# III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

# **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA RIVA SOBRADO DE FREITAS LUCAS GONÇALVES DA SILVA

#### Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

#### Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Sigueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

#### D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-318-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



#### III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

#### **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

#### Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema "Saúde: segurança humana para democracia", promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, "Saúde: segurança humana para democracia".

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, acirradas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado

Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer

flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito

Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com

força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a

apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora,

a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário

momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles

dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade

nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos

vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos

autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao

coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero,

da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de

qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal De Souza

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

#### JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: ANÁLISE DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, ECONÔMICOS E FINANCEIROS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

#### JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL: ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL, ECONOMIC AND FINANCIAL ASPECTS OF STATE RESPONSIBILITY

Marcos Vinícius de Jesus Miotto <sup>1</sup> Valter Moura do Carmo <sup>2</sup> Daniel Barile da Silveira <sup>3</sup>

#### Resumo

Este artigo objetiva analisar as implicações da judicialização do direito à saúde, considerando seus aspectos constitucionais, econômicos e financeiros. Para isso, investigou-se a responsabilidade e limitação orçamentária do Estado, refletindo sobre o número de demandas anuais ajuizadas entre 2008 e 2017, e o gasto para o cumprimento das decisões judiciais entre 2010 e 2016. O método de abordagem seguido foi o dedutivo, com pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Em conclusão, apontou-se a necessidade de delimitação de um núcleo essencial do direito à saúde, legitimando a atuação do Judiciário sem comprometer os recursos do Poder Executivo.

**Palavras-chave:** Direito à saúde, Judicialização, Políticas públicas, Responsabilidade do estado

#### Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the implications of the judicialization of the right to health, considering its constitutional, economic and financial aspects. To this end, the State's budgetary responsibility and limitations were investigated, reflecting on the number of annual demands filed between 2008 and 2017, and the expense for compliance with judicial decisions between 2010 and 2016. The deductive approach, with bibliographic, legislative and jurisprudential research. In conclusion, it was pointed out the need to delimit an essential nucleus of the right to health, legitimizing the performance of the Judiciary Power without compromising the resources of the Executive Power.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade de Marília (Unimar).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Pós-doutor em Direito pela Universidade de Marília (Unimar). Doutor em Direito pela UFSC. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to health, Judicialization, Public policy, State responsibility

#### 1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde, estampado no artigo 6º da Constituição Federal como direito social, é uma garantia constitucional e, portanto, deve ser assegurado a todos os indivíduos. Paralelamente, o artigo 196 estabelece ser um direito de todos e dever do Estado.

Com isso, deve o Poder Público atuar para a implementação e efetivação do direito à saúde, a fim de que todas as pessoas desfrutem de padrões mínimos que confiram o bem-estar físico, mental e social. Entretanto, por vezes, ocorrem violações aos direitos fundamentais, de modo que surge a necessidade de haver instrumentos à disposição do indivíduo.

Nesse sentido, a Constituição Federal estabeleceu que a lei não deve excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão aos direitos, nos termos do artigo 5°, inciso XXXV. Todavia, o próprio Constituinte assegurou a independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme se extrai da leitura de seu artigo 2°.

Com isso, é apropriado questionar acerca da legitimidade e constitucionalidade da interferência do Poder Judiciário frente às omissões das outras Funções do Estado, notadamente do Poder Executivo, no sentido de assegurar a saúde aos indivíduos quando instado a se manifestar por meio do exercício do direito à ação.

Não obstante, deve-se refletir sobre os limites a serem observados pelo Estado-juiz quando da apreciação dos casos concretos submetidos à apreciação, considerando que as decisões proferidas acarretarão, direta ou indiretamente, dispêndios para o Estado e a possibilidade de comprometimento de outras políticas públicas.

Portanto, a necessidade de se aferir as justificativas, limitações e implicações da judicialização do direito à saúde, em ponderação com as demais disposições previstas no ordenamento jurídico, justifica uma revisão e estudo sobre o tema.

Assim, este artigo possui como escopo a judicialização do direito à saúde e os aspectos constitucionais, econômicos e financeiros do Estado, considerando-se, entretanto, apenas o número de demandas ajuizadas entre 2008 e 2017 e os dados acerca dos gastos para o cumprimento de decisões judiciais relativas ao período compreendido entre 2010 e 2016.

Como objetivos gerais, esta produção pretende refletir sobre o conceito de saúde, os dispositivos legais acerca da matéria, a competência legislativa e a responsabilidade executiva do Estado, inclusive abordando a questão da separação dos Poderes, e o número de demandas ajuizadas e gastos para cumprimento das decisões no período acima discriminado.

Para tanto, foram realizadas pesquisas e revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, com a utilização do método dedutivo, pois o estudo partiu de premissas gerais

acerca dos conceitos e legislações relacionadas à saúde para uma reflexão de sua aplicabilidade em casos práticos específicos.

Com isso, inicialmente foi abordada a abrangência e a definição de saúde e sua relação com o direito à vida e dignidade humana. Em seguida, o estudo debruçou-se na previsão legal sobre o direito à saúde e à vida para analisar a competência legislativa e a natureza da responsabilidade executiva dos entes federativos.

Considerando a problemática proposta, foram realizadas pesquisas sobre a independência e separação dos Poderes e a judicialização do direito à saúde. Para esta última, foram verificados os dados do Relatório Anual de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, que traçou um perfil das demandas em relação à judicialização da saúde no Brasil.

Finalmente, analisando os principais instrumentos normativos e algumas decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, explanou-se sobre a atuação e limitações do Poder Judiciário em relação às demandas relativas ao direito à saúde, com enfoque, principalmente, nas implicações econômicas e financeiras do Estado.

#### 2 A ABRANGÊNCIA DA DEFINIÇÃO DE SAÚDE

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (1946), "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades".

É certo que existem diversas pesquisas e estudos que convergem e outros tantos que divergem do conceito apresentado pela Organização, tal como a concepção abordada por Segre e Ferraz (1997, p. 541), para os quais, ainda no final da década de 1990, a definição é inadequada e ultrapassada, uma vez que distingue os aspectos físico, mental e social.

Entretanto, para fins da análise jurídica, econômica e financeira que aqui se propõe, debruçar-se-á sobre a definição formulada pela OMS, para a qual, conforme acima aludido, a saúde abrange diversos aspectos, desde orgânicos até psicológicos e sociais.

Para a OMS, não é apenas o fato de um organismo estar imune aos agentes patológicos e às enfermidades que determinará o estado de saúde de determinado indivíduo, uma vez que outras condições também podem influenciar em seu estado de completo bem-estar.

Acerca da definição de saúde, Dallari (1988, p. 58) ressalta a necessidade de se promover um "[...] equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde". Assim, percebe-se que a saúde envolve aspectos internos

e externos ao organismo do indivíduo, uma vez que guarda relação com o ambiente e com os elementos nele existentes. O entorno também influencia no estado de saúde do sujeito.

Em âmbito internacional, o direito à saúde encontra respaldo, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O artigo 3º da Declaração assevera que todas as pessoas, indistintamente, possuem o direito à vida (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Ainda, o artigo 25 da Declaração assegura o direito a um padrão de vida com "[...] saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...]" (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Os elementos trazidos como um padrão de vida adequado pela Declaração Universal de Direitos Humanos reforçam o conceito formulado pela Organização Mundial da Saúde, na medida em que não estabelece apenas critérios relativos às condições orgânicas do indivíduo.

Ao contrário, a abordagem é ainda mais ampla e envolve aspectos como habitação, meio ambiente e entorno, vestuário, disponibilização de serviços, segurança, entre outras condições (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, por sua vez, determina, no artigo 11.1, o reconhecimento, pelos Estados Partes, do "[...] direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida" (BRASIL, 1992).

No artigo 12, o PIDESC ainda exige que os Estados reconheçam o direito dos indivíduos de desfrutarem do "[...] mais elevado nível possível de saúde física e mental", adotando, para tanto, medidas para a garantia do pleno exercício do direito, o que inclui a redução da mortinatalidade e mortalidade infantil, melhores condições de trabalho e meio ambiente, prevenção e tratamento de endemia e epidemias, combate às doenças, assistência e serviços médicos (BRASIL, 1992).

Com o PIDESC, os Estados partes reconheceram o direito à saúde, comprometendo-se a atuar no sentido de criar condições para a efetivação plena desse direito, uma vez que foi inserto como obrigação estatal (MOUTINHO; DALLARI, 2019, p. 71).

O direito à saúde deve ser entendido como um direito que não se dissocia do direito à vida, mas sim que lhe é determinante, uma vez que todos os seres humanos, sem qualquer discriminação, são titulares da garantia de uma existência digna (LIMA; FINCO, 2019).

Isso denota a necessidade de considerar a saúde tal como enfatizada pela OMS, de modo a agregar fatores que influenciam no bem-estar mental e social do indivíduo, e não apenas físico

ou orgânico, isto é, ausência de doença ou de enfermidades. A saúde está relacionada aos fatores orgânicos e psicológicos do indivíduo, bem como sociais e ambientais que o circundam.

Apesar do empenho da OMS no sentido de promover a conceituação desse direito para todos os indivíduos, conforme aludido no início desta explanação, uma corrente, formada principalmente por sanitaristas, questiona a posição adotada pela Organização sob o fundamento de que a definição dada se refere à noção de felicidade e que não é possível se alcançar o estado de completo bem-estar (SILVA, 2018, p. 11).

Para Scliar (2007, p. 30), "o conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural [...]. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas".

Depreende-se, com isso, que as políticas públicas voltadas para o atendimento do direito à saúde devem levar em consideração todos esses critérios, a fim de possibilitar a efetiva prestação do serviço e a concretização da saúde individual e coletiva.

É por essa razão, inclusive, que a Constituição Federal brasileira não previu, expressamente, um conceito para o termo saúde, uma vez que uma política voltada para esse tema exige a observância de critérios sociais (SCLIAR, 2007, p. 39).

A Constituição limitou-se a estabelecer a saúde como sendo um direito de todos os indivíduos e um dever do Estado, conforme se denota da leitura do artigo 196 e que será abordado no próximo tópico.

#### 3 PREVISÃO LEGAL SOBRE O DIREITO À VIDA E À SAÚDE

O direito à saúde é uma consequência do direito à vida, cuja inviolabilidade deve a todos ser assegurada, nos termos do artigo 5°, *caput*, da Constituição Federal. Essas garantias guardam relação com a própria dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento da República, previsto no artigo 1°, inciso III, do texto constitucional (BRASIL, 1988).

O reconhecimento da saúde como consequência lógica da dignidade da pessoa humana e, com isso, sua inserção na legislação e em políticas públicas, evidencia as dificuldades e percepções acerca do conceito de saúde, estado de bem-estar e direitos e deveres dos indivíduos e do Estado (VENTURA *et al.*, 2010, p. 82).

Com efeito, não há o que se falar em dignidade da pessoa humana, tampouco em Estado Democrático de Direito, sem que se garanta aos indivíduos os meios necessários e o mínimo básico para uma boa qualidade de vida. Dessa forma, a promoção do bem de todos, sem

quaisquer formas de discriminação, é objetivo da República, segundo o artigo 3°, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, prevê o artigo 6º da Constituição que o direito à saúde, dentre outros tantos, é um direito social. A saúde, com isso, tendo em vista sua positivação, foi estampada na Ordem Constitucional brasileira como direito social e fundamental da pessoa humana, além de ser reconhecida na seara internacional, assumindo, concomitantemente, o caráter e a natureza de direito humano (MOUTINHO; DALLARI, 2019, p. 72).

No que se refere à aplicabilidade do direito à saúde, cumpre registar que o artigo 5°, §1°, da Constituição Federal estabelece que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (BRASIL, 1988).

A previsão denota a possibilidade de buscar a efetivação de referidos direitos quando, por exemplo, houver omissão do Poder Público, uma vez que são dotados de eficácia e aplicabilidade imediata diante dos responsáveis pela regulamentação (MELO, 2007, p. 29-30).

Porém, conforme salienta Ribeiro (2011, p. 87), "Aplicabilidade imediata não significa, contudo, que o Estado está obrigado a prestar e a garantir os direitos de forma absoluta".

Ademais, por integrar parte dos direitos e garantias individuais, o direito à saúde constitui cláusula pétrea, não podendo, com isso, ser proposta e discutida qualquer emenda constitucional tendente a abolir referida previsão, nos termos do artigo 60, §4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Não obstante, o artigo 196 da Constituição Federal estabelece que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

Da leitura do artigo supramencionado depreende-se que o Estado, aqui considerado em sentido amplo, tem o dever constitucional de promover políticas públicas objetivando concretizar a efetivação do direito à saúde a toda a população (VENTURA *et al.*, 2010, p. 82).

A efetivação do direito à saúde exige prestações positivas do Poder Público, mediante ações que incluam, por exemplo, prestação de serviços, insumos de assistência e condutas sociais, o que denota a dimensão para sua concretização (VENTURA *et al.*, 2010, p. 82).

A ação do Estado deve se voltar tanto para a prevenção de doenças e de situações que possam causar riscos à saúde dos sujeitos como para a proteção e recuperação dos indivíduos que, eventualmente, sofram alguma interferência em seu estado de bem-estar físico, social ou mental (COSTA; SOUZA, 2019, p. 209).

No Brasil, "[...] a saúde constitui-se como um direito público subjetivo, exigível contra o Estado, posto que seu exercício e efetividade dependem de aporte de recursos materiais e humanos a serem implementados por meio de políticas públicas de saúde" (BAHIA; ABUJAMRA, 2009, p. 303).

Ainda que os recursos sejam limitados, as necessidades humanas devem ser atendidas, mesmo diante de crises, notadamente o direito à saúde, requisito indispensável para a promoção de uma vida pautada no princípio da dignidade da pessoa humana. Sem a saúde, todos os demais direitos ficam prejudicados (COSTA; SOUZA, 2019, p. 209).

Ademais, segundo o artigo 197 da Constituição, as ações e os serviços voltados à saúde são de relevância pública, "[...] cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (BRASIL, 1988).

Em termos de legislação em sentido estrito, a Lei n.º 8.080/1990, que dispõe acerca das "condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde", estabelece que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" (BRASIL, 1990).

Trata-se de outro mandamento vinculante que o indivíduo dispõe para concretizar o direito à saúde. O Poder Público deve adotar medidas para efetivar esse direito, permitindo que as pessoas tenham um padrão de vida adequado e convergente para a concretização da dignidade humana, cumprindo, assim, os preceitos internacionais, constitucionais e legais.

A atuação do Estado, entretanto, não excluiu o dever dos demais integrantes do corpo social em respeitar, exigir e buscar meios para efetivar a saúde da população. Essa previsão, inclusive, é expressamente disposta no artigo 2°, §2° da Lei n.º 8.080/1990: "o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade" (BRASIL, 1990).

Por sua vez, o artigo 3º, do mesmo diploma normativo, vai ao encontro das considerações já elencadas acerca da definição de saúde, notadamente a da OMS, no sentido de prever, como determinantes e condicionantes, entre outros fatores, "[...] a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais" (BRASIL, 1990).

É por essa razão, inclusive, que Melo (2007, p. 44) conclui que a abrangência do direito à saúde para fins de atuação do Poder Público envolve fatores externos ao organismo do indivíduo, ou seja, o estado de saúde não envolve apenas a prevenção, cura e tratamento de enfermidades, pois está relacionado às questões do desenvolvimento e ambiente social.

## 4 PODERES DO ESTADO FRENTE ÀS DEMANDAS DE SAÚDE: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, RESPONSABILIDADE EXECUTIVA E LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO

A garantia do direito à saúde pode encontrar dificuldades diante da complexidade e abrangência do termo. Por isso, a participação de profissionais da área ganha relevância, notadamente diante dos termos técnicos que envolvem a questão, de modo que essa intervenção contribui para maior efetividade às ações de promoção da saúde (DALLARI, 1988, p. 60).

Além disso, o Estado precisa ser dotado de capacidade para gerenciar e concretizar as políticas de implementação da saúde individual e coletiva. Com efeito, deve a Constituição Federal organizar o Estado e a sociedade de forma a atender os direitos básicos dos indivíduos, incluindo, nesse rol, a saúde (LEITE; BASTOS, 2018, p. 105).

Assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, devem agir de forma conjunta a fim de garantir o acesso e a universalização deste direito fundamental, dentro, é claro, de suas respectivas esferas de atuação.

Um panorama acerca do exercício das funções típicas de cada um dos Poderes, principalmente do Executivo e Judiciário, é importante para contextualizar a problemática da presente produção.

Considerando o direito à saúde como um direito social e que deve ser assegurado indistintamente a todos os indivíduos, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os cuidados para com essa garantia, segundo artigo 23, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Com esse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já se manifestou no sentido de que os entes federados possuem responsabilidade solidária na concessão e efetivação de tratamento médico adequado às pessoas necessitadas, uma vez que o direito à saúde é dever do Estado. Assim, eventual demanda pode ser ajuizada em face de qualquer das esferas (BRASIL, 2015).

Todos os entes da federação integrantes do Poder Executivo, dentro de suas respectivas competências administrativas, devem garantir a efetivação do direito à saúde, tomando para si a obrigatoriedade de prevenir, tratar e controlar as doenças mediante a adoção de políticas públicas de saúde que proporcionem um sistema estruturado para disponibilizar um serviço adequado (LEITE; BASTOS, 2018, p. 105).

Ademais, é competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre a saúde, com base na disposição contida no artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, e analisando-se as regras previstas no texto constitucional, as normas editadas pela União possuem caráter geral (artigo 24, §1°), ao passo que aos Estados e Municípios é possível suplementá-las mediante a criação de normas de interesse regional ou local (artigos 24, §2°, e 30, inciso II) (BRASIL, 1988).

Paralelamente à competência concorrente dos entes acima enumerados, de acordo com o artigo 30, inciso VII, também da Constituição Federal, aos Municípios cabe a prestação, em cooperação técnica e financeira, dos serviços de atendimento à saúde (BRASIL, 1988).

Em relação aos Municípios, Dallari (1988, p. 60) entende que se trata da esfera do poder político mais adequada para a concretização do direito à saúde, considerando que tal direito deve ser observado em nível local.

Assim, o Município "[...] tem personalidade jurídica pública para responsabilizar-se. Pode-se, portanto, definir a saúde, o conteúdo do direito à saúde e a responsabilidade por sua garantia no Município" (DALLARI, 1988, p. 60).

Martins (2008, p. 76) sintetiza essas disposições quando aduz que, com a Constituição, o Estado foi obrigado, juridicamente, a promover ações e serviços relacionados à saúde, tendo em vista sua previsão no Capítulo dos Direitos Sociais, em Seção própria nos artigos relativos à Ordem Social, bem como nos artigos concernentes às competências, inclusive legislativas, dos entes federativos (artigos 23, II; 24, XII e 30, VII, todos da Constituição Federal).

Entretanto, o acompanhamento da situação da saúde pública no país revela o abandono, pelo Estado, de milhares de pessoas que esperam por tratamentos médicos, além da constatação de que "[...] óbitos ocorrem devido à ausência de medicamentos, infecções, falta de recursos, carência de profissionais especializados, equipamentos obsoletos ou abandonados e inexistência de ambulâncias" (RIBEIRO, 2013, p. 234).

Diante desse cenário, não raras são as vezes nas quais a população procura solucionar os problemas na esfera judicial, promovendo ações em face do Estado para buscar a condenação no tratamento médico recomendado. Nessas situações, pode o Judiciário agir e atender aos pedidos formulados pelas partes ou estaria invadindo a esfera de atuação de outra Função do Estado?

O Brasil adotou como sistema de governo o Presidencialismo, por meio do qual vigora o princípio da separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Deve ser garantida, com isso, a harmonia, autonomia e independência entre essas Funções do Estado, de tal modo

que um não intervenha injustificadamente na esfera de atuação de outro, sob pena de nítida ofensa ao modelo adotado (RIBEIRO, 2013, p. 227).

O próprio artigo 2º da Constituição Federal de 1988 assegura a independência e a harmonia entre as Funções Legislativa, Executiva e Judiciária, que constituem Poderes da União (BRASIL, 1988).

Entretanto, deve-se salientar que as Funções do Estado, em que pese serem independentes e autônomas entre si, devem exercer papel de controle e fiscalização de atuação umas sobre as outras, objetivando o cumprimento dos deveres impostos pela Constituição Federal e a manutenção do Estado Democrático de Direito (LEITE; BASTOS, 2018, p. 108).

"Há, todavia, o entendimento segundo o qual, na verdade, no Brasil, não é adotado o mecanismo da separação dos poderes, e sim o do balanceamento dos poderes, pelo qual as funções típicas de cada poder podem, eventualmente, ser exercidas por outro" (RIBEIRO, 2011, p. 96).

É por isso que, para Leite e Bastos (2018, p. 108), não existe, propriamente, uma divisão de atribuições, mas a repartição das funções básicas do Estado, ao que denominam divisão funcional, e a respectiva atribuição aos órgãos especializados, de tal modo que a cada um dos Poderes corresponde uma função típica.

Desta forma, o Legislativo está encarregado de materializar a função legiferante, o Executivo deve aplicar as normas editadas respeitados os limites e princípios impostos pelo texto constitucional à Administração Pública, e o Judiciário, por fim, deve solucionar os conflitos e pacificar o seio social, promovendo a adequada interpretação e aplicação das regras estabelecidas (LEITE; BASTOS, 2018, p. 108).

Diante do direito à saúde, as três Funções, ou Poderes, do Estado são instadas a se manifestar, de uma forma ou de outra, envolvendo aspectos relacionados à sua concretização. "O Estado-Administração tem obrigação de realizar políticas públicas positivas e efetivas para concretizar a vontade do Constituinte Originário (ou derivado), da mesma forma que o Estado-Juiz, porque estão todos submetidos ao texto da Constituição" (MARTINS, 2008, p. 108).

É por isso que o Poder Judiciário, por exemplo, é invocado em diversas situações acerca do atendimento ao direito à saúde, pois "[...] é o guardião da Constituição Federal e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra, a democracia" (RIBEIRO, 2013, p. 227).

"Mesmo que o princípio da separação dos poderes não resulte na não interferência do Poder Judiciário na esfera dos direitos sociais, é certo que deverá sempre haver um respeito pelo papel dos demais poderes da República" (RIBEIRO, 2011, p. 96).

A grande discussão, todavia, envolve a questão da discricionariedade da Administração Pública, notadamente diante do controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário (MARTINS, 2008, p. 108).

Com isso, surge a reflexão que constitui o núcleo do presente estudo: quais os cuidados que o Estado-juiz deve ter ao intervir na decisão administrativa e conceder tratamentos ou medicamentos, especialmente de alto custo, em detrimento da execução de outras políticas estatais das quais, na maioria das vezes, não possui conhecimento do andamento?

#### 5 A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A Administração pode se omitir e obstar o acesso e a prestação do serviço de saúde, impedindo aos cidadãos a concretização de um direito fundamental, o que denota a necessidade de atuação do Poder Judiciário para garantir sua efetividade (RIBEIRO, 2013, p. 233).

O artigo 5°, XXXV, da Constituição estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988). O princípio da ação é, nesse sentido, um direito fundamental e, como tal, deve ser assegurado indistintamente a todos.

É inconteste, com isso, a possibilidade de o cidadão reivindicar a atuação do Poder Judiciário por meio do regular ajuizamento de uma demanda, instando-o a se manifestar acerca de eventual ameaça ou lesão a direitos, tal como pode ocorrer em casos envolvendo questões relacionadas à saúde, seja ela individual ou coletiva (RIBEIRO, 2013, p. 227).

Segundo Blood (2014, p. 33), a atuação do Poder Judiciário frente às questões atinentes à saúde se legitima diante dos movimentos de juristas objetivando, incansavelmente, efetivar as normas constitucionais, dentre as quais os direitos sociais, categoria da qual a saúde faz parte.

Assim, "[...] o direito à saúde deixou de ser somente uma vontade política para ser uma exigência cobrada por juízes e tribunais. Diante desta nova perspectiva o não atendimento de um direito fundamental passou a ser pleiteada judicialmente" (BLOOD, 2014, p. 33).

A negligência na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de fazer valer e concretizar o direito à saúde, por meio de tratamentos, medicamentos e assistência adequados, bem como da própria Administração Pública, enseja a provocação do Poder Judiciário para se manifestar e buscar dar cumprimento às garantias cuja competência, em princípio, seria

atribuída às demais Funções do Estado. Tal dinâmica é chamada de ativismo judicial e almeja a materialização do disposto na Constituição Federal (RIBEIRO, 2013, p. 227).

Com efeito, a garantia do acesso à justiça e a possibilidade de o indivíduo acionar o Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde objetiva evitar a omissão e/ou negligência por parte do Poder Público em relação à atuação estampada no artigo 196 da Constituição Federal (SAMPAIO; ALVES, 2019, p. 4).

A judicialização do direito à saúde, portanto, consiste na transferência para o Poder Judiciário de determinado poder de tomada de decisão atinente às políticas públicas voltadas para a implementação de referida garantia (SAMPAIO; ALVES, 2019, p. 4).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, no relatório anual do ano de 2019, incluiu uma pesquisa realizada pelo Insper (Instituto de Ensino e Pesquisa), que traçou um "perfil das demandas, causas e soluções" adotadas em relação à judicialização da saúde no território nacional.

De acordo com o relatório disponibilizado no *site* do CNJ, a pesquisa objetivou classificar e identificar os tipos de demandas e as características das decisões judiciais (BRASIL, 2020, p. 85-86).

A pesquisa permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, no período entre 2008 e 2017. Considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: "Plano de Saúde", "Seguro" e "Saúde", seguidos de "Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos" [...]. Esta pesquisa desafia algumas das hipóteses da literatura, como a menor chance de sucesso de ações coletivas em relação às ações individuais, e reforça outras, como a grande heterogeneidade regional nos tipos de demandas judicializadas, assim como nos padrões de fundamentação predominantes nos diversos tribunais (BRASIL, 2020, p. 86).

Discorrendo acerca do elevado número de demandas envolvendo temas relativos ao direito à saúde, Ávila e Melo (2018, p. 87) entendem que a judicialização indica certa ausência de efetividade e de concretização deste direito e traduzem uma falsa percepção de que o Poder Judiciário é capaz de aquilatar todos esses aspectos.

Todavia, o desconhecimento acerca das políticas públicas de saúde e dos componentes fármacos desencadeia, por consequência, o comprometimento da estrutura estatal e dos recursos destinados às ações afetas à matéria (VIEIRA; ZUCCHI, 2007, p. 221).

O Judiciário, não raras as vezes, precisa formular decisões estratégicas para garantir ao jurisdicionado, nos limites do ordenamento jurídico, o direito postulado, notadamente quando

envolver situações urgentes, tal como riscos à vida ou minimização de sofrimento decorrente de determinada enfermidade ou tratamento, sem comprometer, de outro lado, o orçamento do Estado e as políticas públicas em planejamento ou execução (MARQUES, 2008, p. 66).

Agrega-se a essa circunstância o apontamento de que a saúde exige grandes dispêndios de recursos, que são limitados e, mesmo sendo caracterizada como um direito fundamental e de notória importância, não é o único bem que a sociedade necessita ter assegurado, afinal "[...] a saúde compete com outras áreas em que o Estado também é obrigado a investir, como educação, segurança pública, esporte, cultura" (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 226).

Ademais, cumpre registrar que, apesar da importância atribuída pela Constituição à questão da saúde, a escassez dos recursos é um ponto que deve ser levado em consideração na tomada das decisões judiciais, o que, todavia, não é realizado em várias ocasiões. Isso porque, na visão dos tribunais a escassez dos recursos é colocada em plano secundário, por não poder se sobrepor ao direito à saúde e à vida (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 224).

Para Ribeiro (2011, p. 99), "[...] o Estado não pode alegar escassez de recursos, a fim de justificar sua omissão, se os limites constitucionais não tiverem sido observados. Por isso a reserva do possível não pode ser alegada para justificar o comportamento omissivo".

Não é por outro motivo, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal emite decisões, de forma reiterada, condenando o Poder Público, independentemente dos custos e da existência de recursos, no fornecimento de medicamentos e de tratamentos. A justificativa adotada é a indisponibilidade e a essencialidade de se garantir a efetivação do direito à saúde, pois é decorrência lógica do direito à vida e dignidade da pessoa humana (LIMA; FINCO, 2019).

São diversas as situações em que o Poder Judiciário é instado a se manifestar e deliberar acerca da prestação ou concessão de um determinado tratamento ou medicamento. Entretanto, quando se discute questões orçamentárias, a competência para o custeio e a execução da determinação imposta pelo Estado, na figura do juiz ou tribunal, é de outra esfera de Poder, ou seja, trata-se de competência reservada à Função Executiva (PAIXÃO, 2019, p. 2168-2169).

Grande parte dos direitos exigem ações e recursos do Estado, tendo, portanto, um ônus para o Poder Público, ou seja, exigem gastos para sua concretização e manutenção. A saúde é um direito prestacional e, como tal, requer a realização de políticas com emprego de recursos materiais, provocando dispêndios significativos para a máquina pública, considerando a capacidade econômica e financeira do Estado (MOUTINHO; DALLARI, 2019, p. 72).

Os recursos, de um modo geral, são escassos. Assim, quando da apreciação de um caso concreto, o Poder Judiciário, ao conceder determinada pretensão formulada pela parte autora no processo judicial, acaba compelindo o Estado na adoção de determinada obrigação de fazer

ou condenação em determinada prestação, retirando recursos destinados à implementação de outras políticas públicas, que ficam comprometidas (PAIXÃO, 2019, p. 2169).

É claro que é o médico quem deve recomendar e prescrever os medicamentos e tratamentos ao paciente, mas, associada à recomendação profissional, está a questão de escassez e limitação dos recursos do Estado diante do financiamento de determinado medicamento ou tratamento prescrito, além de interesses lucrativos em algumas situações. "A par do interesse do próprio paciente, uma pequena amostragem de casos ocorridos no Brasil evidencia que há outros interesses presentes" (ÁVILA; MELO, 2018, p. 89).

Os insumos, como os medicamentos em geral, e serviços relativos à saúde, como os tratamentos indicados, constituem importante e relevante área para a Economia e Mercado, principalmente para a indústria farmacêutica. Os agentes econômicos envolvidos nesse segmento podem se utilizar de manobras reprováveis para auferir vantagens indevidas em detrimento da máquina pública e demais políticas em execução (ÁVILA; MELO, 2018, p. 89).

O que se pretende elucidar é que, diante do contexto apresentado, deve haver uma reflexão sobre as consequências práticas da imposição de implementação de determinada política ao Estado, não podendo o Judiciário atuar de forma desenfreada e sem verificar, a fundo, as implicações de determinada decisão.

# 6 A ATUAÇÃO E LIMITAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A QUESTÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA DO ESTADO

Os entes da federação possuem responsabilidade solidária no que se refere ao dever de prestar assistência à saúde. Esse entendimento, inclusive, é objeto do Tema 793, proveniente do Recurso Extraordinário 855.178, com fixação de tese de repercussão geral (BRASIL, 2015).

Assim, deve haver uma limitação para a atuação do Poder Judiciário no que se refere às condenações do Estado na concessão de tratamentos e de medicamentos, notadamente diante de um cenário de escassez de recursos e possibilidade de comprometimento de outras políticas públicas em andamento e, por vezes, desconhecida pelo Estado-juiz (PAIXÃO, 2019, p. 2169).

Para tanto, "[...] é necessário delimitar qual o núcleo essencial do direito social à saúde, uma vez que, quando desrespeitado tal núcleo pela Administração Pública o Judiciário estará legitimado a intervir nas políticas públicas" (BAHIA; CASTRO, 2014, p. 132).

Ainda assim, em que pese a atuação do Executivo no sentido de definir os medicamentos, tratamentos, procedimentos e exames com possibilidade de custeio pelo sistema público de saúde, o Estado ainda é alvo de cobranças judiciais em decorrência de negativa de

prestação do serviço ou fornecimento do medicamento, bem como para o custeio de medicamentos ou tratamentos não listadas em razão da ausência de testes ou comprovação da eficácia, "seja porque são demasiado caros para estarem inseridos nessas listas, e para os quais existem alternativas mais custo-efetivas usualmente empregadas" (MÉDICI, 2010, p. 81).

A título exemplificativo, de acordo com o STF, o Estado não pode ser compelido a custear tratamento experimental sem registro na Anvisa, salvo em casos excepcionais, por meio de concessão judicial, quando da desídia do órgão em apreciar o pedido (BRASIL, 2019a).

Ainda neste julgamento, restou pacificada a exigência de que o autor da ação comprove, simultaneamente, a existência de pedido de registro, o registro em agências do exterior e a ausência de fármaco substituto no território nacional:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União (BRASIL, 2019a).

Outrossim, e conforme já sedimentado também pela jurisprudência do STF, o Judiciário deve estabelecer critérios para a aferição do interesse de agir da parte interessada, observar os insumos já oferecidos pelo Sistema de Saúde e a viabilidade de substituição:

[...] em regra, o Estado não está obrigado a dispensar medicamento não constante de lista do Sistema Único de Saúde (SUS). [...] o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos arts. 1.649 a 1.710 do Código Civil (CC) e assegurado o direito de regresso (BRASIL, 2019b).

Há de se ressaltar, ainda, que o maior conhecimento da questão orçamentária e estratégica para o planejamento e a consecução das políticas públicas é do Poder Executivo e, como tal, "A todo momento os representantes do Poder Público encontram-se em posição de fazer 'escolhas trágicas' devido a essa limitação de recursos (BAHIA; CASTRO, 2014, p. 132).

Os recursos públicos são escassos, e não pode o Poder Judiciário, para efetivar um direito individual que poderia ser concretizado com a adoção de outro tratamento com mesma eficiência, onerar a máquina pública, condenando o Estado na concessão de um tratamento de

alto custo cujo resultado, com a adoção de outro método já oferecido pelo Sistema de Saúde, surtiria o mesmo resultado. De acordo com dados levantados pelo Ministério da Saúde:

Em sete anos, a pasta desembolsou R\$ 4,5 bilhões para atender a determinações judiciais para a compra de medicamentos, dietas, suplementos alimentares e depósitos judiciais, um incremento de 1010% entre 2010 e 2016. Em 2016, os 10 medicamentos mais caros custaram ao Ministério R\$ 1,1 bilhão, o que representou 90% dos gastos totais dos 790 itens comprados. Em 2017, até outubro, a cifra já chegou a R\$ 751 milhões. Incluindo também estados e municípios, a perspectiva é de que o gasto com determinações judiciais neste ano chegue a R\$ 7 bilhões (PENIDO, 2017, n. p.).

Esses números, analisados em conjunto com os demais dados discutidos anteriormente, denotam o crescimento da judicialização da saúde em território nacional, especialmente diante de um cenário em que o Estado está sendo constantemente condenado nos tratamentos postulados em juízo e efetuando gastos na casa dos bilhões de reais.

O Judiciário deve se precaver no tocante às condenações que impõe ao Estado, uma vez que houve um crescimento aproximado de 130% no número de demandas anuais relacionadas ao direito à saúde, de 2008 para 2017 (BRASIL, 2020, p. 86), e um gasto de R\$ 4,5 bilhões para o cumprimento das decisões entre 2010 e 2016 (PENIDO, 2017).

Antes mesmo de terminar o ano de 2017, segundo a referida pesquisa, já havia ocorrido um gasto de R\$ 751.000.000,00. Esse número diz respeito apenas ao que a União desembolsou com as condenações, pois, ao acrescer nessa conta o gasto dos estados e dos municípios, a estimativa realizada atingiu o montante superior a R\$ 7.000.000.000,00 (PENIDO, 2017).

Portanto, deve o Poder Judiciário, quando da apreciação dos casos concretos, ponderar acerca do panorama apresentado nessa produção, a fim de garantir a efetivação do direito à saúde, sem comprometer, por outro lado, outros tantos direitos que o Estado deve custear, tais como educação, cultura e lazer, que também contribuem para o estado de saúde da população.

Isso porque "[...] se o Poder Judiciário determinar ações para o cumprimento do Estado, que colocam em risco o equilíbrio orçamentário, em detrimento da garantia do atendimento de outros direitos de igual calibre, poderá comprometer outros Programas e Projetos, igualmente prioritários" (RIBEIRO, 2011, p. 100).

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição de saúde, tal como proposta pela OMS, envolve diversos fatores, internos e externos ao indivíduo. A ausência de doenças ou enfermidades não implica, necessariamente,

o estado de saúde do indivíduo, uma vez que esta depende de condicionantes não apenas orgânicos, pois engloba o completo bem-estar físico, mental e social.

A Constituição Federal de 1988, todavia, não trouxe uma definição acerca do que se refere à saúde, mas asseverou que se trata de direito social e que a sua efetivação é direito de todos e dever do Estado, que deve implementar políticas públicas para garantir a sua universalização e acesso igualitário, conforme se denota em seus artigos 6º e 196.

A saúde é um desdobramento do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, esta última considerada, inclusive, objetivo da República. Dessa forma, e por constituir um direito fundamental, possui aplicabilidade imediata (artigo 5°, §1°, da Constituição Federal), além de integrar o rol de dispositivos elencados como cláusula pétrea (artigo 60, §4°, da Constituição Federal).

Não obstante, os entes da federação possuem competência comum no que se refere aos cuidados com a saúde individual e coletiva (artigo 23, II, da Constituição Federal) e responsabilidade solidária no tocante à concessão de tratamento médico adequado aos necessitados, conforme decidido no julgamento do RE 855.178 e fixação do Tema 793.

Considerando ser a saúde um direito fundamental e humano, consagrado em instrumentos nacionais e internacionais, o Poder Judiciário, guardião da Constituição Federal, possui competência e legitimidade para se manifestar sobre eventuais violações à referida garantia. Isso é decorrência lógica, inclusive, do próprio Estado Democrático de Direito.

Entretanto, os dados coletados neste estudo apontam o acentuado crescimento no número de demandas anuais relacionadas à saúde, de 2008 para 2017, perfazendo um total de 498.715 processos em primeira instância e 277.411 em segunda instância. Além disso, entre 2010 e 2016, houve um gasto estimado em R\$ 4,5 bilhões para o cumprimento das decisões.

Deve-se refletir, então, sobre até que ponto a intervenção judicial pode ocorrer em uma esfera de atuação alheia à sua função típica, uma vez que eventual condenação imposta poderá interferir, negativamente, na execução de outras políticas públicas em andamento, muitas vezes desconhecidas pelo Estado-juiz, e na própria discricionariedade administrativa.

Com isso, verifica-se que a necessidade de delimitação de um núcleo essencial do direito à saúde, considerando a abrangência de sua concepção, capaz de possibilitar uma atuação legítima do Poder Judiciário na efetivação de referida garantia sem comprometer, por outro lado, o orçamento e recursos destinados a outros direitos e políticas de responsabilidade do Executivo.

Isso porque, considerando a concepção adotada pela Organização Mundial da Saúde, outros aspectos, dentre os quais a educação, vestuário, alimentação, saneamento, lazer, questões

sociais e cultura, necessariamente, refletem na condição de saúde da população e também exigem gastos do Estado para sua promoção.

#### REFERÊNCIAS

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934. Acesso em: 21 jun. 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Júnior Ananias. O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais: o fenômeno da judicialização da saúde. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p. 127-141, jul./set. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril\_v51\_n203\_p127. Acesso em: 11 jul. 2020.

BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Argumentum**, Marília, v. 10, p. 295-318, 2009. Disponível em: http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1045. Acesso em: 18 set. 2020.

BLOOD, Renata Luciane Polsaque Young. Direito social à saúde: opção cidadã. **Aporia jurídica**, Campos Gerais, v. 1, n. 1, p. 30-35, jul./dez. 2014. Disponível em: http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/6/6. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Anual de 2019**. Brasília. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Relatorio\_Anual\_CNJ\_2019\_2020\_01\_22\_3.pdf. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657718 RG**. Recurso Extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1°, III; 6°; 23, II; 196; 198, II e §2°; e 204 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer

medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de maio de 2019A. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente =4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500#. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566471 RG**. Recurso Extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2°; 5°; 6°; 196; e 198, §§ 1° e 2°, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de março de 2019B. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1815&tipo=CJ&termo=3. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178 RG/SE – Sergipe**. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Constitucional e Administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671. Acesso em: 12 ago. 2020.

COSTA, Paulo Victor Rodrigues; SOUZA, Elden Borges. A efetividade do direito fundamental à saúde à luz do Estado de Coisas Inconstitucional. **Revista Campo Jurídico**, Barreiras, v. 7, n. 2, p. 204-227, jul./dez. 2019. DOI: https://doi.org/10.3749/revistacampjur.v7i2.281. Disponível em:

http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/281. Acesso em: 18 jun. 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988. DOI: https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 jun. 2020.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. **DADOS** – **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, mar. 2009. DOI: https://doi.org/10.1590/S0011-52582009000100007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 14 jun. 2020.

LEITE, Ivan Corrêa; BASTOS, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. **Argumentum**, Vitória, v. 10, n. 1, p. 102-117, jan./abr. 2018. Disponível em:

https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6545987. Acesso em: 30 jun. 2020.

LIMA, Fernando Rister de Souza; FINCO, Matteo. Teoria sistêmica e direitos humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 380-405, jul./dez. 2019. Disponível em:

https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/186/242. Acesso em: 14 jun. 2020.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out. 2008. DOI: https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i2p65-72. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117. Acesso em: 14 jun. 2020.

MARTINS, Flávia Bahia. O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077034.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.

MÉDICI, André Cezar. Judicialização, integralidade e financiamento da saúde. **Revista Diagnóstico & Tratamento**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 81-87, 2010. Disponível em: http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2010/v15n2/a81-87.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

MELO, Maurício de Medeiros. **O Direito coletivo prestacional à saúde e o poder judiciário:** a concretização do art. 196 da Constituição de 1988 pela via jurisdicional. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/14008. Acesso em: 18 set. 2020.

MOUTINHO, Donato Volkers; DALLARI, Sueli Gandolfi. Financiamento do direito à saúde e novo regime fiscal: a inconstitucionalidade do artigo 110 do ato das disposições constitucionais transitórias. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 68-90, nov. 2018/fev. 2019. DOI: https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i3p68-90. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/158499. Acesso em: 18 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por. Acesso em: 15 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constitución de la Organización Mundial de la Salud**. 1946. Disponível em:

https://www.who.int/governance/eb/who constitution sp.pdf?ua=1. Acesso em: 15 set. 2020.

PAIXÃO, André Luís Soares da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, p. 2167-2172, jun. 2019. DOI: https://doi.org/10.1590/1413-81232018246.08212019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1413-81232019000602167&tlng=pt. Acesso em: 16 jun. 2020.

PENIDO, Alexandre. Ministério da Saúde. **CNJ e Ministério da Saúde lançam ferramenta de apoio ao judiciário para ações em saúde**. Brasil, 21 nov. 2017. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41905-cnj-e-ministerio-da-saude-lancam-ferramenta-de-apoio-ao-judiciario-para-acoes-em-saude. Acesso em: 14 ago. 2020.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde. **Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros**, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 225-235, jul./dez. 2013. Disponível em:

https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/125. Acesso em: 21 jun. 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária. **Revista Argumentum**, Marília, v. 12, p. 77-102, 2011. Disponível em: http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1068. Acesso em: 18 set. 2020.

SAMPAIO, Amanda Inês Morais; ALVES, Rebecca Falcão. A mediação sanitária como alternativa à judicialização do direito à saúde. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 1-20, jan./jun. 2019. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/5408/pdf. Acesso em: 16 jun. 2020.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, jan./abr. 2007. DOI: https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 11 jun. 2020.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 35, n. 5, p. 538-542, out. 1997. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0034-89101997000600016. Acesso em: 19 jun. 2020.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2018. Monografia (Especialização em Direito Público) — Pós-Graduação Lato Sensu, Instituto Brasiliense de Direito Público, [Brasília], 2018. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-e-o-princ%C3%ADpio-da-reserva-do-possivel. Acesso em: 18 set. 2020.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 11 jun. 2020.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102007000200007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102007000200007&script=sci abstract&tlng=pt. Acesso em: 23 jun. 2020.