IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

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

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Siqueira 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

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Sandra Mara Maciel de Lima; Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-423-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

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

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” contou pela primeira vez com a participação do Grupo de Trabalho - Direito e Saúde.

A saúde, a priori, configura-se como o bem mais precioso do ser humano, protegido tanto pela ONU como pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um dos maiores desafios do século. E mais,

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde deve ser compreendida não somente quanto à ausência de doenças, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Visando a efetivação do Direito à Saúde, as garantias foram estabelecidas e criadas, principalmente nos arts. 196 a 200 da CF/88, Lei n. 8.080 de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 9.656 de 1998 (que definiu as regras para funcionamento da saúde suplementar).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento destinado à saúde. Todavia, no Brasil há uma disparidade entre a realidade e o que é garantido constitucionalmente em matéria de saúde.

Sabe-se que o Direito à Saúde por vezes esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público e que, por consequência, a judicialização gera impacto no orçamento.

No atual contexto da pandemia COVID-19 não há uniformidade na política pública de enfrentamento à crise sanitária, pois Estados e Municípios têm adotado medidas mais restritivas que a própria União, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário, para defender o direito fundamental à saúde.

Sendo assim, em tempos de pandemia, o Poder Judiciário vem intervindo bastante na solução de demandas judiciais atinentes à saúde, para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

A preocupação maior é a preservação da vida e da segurança. Nesse sentido, o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual.

A partir da leitura minuciosa dos 23 (vinte e três) artigos selecionados para o GT Direito e Saúde extraem-se questionamentos e debates de assuntos extremamente relevantes nesse atual contexto de pandemia COVID-19, destacando-se esforços do mundo inteiro para a proteção da vida.

O primeiro artigo apresentado por Ana Clara Cunha Peixoto Reis, Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discorre sobre "A contribuição da Telemedicina no Atual Contexto Brasileiro: inovações e perspectivas". Destaca a telemedicina como uma tendência irremediável, que contribui para a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento da produtividade), diminuição de filas de espera. A telemedicina figura como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis, e se destaca como uma inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19.

O segundo artigo de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães, intitulado "O Direito das pessoas com deficiência à saúde em época de pandemia viral no Brasil: uma análise bioética", descreve os pressupostos referentes ao direito das pessoas com deficiência à saúde no Brasil no contexto da pandemia COVID-19. Analisam a tutela destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas que visam assegurar o direito destas pessoas consideradas vulneráveis, preocupando-se com os enormes desafios enfrentados por elas, no que tange à prevenção, tratamento ou reabilitação.

O terceiro artigo também de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães trata das "Mulheres com deficiência na busca por saúde: realidade e legislações", e retrata as experiências de mulheres com deficiência no acesso à saúde, suas dificuldades e obstáculos, diante da disparidade existente na legislação pertinente ao tema, necessitando que Poder Público adote medidas para solucionar o problema.

No quarto artigo, os/as autores/as Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua intitulado "Ação Popular como proteção da moralidade administrativa em face dos atos lesivos praticados em tempos de pandemia", abordam a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção

contra os atos lesivos à moralidade administrativa, assim como, destacam o aumento de atos e decretos para conter a pandemia, que relegam tal princípio norteador da Administração Pública, sendo necessário o aperfeiçoamento da Ação Popular.

No quinto artigo, as autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado "O Direito à Saúde e as "escolhas trágicas" no cenário transpandêmico brasileiro: da crise sanitária à crise Humanitária". O objetivo do artigo é refletir sobre o Direito à Saúde diante da realidade transpandêmica brasileira em tempos de COVID-2019, uma vez que há incongruência entre a escassez de recursos públicos e o garantido pela CF/88 de garantia à saúde. Abordam a "Teoria das Escolhas Trágicas" de Guido Calabresi e Philip Bobbitte a Metateoria do Direito Fraterno de Eligio Resta e destacam o estado de emergência sanitária e humanitária do país.

Em seguida, as mesmas autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado "Saúde, gênero e inclusão social no contexto da transpandemia COVID-19: a pluralidade bibliográfica do "ser migrante" no Estado do Rio Grande do Sul". As autoras apresentam interseções entre saúde, gênero e inclusão social a partir da pluralidade dos imigrantes no Estado do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia COVID-19. Concluem pela necessidade de políticas públicas de acolhimento do "ser migrante" de forma a garantir uma vida digna a todos/as.

O sétimo artigo de autoria de André Luís Ribeiro, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco apresentam o trabalho intitulado "A vacinação como medida obrigatória em tempos de pandemia: uma análise sob a perspectiva do Direito Constitucional", com o objetivo de discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação no contexto da pandemia COVID-19. Avaliam a possibilidade de se estabelecer restrições às liberdades individuais em razão da coletividade e analisam o conflito existente entre a autonomia individual e a proteção dos direitos coletivos, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade da vacinação.

A autoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles no oitavo artigo, apresentam o trabalho intitulado "Direito à Saúde na relação público-privado: análise das Organizações Sociais de Saúde sob a ótica do envolvimento empresarial na economia (componente do complexo econômico industrial da saúde)". Sustentam que o sistema de saúde no Brasil tornou-se uma indústria e que o envolvimento empresarial no cenário político e econômico foi decisivo para a reforma do Estado dos anos 1990 e para a implantação de novas estruturas organizacionais.

No nono artigo intitulado “Estudo comparativo de normas de saúde pública quanto ao uso de máscaras e vacinas da COVID-19 sob a ótica comparada do federalismo para o Século XXI de Chemerinsky”, o autor Carlos Alberto Rohrmann ressalta que a pandemia COVID-19 demandou novas regulamentações que muito rapidamente impactaram a vida em sociedade, sendo necessária a análise da adoção de políticas públicas de incentivo ao uso de máscaras e vacinação, destacando a adoção de normas próximas das necessidades locais e os impactos negativos nacionais.

O décimo artigo “O Direito à Saúde no atendimento às pessoas vítimas de violência” de autoria de Joice Cristina de Paula e Edilene Aparecida Araújo da Silveira versa sobre o tratamento das pessoas que são vítimas de violência e seu impacto na saúde pública. Destacam a necessidade de ações que visem atendimentos específicos, inclusive com efetiva prevenção da violência.

As autoras Andrea Abrahão e Anna Carolina Miranda Bastos do Valle tratam no décimo primeiro artigo, das “Organizações Sociais e a política pública de gestão de saúde em Goiás”. O objetivo é analisar a legislação do Estado de Goiás pertinente ao tema, bem como as medidas adotadas para garantir o efetivo comprometimento das organizações sociais de saúde com transparência, ética e uso dos recursos públicos. As autoras salientando que tais organizações têm sido utilizadas como uma opção de prestação de serviços públicos de qualidade para a sociedade.

No décimo segundo artigo, os/as autores/as Claudine Freira Rodembusch e Henrique Alexander Grazzi Keske exploram “A judicialização da saúde no Brasil pelo viés do impacto federativo: a competência concorrente e comum na pandemia e o Programa Assistir-RS”. Discutem acerca de gestão estadual, municipal e hospitalar pelo Programa Assistir-RS, diante de seu potencial de judicializar questões relativas às dotações orçamentárias e prestações de serviços de saúde. O texto expõe questões sobre a judicialização da saúde no país e as ações dissonantes entre União e Estados no enfrentamento da pandemia.

Em seguida, no décimo terceiro artigo, “Necropolítica no Brasil: um olhar sobre os desastres ambientais e seus impactos na saúde humana”, a autora Emmanuelle de Araujo Malgarim reflete sobre a sociedade pós-colonial da realidade brasileira, diante da população vulnerável e por fim, conclui que a precariedade da saúde humana e os desastres ambientais podem estar relacionados a uma estratégia de “limpeza social”.

A autora Lara Ferreira Lorenzoni, no décimo quarto artigo, explora o “Estado de exceção epidemiológico e direito fundamental à saúde: entre ação e omissão nas políticas sanitárias

brasileiras de 1904 e 2020". Discute a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, com base no direito à saúde, analisando os fatores que levaram à Revolta da Vacina e a crise sanitária no Brasil, ação esta que que tomou proporções alarmantes diante das inações do governo federal.

No décimo quinto artigo, os autores Daniel Jacomelli Hudler e Alexandre Lagoa Locatelli apresentam o trabalho intitulado "Direito à Saúde: desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde". O objetivo do texto é averiguar a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Concluem que o sistema de saúde híbrido acaba por favorecer o lucro do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro, pois tal negativa é abusiva.

No décimo sexto artigo, a autora Fabiane Aparecida Soares da Silva Lucena apresenta o trabalho intitulado "Judicialização da Saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário". O objetivo da autora é identificar as consequências que a judicialização da saúde traz para o Estado e para a sociedade. Conclui, por fim, que este socorro é legítimo e atende aos princípios constitucionais, pois a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O autor Jarbas Paula de Souza Júnior, no décimo sétimo artigo, apresenta o trabalho intitulado "O capitalismo de vigilância e a medicina preditiva – dos benefícios dos riscos". Visa analisar a problemática da aplicação da inteligência artificial em relação a eventuais benefícios e riscos decorrentes da extração, armazenamento e processamento de dados através do Big Data. Identifica avanços em razão da capacidade de processamento de dados de saúde, dentre eles a formação de diagnósticos médicos precoces mais precisos.

No décimo oitavo artigo, as autoras Ana Maria Carvalho Castro Capucho e Viviany Yamaki apresentam o trabalho intitulado "O Direito Humano à Saúde da pessoa idosa e a pandemia de COVID-19". O objetivo é avaliar a (in)adequação do critério etário como condicionante para admissão em leitos de unidade de terapia intensiva. Nesse sentido, concluem que as normas de direitos humanos, políticas públicas e a democracia sanitária são fundamentais para combater o preconceito e a discriminação e para garantir a efetivação do direito humano à saúde da pessoa idosa, garantindo-lhe condições dignas e igualitárias.

O autor Tiago Miranda Soares, no décimo nono artigo, apresenta o trabalho intitulado "A dimensão biopolítica do poder de polícia administrativo: biopoder e vigilância sanitária em tempos de pandemia". Relaciona o poder de polícia administrativo exercido pela vigilância

sanitária com conceitos de biopoder, política médica e economia política, na busca de identificar como o Estado age perante a vida do indivíduos no contexto da pandemia COVID-19.

No vigésimo artigo, os autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão apresentam o trabalho intitulado "O Ministério Público na efetivação do Direito à Saúde". Visam tratar dos limites e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, principalmente no que tange ao direito de exigir em face da administração Pública prestações essenciais à proteção, garantia e recuperação da saúde.

Os mesmos autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão, no vigésimo primeiro artigo, apresentam o trabalho intitulado "Diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os primeiros trinta anos do Sistema Público de Saúde". Apresentam o conteúdo do direito fundamental à saúde, para amparo teórico aos operadores do direito envolvidos com as lides atinentes ao direito à saúde, tendo o seu titular a faculdade de opor em face do estado e do particular obrigações pertinentes à preservação e recuperação do completo bem-estar físico, mental e social.

No vigésimo segundo artigo, as autoras Eliana Lima Melo Rodrigues e Sandra Mara Maciel de Lima, apresentam o trabalho intitulado "A teoria da perda de uma chance na seara médica: uma análise sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro". O objetivo é analisar a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, concluindo que a oportunidade de obtenção de vantagem ou expectativa de não sofrer danos jamais poderão ser desprezadas pelo julgador, sob pena de injustiça.

E por fim, no vigésimo terceiro artigo, as autoras Edith Maria Barbosa Ramos, Laisse Lima Silva Costa e Rafaela Santos Lima apresentam o trabalho intitulado "O Sistema Único de Saúde no Brasil: trajetórias e desafios". O objetivo é analisar a criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, a inserção do direito à saúde na Constituição Federal, sua regulamentação e os desafios para a sua efetiva concretização.

Nesse peculiar momento histórico, no qual a humanidade enfrenta a pandemia COVID-19, percebe-se as fragilidades do sistema de público de saúde, a precariedade da colaboração entre os entes da federação em busca de soluções para evitar a propagação do vírus, assim como, que o trabalho de pesquisa dos/as autores/es acima mencionados representa o resultado das demandas sociais em matéria de direito e saúde.

Nas palavras de Assafim :

a missão do pesquisador é melhorar o mundo. Especialmente, obrigação de melhorar nosso país... Uma questão de combate à pobreza, a fome e a bem da defesa da saúde: pugna pela vida. Assim, por a pesquisa a serviço das grandes causas nacionais é uma obrigação inalienável de cada professor brasileiro.

Honradas em coordenar este primeiro GT de Direito e Saúde, na esperança de que a pandemia passe logo e possamos nos encontrar presencialmente.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Sandra Mara Maciel de Lima - Centro Universitário Curitiba

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - Fundação Getúlio Vargas

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM FENÔMENO LEGÍTIMO E AINDA NECESSÁRIO

JUDICIALIZATION OF HEALTH CARE: A LEGITIMATE AND STILL NECESSARY PHENOMENON

Fabiane Aparecida Soares Da Silva Lucena [1]

Resumo

A saúde enquanto garantia fundamental é um direito de todos e dever do Estado que por muitas vezes não consegue proporcionar as condições adequadas para a sua efetivação. Dessa forma, é comum a busca do judiciário para a obtenção de medicamentos, cirurgias e os mais variados tratamentos negados em via administrativa. Diante desse cenário o presente artigo visa analisar as consequências que o fenômeno da judicialização traz para o Estado quanto para a sociedade. Por meio da análise da legislação e bibliografia pertinentes, chegando-se à conclusão de que este socorro ao judiciário é legítimo e atende os princípios constitucionais.

Palavras-chave: Saúde, Judicialização, Dignidade da pessoa humana, Mínimo existencial. reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

Health as a fundamental guarantee is a right for all and a duty of the State, which often fails to provide adequate conditions for its effectiveness. Thus, it is common to seek the judiciary to obtain medicines, surgeries and a variety of treatments denied administratively. Given this scenario, this article aims to analyze the consequences that the judicialization phenomenon brings to the State and to society. Through the analysis of the relevant legislation and bibliography, the conclusion is reached that this help to the judiciary is legitimate and meets the constitutional principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key words, Health, Judicializatio, Dignity of the human person, Existential minimum, Reserve of the possible

[1] Advogada, mestranda em Direito na Universidade FUMEC, linha de pesquisa: Autonomia privada,regulação e estratégia. Especialista em Direito Administrativo pela UNIFEMM BUSINESS.

01. Introdução

A Constituição de 1988 foi sem dúvidas, um divisor de águas na positivação de diversos direitos no recente Estado Democrático de Direito Brasileiro, notadamente no que se refere aos Direitos e Garantias Fundamentais, e ainda que não exista e nem poderia existir, qualquer hierarquia entre estes, não se pode olvidar a relevância que o direito a saúde assume na vida de todos, pois este se torna essencial para o pleno gozo dos outros direitos, sobretudo o direito à vida propriamente dita.

Esta relevância se fez sedimentada no artigo 196 da Carta Magna vigente, postulando 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*".

Sabe-se, contudo, que a efetivação deste direito encontra sérios desafios, sobretudo porque o Estado possui recursos escassos para disponibilizar bens e serviços de ordem material e pessoal que se preze a garantir o acesso em termos quantitativos e qualitativos adequados para todos que necessitam de atendimento nos hospitais públicos.

Neste cenário, não são poucas as situações que o Estado, ainda que de maneira não proposital, não consegue disponibilizar o medicamento, a cirurgia, o tratamento, os exames, as internações e outras atendimentos médicos que se fizerem necessários para seus cidadãos. Diante desta negativa, é cada vez mais frequente o ingresso em via judicial com vistas a garantir o acesso à saúde.

Inicialmente, diante de uma análise rasa da possibilidade de ingresso judicial, pode-se afirmar que por ser a saúde um direito subjetivo, é legítimo valer-se da tutela judicial para ter seu direito individual satisfeito, mas qual a implicação e, sobretudo qual o custo para a sociedade desta demanda? O judiciário tem legitimidade para "forçar" o cumprimento de medidas que a Administração não foi capaz de realizar?

O presente trabalho tem como objetivo abordar esta problemática com vistas a compreender quais os fundamentos que legitimam o fenômeno da judicialização da saúde, tendo em pauta referenciais teóricos do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível além dos princípios aplicáveis ao sistema único de saúde (SUS).

Para tanto na próxima sessão será apresentado o conceito de saúde, sua relevância e objeto de proteção pelo Direito, passando a ser inclusive um direito fundamental bem

como a necessidade do Sistema Único de Saúde- SUS. A terceira sessão apresenta a perspectiva do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida.

A quarta sessão abordará de fato o que é a judicialização da saúde, buscando além de definir seu conceito, apresentar as conotações que envolvem os argumentos clássicos favoráveis ou não a busca pelo judiciário para o acesso à saúde. A quinta sessão traça os principais aspectos da separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário seguida da vinculação da observância do Estado do Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível para a conclusão.

2) Do direito à saúde enquanto conceito á relevância para a ciência jurídica

A premissa inicial para se estudar qualquer instituto ou direito perpassa a compreensão de seu conceito, aliado a análise do contexto histórico-social em que foi dada a sua concepção e por assim dizer relevância no âmbito jurídico, no que diz respeito ao direito de saúde, este,

> Reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas. O mesmo, aliás, pode ser dito das doenças. Aquilo que é considerado doença varia muito. (SCLIAR, 2007.p.28)

Neste contexto, é imperioso sintetizar de forma objetiva a definição de saúde, para grandes filósofos e pensadores, onde:

> Hipócrates, conhecido como "pai da medicina", já afirmava que "a saúde consistia no equilíbrio entre influências ambientais, formas de viver e vários componentes da natureza, numa clara percepção da inter-relação de corpo, mente e meio ambiente." Em parecida linha de raciocínio, Aristóteles fez um paralelo entre felicidade e saúde, relacionando a importância de uma boa saúde para a realização de uma vida feliz. Em época mais recente, mas em sentido similar, Sigmund Freud também defendeu em renomada obra que uma das fontes do sofrimento humano era a fragilidade de seus próprios corpos, concluindo também pela estreita simbiose entre corpo e mente. (MARTINS, 2008, p.72).

Coube à Organização Mundial de Saúde (OMS), organismo sanitário internacional integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), fundada em 1948, definir saúde como: "*Estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade*."[1]

Sob essa perspectiva, o direito pátrio no art. 196 da Constituição Federal 1988, definiu que "*a saúde é direito de todos e dever do Estado*", desta forma não restam dúvidas que todo e qualquer brasileiro, sem distinção, é titular deste direito, sendo que

[1] Definição que consta no preâmbulo da Constituição da OMS (1946).

esta universalidade de titularidade assume um duplo papel, já que a saúde é ao mesmo tempo um direito e dever, onde:

> Toda a sociedade torna-se credora/cliente do Estado, cobrando-lhe prestações positivas que permitam uma melhoria na qualidade de vida do proletariado. Direitos sociais e coletivos são consagrados constitucionalmente. Consolidam-se sistemas públicos de previdência e assistência sociais. A saúde pública, preventiva e repressiva, expande-se na ocasião. (CRUZ, 2001, p.220).

Mas a implementação deste direito pressupõe, invariavelmente, a existência de uma estrutura administrativa e financeira com competências próprias capazes de propiciar a execução deste direito que Estado brasileiro se consolida por meio do denominado *Sistema Único de Saúde* devidamente organizado por agências (instituições e empresas) e agentes (profissionais e trabalhadores de saúde) articulados para este fim.

A relevância do SUS o qualifica como uma Política de Estado já que não está ligado a um governo específico, mas sim "*uma nova formulação política e organizacional para o reordenamento dos serviços e ações de saúde estabelecida pela Constituição de 1988.*" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990, p.4).

Sendo assim como próprio nome sugere trata-se de um sistema único, ou seja, seus preceitos devem ser observados e aplicados em todo o território nacional sem exceção. Percebe-se assim que a ideologia do SUS está no mesmo sentido do artigo 5º da Constituição Federal, que consagrou a saúde como direito fundamental, uma vez que:

> Está vinculada a uma ideia central: todas as pessoas têm direito a saúde. Este direito está ligado à condição de cidadania. Não depende do "mérito" de pagar previdência social (seguro social meritocrático), nem de provar condição de pobreza (assistência do sistema de proteção), nem de poder aquisitivo (mercado capitalista), muito menos de caridade (filantropia). Com base na concepção de seguridade social, O SUS supõe uma sociedade solidária e democrática, movida por valores de igualdade e de equidade, sem discriminações ou privilégios" .(PAIN, 2015.p.28)

Calcado nestes ideais, o SUS foi instituído pela Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/90 que estabelece a estrutura e seu modelo operacional, propondo a sua forma de organização e de funcionamento que o defini como "*o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público*." [2]

Apesar do SUS não ser imune a críticas, já que ainda é preciso avançar em sua consolidação, ele foi um responsável por uma mudança de paradigma na saúde pública brasileira no que tange a disponibilidade de serviços públicos, já que antes de sua instituição:

---

[2]Art. 4º da Lei (Lei nº 8.080/90).

> A organização dos serviços de saúde, no Brasil era bastante confusa e complicada. Havia uma espécie de não sistema de saúde, com certa omissão do poder público. Prevalecia (...) uma concepção liberal de estado segundo o qual cabia a este a responsabilidade intervir apenas nas situações em que o indivíduo sozinho ou a iniciativa privada não fosse capaz de responder. (PAIM, 2015, p 29.)

Atento aos ditames constitucionais, entre os fundamentos e princípios do SUS extraídos de sua legislação pode-se destacar a universalidade, integralidade e equidade.

A universalidade é um princípio finalístico do sistema único de saúde brasileiro, pois significa que todos os brasileiros enquanto indivíduos, sem distinção, não apenas trabalhadores e pessoas vinculadas à previdência social muito menos aos carentes, são detentores do direito ao acesso a todos os serviços públicos de saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990, p.30).

Desta forma pode-se dizer que o SUS é um sistema inclusivo, avesso a qualquer discriminação seja de caráter social, econômico, político, de gênero, opção sexual ou de qualquer outra natureza.

O princípio da integralidade é extraído do próprio significado da palavra integridade já que esta indica soma totalidade, completude e, sobretudo plenitude. Sendo assim, a integralidade pode ser entendida "*como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema*". (PAIM, 2015, p. 56).

O princípio da equidade, por sua vez está associado ao equilíbrio e no caso do SUS refere-se às disparidades sociais e econômicas apresentadas em cada região do país, pois estas não podem servir de escusas para o não acesso à saúde. Significa, dessa forma, assegurar ações e serviços de todos os níveis de acordo com a complexidade que cada caso requeira, more o cidadão onde morar, sem privilégios e sem barreiras.

3) Direito à Vida e do Princípio a Dignidade da Pessoa Humana

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois, *"constitui-se em pré-requisito para a própria existência possibilitando assim o exercício de todos os demais direitos. Sendo importante destacar que a Constituição Federal, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina".*[3] (MORAES. 2000, p.61).

[3] O Código Civil de 2002 estabelece a preocupação com a vida uterina, em seu art. 2º: "*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".*

Por essa razão a Constituição proclama o direito a vida em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra tal nem mesmo há o poder de emendar, sendo desta forma assegurado para todos, a sua inviolabilidade conforme disposto no artigo 5º, caput.

Se no plano da biologia, a vida é aquela ligada a uma condição na qual um determinado organismo seja capaz de manter suas funções de modo contínuo, como metabolismo, crescimento, reação a estímulos provindos do ambiente entre outras questões, no ordenamento jurídico a vida assume o papel de direito e garantia fundamental, basilar e sua proteção não pode ser pautada unicamente sob a ótica biológica. (FERNANDES, 2012, p. 360).

Não se pode olvidar desta forma, da magnitude do direito a vida, pois este é condicionador de todos os demais direitos, pois "*desde a concepção até a morte natural, o homem tem direito a existência, não biológica como também moral*". (KILDARE, 2009, p.738).

Sendo assim, não obstante a proteção da vida uterina, o direito a vida é tido como um direito inviolável devendo ser objeto de proteção na sua integralidade, "*contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto 'erga omnes', por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer*", (DINIZ, 2002, p. 21), inclusive e principalmente, o próprio Estado.

Tem-se desta maneira, que a vida é um bem jurídico de tal grandeza, enquanto direito e garantia fundamental básica, deve o Estado assegurá-lo em sua dupla acepção: o direito da vida em si mesma (o direito de estar e continuar vivo) e o direito à vida digna (com condições mínimas de existência).

O próprio exame das terminologias *"*dignidade" e "humano*"* apesar de muito simplistas, diante da complexidade do Princípio essencial da Dignidade da Pessoa Humana, contribuem para, ao menos inicialmente, assimilar o sentido que tal mandamento avoca nos diversos ordenamentos jurídicos, como no caso do Brasil que o tem como fundamento da sua República Federativa.

Nesta seara tem-se que a dignidade propriamente dita pode ser entendida entre outros termos como decência, hombridade e excelência, já o vocábulo humano, por sua vez, além de significar pessoa, indivíduo ou sujeito, pode ainda ser empregado como adjetivos que se espera deste humano à exemplo de bondoso e humanitário.

Já no ordenamento jurídico, a dignidade ganha contorno de destaque, pois assume o papel de alicerce, ou seja, é um valor que o instrui o sustenta já que a "*ideia de dignidade*

da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais". Sendo certo que o Estado dito como Democrático de Direito deve ser "*estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*". (BINENBOJM, 2008, p. 50).

A este propósito, a dignidade da pessoa humana é o objetivo máximo do Estado brasileiro. Isso significa que o ser humano prevalece em relação aos bens materiais, que o Estado deve se abster de iniciativas que prejudiquem o indivíduo, bem como deve tomar medidas que busquem a concretização do seu bem estar. A dignidade da pessoa humana constitui óbice para as condutas abusivas do Estado, bem como importa na obrigação de que este crie mecanismos para a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que:

> Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p.60).

Aplicando este entendimento, à discussão central deste artigo, pode-se afirmar que oferecer um serviço de saúde que não seja inclusivo, ou que, não consiga suficientemente adequar-se para atender minimamente a todos, faz com que o Estado não se preste a concretizar o seu preceito máximo da Dignidade da Pessoa Humana. É fácil perceber, por exemplo, que ter negado ou adiado para um futuro incerto uma cirurgia ou um medicamento que pode salvar a vida de um indivíduo que está debilitado, não atende a um ideal de vida digna.

Contudo, há que se reconhecer que se torna cada vez mais difícil garantir, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, a tutela efetiva do direito à saúde, visto que tal direito é ofertado em um contexto social que nas palavras de "*excessivamente injusto e desproporcional na alocação de recursos constitui uma forma de garantir às populações carentes a otimização desse mandamento essencial*." (COSTA, MOTTA e ARAÙJO, 2017.p. 846).

Entende-se assim que a saúde deve ser o direito fundamental elementar entre outros direitos fundamentais, pois este é um direito humano essencial, já que a saúde é a garantia da vida; sem a saúde o ser humano não se integraliza enquanto ser em dignidade. (CANOTILHO. 1998 p. 78).

Logo a existência digna, está intimamente ligada à prestação de recursos materiais tidos como essenciais, como no caso do direito à saúde, devendo ser analisada a problemática das buscas constantes pelo judiciário para consumação do seu acesso em razão da omissão ou precariedade na via administrativa.

3)Judicialização: conceito, justificativas e implicações

Por ser a saúde um direito consagrado pelo texto constitucional, como uma garantia fundamental, automaticamente este assume a prerrogativa consoante ao dispositivo do art. 5º, § 1º,[4] da Constituição da República, que estabelece que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nasce, pois, mediante o reconhecimento desta força normativa, o dever por parte do Estado de assegurar o gozo deste direito, que, consequentemente, quando negligenciado em via administrativa, pode ser exigido em via judicial, surgindo assim o que a doutrina chama de "judicialização".

Mas se esta intervenção da esfera judicial, for excessiva, pode gerar consequências para a prestação deste direito a serem suportados por toda a coletividade, uma vez que que o "*, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade*", tornando-se primordial a apreciação da Separação dos Poderes. (BARROSO, 2008, p.3)

A judicialização pode ser entendida como uma espécie de "*intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde*". (BARROSO, 2008, p.3.)

Tal determinação ocorre, porque segundo o Ministro:

> Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisa ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de

[4] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

> direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático. (BARROSO, 2008, p.3).

Desta forma, com a ascensão da democracia, sendo a saúde considerado um direito para o cidadão, o Poder Judiciário passa, então, a participar da configuração dos assuntos públicos, já amplamente discutidos e resolvidos no âmbito do Executivo e Legislativo.

Com este novo papel, o judiciário acaba criando a ideia de que "*a lei não é mais o único instrumento útil para a regulação do sistema social da saúde no país, embora seja um instrumento insubstituível e indispensável para assegurar, em sociedades pluralistas e complexas um dos valores fundamentais do direito: a segurança jurídica*." (BARROSO, 2008. p.3)

Contudo é importante destacar que a ação do judiciário nestes moldes, tem suas consequências, pois um dos problemas inevitável a se enfrentar quando se reflete sobre a concretização da saúde é que, enquanto direito social, de natureza de direito positivo, e se liga à disponibilidade de recursos daqueles que são obrigados a prestá-los. Assim, ainda que garantidores de mínima dignidade podem gerar enormes efeitos financeiros ao Estado, uma vez que muitas as pessoas que de tal direito necessitam. (ALEXY, 2006, p. 2015).

A este despeito Solange Rodrigues (2012, p.205), também entende que a prestativa a ser efetivada implicará gastos e, "*sabendo que a efetivação de direitos pressupõe a utilização de recursos financeiros do governo, certamente a distribuição concreta de todos eles implicará a escassez das verbas disponíveis*." Sendo que para autora, atribui a criação das chamadas "teoria da reserva do possível" e "teoria do mínimo vital", exatamente para resolver tal problemática, já que respectivamente servem para *"resguardar o Estado do esgotamento de sua renda*" e outro, assegurar ao menos a realização, ainda que superficial, dos direitos.

Mas mesmo diante de tal efeito não pode ser afastada o preceito de que:

> A saúde é um direito fundamental corolário da dignidade humana, cuja interpretação deve ser sistemático-integrativo-democrática, de modo a proporcionar a inclusão e integral proteção da pessoa humana. A implicação prática e social do debate científico proposto é evidenciada no sentido de demonstrar que atualmente o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de critérios hermenêuticos para limitar e restringir a efetivação do direito fundamental à saúde, especialmente no que se refere ao acesso aos medicamentos de alto custo. (COSTA, MOTTA E ARAÚJO. 2017 p. 847).

Entretanto, é forçoso ressaltar que, para, a atuação do Judiciário possa ser considerada legítima esta não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, deve sempre atuar para preservar um direito fundamental previsto na

Constituição. Portanto, não basta o argumento da separação dos Poderes por parte da Administração Pública para afastar o Poder Judiciário garantia de direitos constitucionais, pois o juiz na apreciação e julgamento deverá,

> Deve agir em observância aos princípios consagrados na Carta Magna, ter uma maior atuação na sociedade, garantindo, ante a omissão do Estado, maior prestatividade das políticas públicas, especialmente as voltadas à área da saúde e não se limitar apenas à reparação dos danos proveniente de uma política equivocada ou mal planejada, incluindo a revisão das mesmas ou a edição de normas ou atos administrativos equivalentes. (BARROSO, 2008, p.4).

Vale dizer, por fim o se que se almeja é o acesso concreto ao direito da saúde, quer seja como fundamento na liberdade, seja como fulcro na dignidade humana. Ainda que para tanto resulte do uso da prerrogativa de o Poder Judiciário para concretizar a esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das Políticas Públicas implementadas pelo Poder Executivo e Pelo Poder Legislativo, já que:

> (...) a eficácia do Direito à Saúde, sobretudo vista do prisma da prestação jurisdicional, depende da observância das políticas sociais e econômicas propostas pela Constituição Federal, regulamentadas infra constitucionalmente, em consonância com diversos outros balizadores p ostos à disposição do julgador, uma vez que a oportunidade do gozo do direito à saúde deve estar à disposição de todos e não somente pronta a atender aqueles que buscam o direito perante os tribunais. (BARROSO, 2008, p.5).

Muitas são as causas para a busca constante pelo Judiciário para ter de fato acesso a diversos direitos fundamentais, de forma laica, sem nenhum olhar jurídico, pode-se especular que tal fato se deve em razão da falta de credibilidade da política Brasileira, bem como a perpetuação da mídia de situação caótica de entre outros serviços, a saúde pública, onde frequentemente veiculam-se reportagens de pessoas em situações sem nenhum resquício de dignidade (sendo, por exemplo, atendidas no chão ou aguardando até a morte por atendimento).

Já por uma análise mais técnica, pode-se sintetizar que são três as principais causas: A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988; a segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e a terceira e última causa da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2008, p 5).

Estas são as causas que levam ou permitem a busca do judiciário, não obstante serem autênticos exercícios de cidadania, não estão isentas de acarretarem riscos, para a legitimidade da própria democracia e da politização do direito.

Para Barroso (2008, p.6) , o primeiro risco se consolida pelo fato de que os juízes, desembargadores e ministros não serem agentes políticos, uma vez que não são eleitos pelo povo, já que ainda segundo o Ministro " *a importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo*".

O segundo risco, por sua vez se dá porque Direito é sinônimo de política, pois se assim o fosse estaria se submetendo a noção do que é correto e justo á vontade de quem detém o poder, sendo que para Barroso "*o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica*." para Barroso (2008, p.6).

Contudo apesar dos riscos apontados a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco, pois a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático dá-se a favor e não contra a democracia. (BINENBOJM,2004, p. 246).

4) Separação dos Poderes Frente a Judicialização

Pode-se dizer que separação dos poderes teve como primeiras inspirações, o pensamento de Aristóteles, que há seu tempo já percebia a necessidade de fragmentar as funções da polis, para sua melhor gestão, principalmente dividindo um setor para a administração do governo e outro para a resolução dos conflitos oriundos da vida em sociedade. (FERNANDES, 2012. p. 291).

Contudo, da separação dos poderes, foi sem dúvidas, aperfeiçoada por Montesquieu, que fez nascer a chamada Teoria dos Freios e Contrapesos, conhecida como "*Checks And Balances*", que permitiu a criação de funções estatais que apesar de interconectada mantivessem sua autonomia e independência inerentes a sua finalidade: *Executivo, Legislativo e Judiciário*.(FERNANDES, p. 291-292).

No direito brasileiro, o princípio da separação dos poderes é um preceito constitucional, disposto logo no título inaugural da carta, que preceitua: *São Poderes da*

União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.[5] *A manutenção desta separação é protegida mais adiante pelo artigo* 60, §4°, III.[6]

Diante desta separação dos poderes, cada fração do poder recebeu uma função típica que lhe é inerente à sua própria natureza, que é a predominante do órgão, além de outras duas funções atípicas relacionadas com a natureza típica dos outros órgãos.

Sendo assim a função típica de cada poder se resume em: Executivo governar, gerir o orçamento público na execução de obras e serviços de interesse geral, mormente no que concerne às políticas públicas; Legislativo transformar as normas de organização da sociedade em textos de vinculação obrigatória, emanados do anseio social e pelo Judiciário o papel de agir como árbitro, analisando e interpretando situações alegadas mediante provocação. (LENZA, 2010. p. 398- 400).

Diante destas funções percebe-se que originalmente não cabe ao Judiciário definir a gestão das políticas públicas, pois tal função é a essência do Executivo Legislativo.

O fato é que não se pode considerar equivocada a busca, por intermédio do Judiciário, de satisfação de interesses que se encontrem em situação de ameaça ou lesão, haja vista que diante das inanição institucionais dos poderes, abre-se espaço para uma sucessiva substituição funcional que, por último, legítima o Judiciário a, diante do vazio político, ocupar espaço no cenário constitucional, impondo os ditames da Lei Maior. (ROCHA, 2009. p.177.) Pode-se dizer que:

> Nesse ponto, deve-se ponderar que a margem de atuação do Judiciário não pode ser considerada como ampla e irrestrita, mesmo diante da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, porquanto isso implicaria, também, violação à separação das competências atribuídas aos órgãos representativos do poder. Deve-se priorizar a via administrativa para obtenção da prestação de saúde necessária, mas, caso tal caminho se revele insuficiente, as ações judiciais não podem ser excluídas do rol de mecanismos secundários para satisfação do direito violado. (CARVALHO, 2008. p.141).

Para tanto, Daniele Scetto ressalta que, é preciso fazer ponderações e escolhas à luz das colisões de direitos e de princípios. Assim, a teoria dos princípios, à qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, sustentada por Ronald Dworkin (1977) e posteriormente, por Robert Alexy (1997) é bastante utilizada no âmbito do Direito no Brasil quando o assunto é a judicialização da saúde. (SCETTO, 2014.p.84).

Por outro lado aqueles que se opõe ao fenômeno da judicialização dizem que as decisões do judiciário obrigando a realização de tratamentos ou procedimentos cirúrgicos,

---

[5] Art. 2º da Constituição Federal.

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

por exemplo, é uma clara "*interferência de juízes e tribunais nas deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas*".

Os mais críticos suscitam ainda que a decisão sobre a alocação de recursos públicos é uma decisão política e o Poder Judiciário não estaria apto e nem capacitado a intervir em questões eminentemente políticas. Seus argumentos consistem em que um Poder não pode delegar ao outro o exercício de qualquer das suas funções, e a função típica de um dos órgãos somente poderá ser exercida pelo outro quando houver previsão normativa expressa a autorizar tal conduta.

Mas tal crítica de acordo com o desenvolvimento do presente trabalho, não se sustenta uma vez que "em se tratando da saúde, a intervenção do Judiciário é autorizada com base no sistema de freios e contrapesos, de modo a corrigir a atuação equivocada do Executivo em relação às políticas públicas".

Aplicando-se nessa controvérsia o posicionamento de José Afonso da Silva (2005, p. 110-111), sobre esse sistema de freios e contrapesos:

> Tal princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em 'colaboração de poderes' [...]. A 'harmonia entre os poderes' verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de 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 e especialmente dos governados.

Sendo assim, percebe-se na verdade uma ampliação das atividades do Estado, fazendo nascer uma nova visão sobre a relação entre os poderes e uma nova forma de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo, e destes com o Judiciário, prevalecendo o discurso da colaboração entre os poderes para melhor harmonia do Estado.

Neste sentido, corroborando com este pensamento, Perlingeiro (2013) defende que o Poder Judiciário não extrapola suas funções institucionais ao atuar sobre as políticas de saúde, já que estas são sujeitas a normas e ações administrativas, uma vez que tal direito é considerado um direito fundamental e deve ser assegurado da melhor forma possível, já que para ele:

> A judicialização das políticas de saúde não excepciona o princípio da tripartição de poderes, sendo dever do Judiciário proteger os direitos subjetivos, exercendo jurisdição plena sobre a Administração Pública,

> inclusive mediante o controle de suas faculdades discricionárias, ainda que de conteúdo científico (PERLINGEIRO, 2013, p.200).

Por fim, há que pese o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 deixar bem claro que a garantia do direito à saúde deve ocorrer por meio de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais, ao Judiciário compete intervir sempre que um direito fundamental estiver sendo descumprido, especialmente quando se tratar do mínimo existencial de qualquer pessoa.

5) Da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial

O gênesis do que hoje a doutrina intitula de *Reserva do Possível*, foi o julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, na decisão conhecida como *Numerus Clausus (número restrito)*, onde foi apreciada em 18 de julho de 1972, a demanda proposta por estudantes que devido a limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960, não haviam sido admitidos nas escolas de Medicina de Hamburgo e Munique.

O relevante na apreciação deste caso foi sem dúvidas a fundamentação construída pela Corte Alemã, onde entendeu que o fato de que o indivíduo possa exigir da sociedade o aumento do número de vagas em universidades, encontra claramente limitações de ordem econômica, já que pode comprometer a plena efetivação dos direitos sociais. Desta forma a decisão foi de "*que não seria razoável obrigar o Estado a disponibilizar o acesso a todos que pretendem cursar medicina, eis que esta exigência estaria acima de um limite social básico".* (SOUZA, 2013, p. 206).

Se de um lado a Alemanha ao originar a Teoria Reserva do Possível, não ponderou apenas questões financeiras, pois entendeu que, ainda que o Estado tenha recursos suficientes, este não pode ser compelido a prestar algo que não lhe seja razoável. No Brasil a realidade é bem distinta, pois a aplicação desta teoria se revela por meio de uma interpretação instruída sob a égide do viés econômico, ou seja, o limite para concretização dos direitos sociais é quase que unicamente baseado na existência ou na falta, de recursos financeiros e materiais de qual o Estado tem disposição.

Tal interpretação pode ser constatada mediante leitura do conceito adotado pela doutrina de que:

> [...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e, em última análise, da sociedade, já

> que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (BARCELLOS, 2001, p.260).

Nesta conjuntura, um exemplo desta conotação econômica é que a garantia de um direito fundamental da saúde, por exemplo, daquele cidadão que procurou a justiça para assegurar o seu direito em detrimento de uma maioria, através da implementação de políticas públicas, é avaliada, por questionamentos dos tais:

> Os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais são os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, por exemplo)? Quem consegue primeiro a liminar? Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação e não outra. (AMARAL, 2001, p.37).

Desta forma a escassez de recursos, segue servindo de sustentação para que a reserva do possível se figure como principal justificativa limitadora à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais, notadamente a saúde.

Isto ocorre porque existe no ordenamento jurídico a obrigatoriedade de previsão orçamentária[7] para a realização de despesas públicas, cuja sua necessidade e importância dispensam comentários. Contudo é preciso que se esclareça que esta força vinculativa é destinada para a Administração Pública, leiam-se o gestor público (poder executivo).

Significa dizer que o juiz pode deixar de aplicar o princípio da Reserva do Possível em detrimento de materialização de outro princípio constitucional, desde que com a escolha devidamente fundamentada, valendo-se, por exemplo, de uma ponderação de valores, proposta por Robert Alexy.[8]

Não se pode, contudo deixar de atribuir relevância ao ideal proposto pelo Mínimo Existencial, pois é legítima e prudente a preocupação do constituinte em planejar todas as despesas a serem realizadas pela Administração Pública, atingindo-se assim maior controle, e, por conseguinte a finalidade propriamente dita da administração.

Mas é igualmente legítimo ao Poder Judiciário determinar ao Poder Público que cumpra determinada despesa, não prevista no orçamento, em nome de um direito também

---

[7]A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma 28 categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

[8]Assim, o caminho necessário para a solução dos conflitos entre princípios é a ponderação. "Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação." (ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 64).

constitucional, pois como bem pontua Alexy, quando se está diante de colisão de duas normas é imprescindível a ponderação dos princípios para a tomada da melhor decisão.

Nesse raciocínio, vale destacar a importante decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, que assim entendeu:

> (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Tal decisão é um exemplo claro de que o exercício dos Direitos na prática assumem um papel dinâmico, que inevitavelmente não sanados no âmbito administrativo ou na seara privada, se transformando em casos concretos levados a apreciação do judiciário, que por muitas vezes terá que enfrentar um conflito de normas.

No caso a Pet. 1.246-SC, as normas conflitantes são previsão orçamentária e direito fundamental, nota-se que ambas estão no mesmo plano hierárquico,[9] cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária enaltecendo assim, que o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que primordial e pertinente para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal.

Isto porque "em quaisquer tempos e países regidos pelo Estado Democrático de Direito, o orçamento público tem por finalidade central o esforço de assegurar a concretização dos direitos fundamentais no bojo da sociedade a que se refere. (COMPARATO E PINTO, 2017)".

Outro pilar aplicável é o *Mínimo Existencial* que a exemplo da Reserva do possível foi igualmente concebida pela jurisprudência Alemã, em 1954, desta vez pelo Tribunal Administrativo Federal[10], que reconheceu como direito subjetivo, fundado na dignidade humana, o auxílio material do Estado para a existência do indivíduo carente.

Com este precedente o mínimo existencial deve ser compreendido a luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois como assegura Daniel Sarmento, (2000, p.71), o Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a

---

[9]No direito interno as soluções para as antinomias de direito interno são: o critério hierárquico e cronológico e de especialidade, entre outros autores, Maria Berenice. (DINIZ, 1998, p. 34-40).

[10] Decisão do caso BVerwGE 1, 159 (Bundesverwaltungsgericht).

dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

O cuidado em reconhecer que a prestação de certos direitos subjetivos, em especial os sociais, estão ligados a um mínimo existencial se deve ao fato de que toda pessoa precisa de um mínimo para viver, sem os quais sua vida está ameaçada, abrangendo as prestações básicas e vitais como alimentação, vestuário, moradia e saúde.

Sendo assim, dado o seu caráter vital, "*o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento".* (TORRES, 2009, p.84.).

Esta não submissão a ponderações se deve porque todo direito fundamental é um direito subjetivo sendo, portanto arguível no poder judiciário quando ignorado por seu destinatário, seja ele o Estado ou o particular. E como a priori o único direito fundamental social definitivo é o mínimo existencial, goza de exigência imediata.

Isso porque, a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos, cujo núcleo essencial deve ser garantido judicialmente, se faz indispensável para que se alcance grau elementar de dignidade humana, à qual todo indivíduo tem direito pelo simples fato de ser um indivíduo e não um objeto, como dito.

Vale dizer que o prestígio do mínimo existencial desprende á liberdade e não propriamente a justiça, pois em observância do mínimo necessário à existência "*cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. Relaciona-se também com a felicidade do homem, no sentido de desfrutar de uma boa qualidade de vida*". (TORRES, 1989, p.29).

Ressalva-se, que os direitos fundamentais e o mínimo existencial recebem maior extensão nos países em desenvolvimento, frente à carência de condições de autodeterminação dos indivíduos. Contudo a aplicação imediata ou por meio do judiciário deve ser vista com cautela, pois "*ao mesmo tempo em que o mínimo existencial não pode ser muito pouco, não pode ser demai*s." (TORRES, 1989, p.29).

Sendo assim para que tal objetivo seja alcançado, o mínimo existencial deve ser construído no seio do processo democrático, observando todas as suas premissas, a saber, o devido processo legal a separação e interdependência dos poderes e do federalismo, para que todas as esferas possam aperfeiçoar e propiciar a garantia do mínimo.

5) Considerações finais

Diante do estudo proposto, pode-se concluir que é pacífico que o Direito à Saúde é um direito e garantia fundamental, que como os demais direitos sociais, são materializados por meio de prestação do Estado, sobretudo por meio de execução de políticas públicas o que demanda recursos muitas vezes escassos, mas por outras vezes administrado de maneira pouco eficiente.

No entanto, não se pode olvidar que tais argumentos não podem ser suficientes aceitos, de forma a se permitir que o indivíduo e a própria sociedade arquem com tais deficiências do Estado, sendo que apesar da preocupação dispensada pelo aumento considerável nos números de processos judiciais, a judicialização se mostra legítima, uma vez que clama nada mais pelo acesso nos termos e princípios que se propõe o Sistema Único de Saúde – SUS, notadamente: universalidade, integralidade e equidade.

Não é demais mencionar que esta inafastável apreciação do Judiciário deve empregar a ponderação de valores como instrumento hábil à elucidação da demanda, analisando o caso concreto para identificar se há ou não omissão do Poder Público ou se a reserva do possível está sendo argüida tão-somente de forma evasiva, sem comprovação.

É importante se ter em mente que quem litiga com o Estado em tal demanda, o faz com desconforto, pois de um lado precisa "brigar" por ter um direito que pela Constituição dispensaria tal medida e por outro lado tem a certeza de que está travando uma batalha de tempo para com a própria vida, pois ainda que existam nestes casos a antecipação da tutela, corre-se sempre o risco da morosidade do judiciário impedir o acesso à saúde mesmo com decisão que lhe seja favorável.

Por fim, ressalta-se que o Direito, enquanto ciência jurídica tem por sua natureza o propósito de alterar a realidade, ou quiçá se alterar diante da realidade social, sendo assim não faria sentido algum, muito menos seria de utilidade para sociedade que normas baseando-se na justificativa da impossibilidade de angariar recursos tenha como finalidade impedir a mudança social a ser promovida pela aplicação do Direito.

Sendo assim as premissas da judicialização, se fazem necessárias, visto que o Direito à saúde sofreu ao longo dos anos desde a Reforma Sanitarista, uma notável evolução, mas é preciso avançar ainda mais, e tal avanço impõe equilíbrio, prudência e, sobretudo responsabilidades mútuas entre os três Poderes, na incansável busca pela realização do fundamento basilar do Estado Democrático de Direito instituído pela

Constituição Cidadã de 1988: a dignidade da pessoa humana, a que pese dizer, aplicação é inegociável, sob pena de se configurar um verdadeiro retrocesso social.

6) REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO. Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.*2007. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf. Acesso em 20.04.2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL MINISTÉRIO DA SAÚDE Brasil. *SUS princípios e conquistas* Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf.> . 2000. Acesso em 05 de agosto de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 01 de agosto. 2021.

_____, Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2021.

CANOTILHO, Gomes JJ .*Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra, Portugal: Livraria Almedina - 2a Ed. - p. 380, 1998

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional.* 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO Leonardo Arquimimo e CARVALHO Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. Revista de Direito Social. Ano VIII. N. 32. São Paulo: Notadez, out.-dez. 2008.

COMPARATO Fábio, TORRES Heleno Taveira.,PINTO E SARLET. Ingo Wolfgang *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis.* 2016. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>. Acesso em 02 de agosto de 2021.

COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. *Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo*. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 844-874.

CRUZ, Álvaro de Souza. *Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: CRUZ, Álvaro de Souza. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 195-248.

de. *Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas.* Revista de Direito Social. Ano VIII. N. 32. São Paulo: Notadez, out.-dez. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. *direitos humanos nas constituições brasileiras*. Passo Fundo: UPF, 2003. Livro eletrônico

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Salvador: *Jus* Podivm, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS Flávio Bahia. *O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo.2008. Rio de Janeiro. Dissertação disponível em* < http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp077034.pdf>. Acesso 20.05.2008.

MOACYR SCLIAR Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013. Lucas Daniel Ferreira de Souza.

MORAES, *Alexandre de. Direito Constitucional.* 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

PAIN. Jailson Silva e outros. *O Que É o SUS: e-book interativo.* Ed. Fiocruz. Rio de Janeiro.2015.

PERLINGEIRO. Ricardo. *A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil.* Revista Direito, Estado e Sociedade n.41 p. 184 a 203 jul/dez2012.

ROCHA, Luiz Alberto G.S. *Novo0 perfil do Judiciário brasileiro.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 17. N. 67. Abr.-jun. 2009.

RODRIGUES. Solange Rebeca. .*Judicialização: Possível Caminho á Efetivação do Direito à Saúde no Brasil.* 2012. Disponível em <http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Judicializacao_possivel_caminho.pdf.. Acesso em 29 de maio de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. Positivo. São Paulo: RT, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989. p. 29.