saúde. A partir dessa iniciativa, houve a criação, em 2010, por meio da Resolução nº 107, do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde (Fórum de Saúde). Schulze e Gebran Neto (2016, p. 83), destacam os objetivos deste Fórum,

A atuação do Fórum da Saúde do CNJ tem por finalidade a redução da judicialização, sem limitar o exercício da cidadania. Busca-se prevenir a discussão judicial e, quando inevitável, que os agentes envolvidos consigam resolver a lide da forma menos agressiva e menos onerosa possível a todos os envolvidos.

Ainda, foi de iniciativa do CNJ a criação de órgãos compostos por profissionais da área médica, a exemplo dos Núcleos ou Câmaras de Apoio Técnico (NAT), objetivando assessorar os magistrados na deliberação de demandas tratando do direito à saúde, sendo importante sua atuação pois,

[...] após a distribuição da ação judicial, o juiz pode encaminhar cópia da petição inicial e dos documentos ao Núcleo de Apoio Técnico – NAT ou Câmara Técnica que se manifesta sobre a matéria. Tal órgão examina, por exemplo, se: (1) o medicamento postulado está registrado na ANVISA; (2) é eficaz e eficiente ao tratamento da doença; (3) existe outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo, ou já fornecido administrativamente pelo SUS; (4) eficiência, eficácia e custo-efetividade do tratamento.

Além da criação desses órgãos fomentados pelo CNJ, mister sublinhar outras iniciativas buscando o aprimoramento no que tange à judicialização da saúde pública brasileira, como a elaboração de enunciados, os quais trazem sugestões para atores que, vez ou outra, lidam com essa temática. Destaque-se também, a elaboração de cartilhas por alguns Comitês Estaduais do Fórum de Saúde, contemplando estudos realizados sobre o assunto, bem como a realização de mutirões de conciliação, voltadas à resolução de demandas sobre saúde pública e suplementar (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

O Conselho Nacional de Justiça, por unanimidade, aprovou ainda recomendação aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, para a especialização de varas de saúde pública, pois conforme Schulze e Gebran Neto (2016, p. 87),

É verdade que não se pode fixar de imediato o impacto de redução temporal da tramitação de processos sobre saúde, mas é inegável que há inúmeras vantagens das providências recomendadas, tais como a facilitação do cumprimento da Constituição, que fixa o direito à saúde como um direito fundamental social. Permite também conferir dignidade aos cidadãos que possuam algum problema de saúde e que não obtiveram sucesso quando procuraram o SUS ou o plano de saúde. Permite também a especialização do serviço, a fim de facilitar o trabalho da unidade judicial.

Ademais, vários tem sido os enunciados emitidos pelas Jornadas da Saúde realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, também com o objetivo de auxiliar minimamente o julgador diante de demandas dessa natureza. Nesse compasso, pode-se destacar, a título exemplificativo, o Enunciado nº 18, o qual orienta que “sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico em Saúde”. Complementam Araújo, López e Junqueira (2016, p. 95),

Nesse sentido, merece registro o fato de que, também na Segunda Jornada da Saúde, foi aprovado o Enunciado nº 58, que recomenda „(...) a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimento sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse”.

Ainda tem sido referendado pela doutrina nacional, como imprescindível para a correta operacionalidade não somente do sistema de saúde, mas também para a efetiva prestação jurisdicional, a necessidade de prévio requerimento administrativo para o pleito judicial de determinado medicamento, cuja finalidade é possibilitar à administração a oportunidade de se manifestar sobre o possível fornecimento ou não do tratamento pretendido. Conforme Schulze e Gebran Neto (2016), dá-se, com isso, maior segurança e efetividade quando da postulação em juízo do fármaco, eis que fundamentado em critérios técnicos, a exemplo da Medicina Baseada em Evidências.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, pelo esboço apresentado, que a preocupação com a proteção da saúde, paulatinamente, se desenvolveu ao longo dos anos, e hoje, ganha contornos ainda mais robustos, vez que tem se tornado problema de ordem mundial sua efetiva prestação. Portanto, a dimensão que a saúde ocupa na sociedade é extremamente relevante, especialmente, por ser elemento de preservação da própria vida humana.

Ademais, é fato notório na atualidade brasileira o problema atinente à desigualdade social, em virtude da má distribuição de renda existente. Isso faz com que o Estado atue para efetivar direitos essenciais, como a saúde, sem os quais a vida de milhares de cidadãos estaria seriamente comprometida. Conquanto haja uma enorme gama de direitos previstos para esse fim, qual seja, conferir ao indivíduo uma vida minimamente digna, percebe-se na realidade que sua efetivação reclama a atuação constante do Poder Público para que seja possível concretizar aquilo que se encontra no plano abstrato.

Outrossim, conforme demonstrado no decorrer desta pesquisa, a saúde pública brasileira, ao lado de outros direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, tem se mostrado incapaz de amparar de forma satisfativa aos que dela dependem. Sabe-se que além de representar um direito social, a saúde também integra, ao lado da previdência e assistência social, uma rede protetiva contra as mazelas decorrentes da vida em sociedade.

Além disso, foi possível notar que ao mesmo tempo em que o Texto Constitucional promove a saúde à condição de direito fundamental, paradoxalmente, surgem teorias buscando negar a força vinculante que tal direito exerce sobre o Estado, tal como a reserva do possível, que, a despeito de possuir sua devida importância, tem sua aplicação muitas vezes desvirtuada daquilo que fora originariamente concebida.

Deveras, os recursos públicos dos quais dependem os direitos sociais para serem viabilizados são limitados, e isso é fator que deve ser levado em conta nas discussões travadas sobre o direito à saúde, dado que não se pode simplesmente ignorar tal realidade. Além do mais, conforme ensinamentos de

Schulze e Gebran Neto (2016), não existe lugar no mundo que abrigue um modelo de sistema de saúde tão completo e perfeito, pelo simples fato de que há limitação financeira e de recursos humanos e tecnológicos, circunstância esta que deve ser objeto de preocupação constante pelos agentes responsáveis pela condução dos programas sociais voltados ao atendimento da população em geral.

Assim, conforme narrado no decorrer da pesquisa, sob a batuta dos ensinamentos doutrinários avocados para dar-lhe suporte, em especial, de Schulze e Gebran Neto (2016), é de fundamental importância a adoção de uma interpretação da legislação pátria à luz da realidade fática na qual o ser humano está inserido, considerando que não se afigura salutar levar em conta tão somente o que o Texto Constitucional ou legal diz literalmente.

Desse modo, entende-se, pelo delineamento teórico apresentado, que embora tenha havido preocupação do constituinte em planejar as despesas que seriam realizadas pelo Poder Público, isso não é obstáculo hábil a impedir que o Poder Judiciário realize despesas para concretizar direitos constitucionais. Além disso, é coerente admitir que na colisão das normas – previsão orçamentária *versus* direito fundamental à saúde – é muito provável que o juiz dê prioridade a este último, dada a sua superioridade axiológica no sistema jurídico brasileiro.

Mais adequado, portanto, é uma atividade interpretativa que esteja em sintonia com as possibilidades dos recursos, sem querer significar um retrocesso a um patamar inferior de garantia, ao contrário, o progresso deve ser constante, tal qual o atingimento dos direitos e garantias individuais, mas na medida do racionalmente adequado. Diga-se isso pelo fato de a comunidade jurídica brasileira ter encampado a teoria francesa da proibição ou vedação do retrocesso social, a qual visa obstaculizar a atuação do Estado tendente a reduzir direitos sociais já regulamentados ou efetivados a um dado patamar, como demonstrado em passagens pretéritas.

Fato é que dificuldades dessa ordem não afastam o caráter público subjetivo do direito em comento. Deve, pois, coexistir um conjunto de projetos estratégicos a fim de possibilitar a criação de condições ideais à efetiva tutela do procedimento vindicado. Ressalta-se, nesse sentido, que tais dificuldades

não podem se converter em subterfúgios utilizados pelo Estado com o objetivo de se desincumbir da sua obrigação constitucional, pois conforme sustentado por Schulze e Gebran Neto (2016) “o problema é bastante complexo, mas a completa inércia estatal frente àquilo que é legal e administrativamente reconhecido/devido não pode ser acolhida”.

Não se pode ignorar, ademais, que a proteção conferida pela Constituição a tais direitos, mormente, aqueles que guardam íntima ligação com a vida do cidadão não pode sucumbir a táticas argumentativas tendentes a arrefecer a força normativa que impera no campo dos direitos sociais, revestidos que se acham de inegável fundamentalidade. Há de ser ressaltado ainda, o fato de que tais direitos não são promessas a serem cumpridas ao gosto e ao tempo em que o administrador público considerar mais conveniente e oportuno.

Nessa ordem de ideias, a presente pesquisa demonstrou em muitas passagens que, em evidente desprestígio à norma constitucional que trata da saúde e a promove à condição de direito fundamental, as instâncias incumbidas do dever de ofertá-la com plena satisfação, sistematicamente, não têm viabilizado os meios necessários para solucionar o dramático quadro por que passa esse serviço público.

Diante disso, poder-se-á admitir inconcebível que o indivíduo sucumba indefeso, sem nenhum tipo de prestação adequada pelo sistema de saúde público. Quando a atuação estatal nos espaços destinados à promoção do direito à saúde se mostra insuficiente ou deficiente, decisivamente, gerar-se-á, no atual contexto, a busca da tutela em âmbito judicial.

Isso porque, consoante amiúde repisado, a saúde pública é um direito social fundamental que se acha umbilicalmente ligado ao direito à vida, e, portanto deve ser objeto de incansável aprimoramento para que se dê efetividade máxima à sua promoção. Nesse sentido, judicializá-la pode ser uma salutar saída quando os outros Poderes (Legislativo e Executivo) se mostrarem desidiosos. Porém, a atuação judicial não deve comprometer, de maneira drástica, o orçamento público, sob pena de inviabilizar a efetivação de outros direitos de igual importância (BARROSO, 2014).

Dessarte, este trabalho buscou se filiar ao entendimento doutrinário segundo o qual, embora a judicialização da saúde pública tenha ganhado campo no ordenamento brasileiro, sua utilização deve ser feita com parcimônia, eis que não é a via tipicamente prevista para a fruição desse direito, como observado por Barroso (2014), Schulze e Gebran Neto (2016), Tutungi Júnior (2012) e Araújo, López e Junqueira (2016). Portanto, a atuação judicial deve ser exceção, ou seja, somente em situações de evidente violação do direito à saúde é que a tutela jurisdicional se mostrará legitimamente adequada e em consonância com o ordenamento jurídico-constitucional.

Espera-se, nesse particular, que o Poder Judiciário, em face da omissão do direito vindicado nas esferas dos Poderes Executivo e Legislativo, possa dar o devido respaldo àqueles que o invocam, especialmente pelo fato de o acesso à justiça ter sido erigido à garantia de direito fundamental na atual Lei Maior e, portanto, acobertada pelo manto de cláusula pétrea, estatuída no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal. Corrobora com tal entendimento o posicionamento defendido pela doutrina e jurisprudência pátrias, como demonstrado em diversas passagens desta pesquisa, especialmente Schulze e Gebran Neto (2016).

Por outra ótica, é possível vislumbrar aspectos positivos da judicialização ao longo das duas últimas décadas, que, segundo os autores acima referidos, propiciou a criação, por exemplo, do Programa Nacional de Medicamentos para HIV/AIDS, resultado da organização social que passou a provocar o Estado. A judicialização gerou a revisão de políticas e implementação de tantas outras, como a publicação da Lei nº 12.401/11, responsável por alterar a Lei 8.080/90, revisando a lista RENAME, atualizando os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, e, por fim, criando a CONITEC.

Ainda, deve-se reconhecer com enaltecimento, em decorrência desse processo de expansão judicial, o controle quanto à incorporação de novas tecnologias, medicamentos e procedimentos no âmbito do SUS, considerando-se que, como qualquer ato administrativo, é passível de verificação no que tange aos aspectos de legalidade da conduta do ente estatal. A inobservância

desse dever, portanto, conduz, indiscutivelmente, à submissão da matéria à apreciação judicial (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Em síntese, é possível perceber que o papel social de relevo reconhecido à judicialização, conforme destacado por Schulze e Gebran Neto (2016) seria a organização das políticas públicas, sobretudo, pelo fato de haver desigualdades econômicas no país, as quais necessitam de um projeto de cooperação entre os protagonistas da incumbência estatal de prestar tal serviço.

A judicialização é consequência de graves e numerosos problemas enfrentados para a efetiva prestação da saúde pública no Brasil, onde apesar de existir um ambicioso projeto social, calcado em objetivos como solidariedade, ainda há muitos passos a serem dados na busca pela adequada oferta desse direito para uma população que já ultrapassa os 200 milhões de habitantes<sup>14</sup>.

Ademais, ao mesmo tempo em que as deficiências administrativas fomentam a judicialização, esta gera consequências em outras áreas, em especial na seara jurídica, política e médica, servindo como mola propulsora para que a questão da saúde seja levada em conta nas pautas da administração e demais entidades, oportunizando a criação de mais políticas públicas e aprimoramento da legislação pertinente.

Em suma, o debate dessa temática, ganha os palcos das discussões sobre questões correlatas, o que enriquece o debate e o processo democrático de construção de novos horizontes para a realização da justiça social do direito à saúde. Nessa mesma direção aponta Lazari (2016, p. 191),

A partir do instante em que os setores da sociedade passarem a discutir, coletiva e harmonicamente, de maneira fundamentada, racional e sem “achismos”, meios de suprir a insuficiência orçamentaria estatal, bem como, formas de dar aplicabilidade às normas constitucionais de cunho programático, inevitavelmente se esvaziará o Judiciário de demandas do tipo, e diminuirá, consequencialmente, o estado alterado de ânimos quanto à invasão desta em outra função estatal.

---

14 Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indica que o Brasil tem 207,7 milhões de habitantes. Fonte: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>.

Por outro lado, dentre os efeitos negativos causados pela judicialização, Schulze e Gebran Neto (2016) enfatizam a inevitável desorganização no âmbito do SUS, na medida em que se criam políticas públicas a favor de poucos, o que influencia negativamente as finanças públicas, pois os recursos, já escassos, são realocados para o atendimento de políticas individuais em detrimento de coletivas.

Além disso, há uma incursão indevida do Judiciário no campo de atuação dos atores mais habilitados a lidarem com o manuseio de políticas públicas, deixando aquele Poder de atuar como legislador negativo para, de outro modo, substituir ao administrador. Fere-se, ademais, o ideário isonômico pela singela razão de que, ao se atender prontamente alguns beneficiários, deixa-se ao desamparo uma gama maior de indivíduos que poderiam ser contemplados por uma política de índole coletiva.

É preciso ressaltar ainda outra questão de suma importância para a devida racionalização da judicialização da saúde. Trata-se de princípio de uso corrente nas decisões judiciais e na literatura jurídica brasileira: a dignidade da pessoa humana. Como assentado por Schulze e Gebran Neto (2016) este princípio não pode se converter em mera retórica jurídica a ser utilizado em qualquer situação indiscriminadamente, considerando que sua prevalência não se dará em todo e qualquer confronto fático-jurídico. Sua importância será de bom alvitre no instante em que servir de parâmetro argumentativo acompanhado de outros princípios e valores constitucionais para servir de base para a fundamentação jurídica.

Sublinhe-se ainda, na esteira do que restou evidenciado, que é preciso levar em conta a circunstância de que a concretização do direito fundamental à saúde via Judiciário, consubstancia demanda de alta complexidade, segundo doutrina de Schulze e Gebran Neto (2016). Diante disso, a mobilização estatal e social com vistas a efetivar esse direito, de modo a propiciar reais condições de obtenção de medicamentos, tratamentos e outras tecnologias no âmbito do SUS, deve ser fruto de atuação conjunta, não só dos Poderes Públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário –, mas também contar com o engajamento de toda a comunidade.

Nesse sentido, como alternativa à supremacia judicial e buscando aprimorar o processo democrático é forçoso reconhecer a fundamental importância assumida pela teoria dos diálogos constitucionais. Diga-se isso, porquanto se propicia uma integração não somente com os cidadãos, como também com os demais órgãos, entes e Poderes do Estado, tal qual preceitua a teoria de Peter Häberle, na medida em que é por meio do debate dialógico que se possibilitará a construção e melhoria do sistema ao mesmo tempo em que abre espaço para o fomento e ampliação da participação popular em discussões alusivas à saúde pública (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Além disso, conquanto o Judiciário seja o *locus* adequado para se vindicar direitos, mormente aqueles indevidamente omitidos por quem tenha a responsabilidade constitucional de prestá-los com a mais alta eficiência possível, há que se atentar, na linha de intelecção de Schulze e Gebran Neto (2016), que o Judiciário brasileiro não pode ser banalizado a ponto de resolver todos os problemas do país, algo que no sentir dos autores já parece ter ocorrido, tendo em vista o assoberbamento de ações que hoje tramitam: cerca de 100 milhões de processos.

Em suma, a tutela coletiva das políticas públicas já existentes no âmbito do SUS, aliada a uma política progressista visando favorecer não apenas um número limitado de beneficiários, mas toda a coletividade, certamente trará resultados positivos, já que em conformidade com as molduras normativas e fáticas em que tal direito se acha envolvido.

Importa ressaltar, outrossim, que a Constituição Federal de 1988, para garantir eficácia às suas normas, suscita, bem se sabe, redobrado trabalho dos juristas, dos Poderes Públicos, assim como o necessário esforço dos cidadãos, a fim de que as múltiplas dimensões do acesso aos direitos, em uma perspectiva pluralista, não venha a representar um simples conselho ao Estado ou um apelo à sociedade.

Dito de outro modo, a construção do texto constitucional de 1988, não é, certamente, tarefa simples, contudo, é dever inadiável, haja vista que todo Estado Democrático de Direito traz, em si, não só obrigações de garantir as liberdades, mas principalmente tarefas para assegurar os direitos fundamentais sociais.

Além do mais, a gestão estatal da saúde deve ser fator de constante aprimoramento pelo Poder Público, eis que um dos principais fatores responsáveis pelo cenário que hoje se tem, consoante restou efetivamente demonstrado, é a má utilização dos recursos, sem um minucioso e detalhado estudo acerca da priorização das áreas mais deficitárias de serviços públicos (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016).

Desse modo, a saúde é mais do que um encargo de prestação estatal, ela se converte em um verdadeiro dever de cidadania que o Estado tem para com os indivíduos. Tal conjuntura avoca, por consequência, comprometimento e engajamento de todo o elenco de atores envolvidos, mediante um processo continuado de promoção e aperfeiçoamento na prestação desse direito, de modo a garantir condições dignas de vida a cada indivíduo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Cynthia Pereira de; LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. **Judicialização da Saúde: saúde pública e outras questões**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 24 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/1990-leis-ordinarias.htm>>. Acesso em 17 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br> >. Acesso em 17 abr. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: nº 15 – janeiro/ fevereiro/ março de 2017. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 abr. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CURY, Augusto. **Nunca desista de seus sonhos**. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm. 2016.

FONTE, Felipe de Melo. A Legitimidade do Poder Judiciário para o Controle de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RADE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível em:< <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29 set. 2017.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Direito Financeiro**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial**: critérios e experiência. Disponível em: < <http://abdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LAZARI, Rafael de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**: A pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MATTOS NETO, Antonio José de *et al.* **Estado democrático de direito e direitos humanos**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair. GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. **Ação Civil Pública e Políticas Públicas**: Implicações na Tensão entre o Estado – Administrador e o Estado Juiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: p. 77-100, 2010. Disponível em: <<https://www.researchgate.net>>. Acesso em: 20 abr. 2017.