

# **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**EDINILSON DONISETE MACHADO**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

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

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

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

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

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

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

#### **Representante Discente - FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

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

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

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

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

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES - Rio Grande do Sul)  
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

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

#### **Comunicação:**

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

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

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

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

---

D597

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

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-169-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

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

---

#### **Apresentação**

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda 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, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 25 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: a dignidade da pessoa humana como ponto de partida e ponto de chegada dos direitos fundamentais na perspectiva de Gregorio Peces-barba; a liberdade de expressão nas constituições brasileiras: análise da democracia enquanto sociedade aberta; da liberdade de expressão e fake news; o direito a liberdade religiosa e sua densificação na sociedade moderna; a laicidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54: contribuições de Ronald Dworkin à interpretação do supremo tribunal federal; o discurso de ódio, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade frente aos limites da liberdade de expressão; o acesso a internet como direito fundamental durante a pandemia de covid 19: um estudo do cenário brasileiro; privacidade e covid-19: proteção do corpo eletrônico da pessoa, sob a ótica de Stefano Rodotà; preservação e promoção de direitos fundamentais em tempos de covid-19, na perspectiva de democracia de Amartya Sen; covid19: entre a governança por números e o princípio da solidariedade como política constitucional para a superação da crise; covid-19 e princípios e direitos fundamentais: reflexos da constituição federal do brasil; racismo e covid-19: uma análise acerca da correlação entre a pandemia e o princípio da igualdade; relativismo jurídico e ativismo judicial na concessão de medicamentos para pessoas carentes; pandemia e e-learning: o direito à educação e os desafios da desigualdade digital; relativização dos

direitos das crianças e dos adolescentes às crianças indígenas ; benefício de prestação continuada (bpc) para os brasileiros em condição de miserabilidade: uma questão de alteridade; a judicialização à saúde como garantia do direito fundamental: uma análise da cobertura dos medicamentos de alto custo pelo sistema único de saúde; o direito fundamental à eficiência e à razoável duração do processo administrativo: titulação das terras quilombolas ; mulheres encarceradas: um olhar filosófico sobre a classe social, a raça e o gênero da justiça; a liberdade artística e o dever de não discriminação em virtude de orientação sexual sob a perspectiva da constituição de 1988 a partir da análise de um caso concreto; combate à ideologia de gênero como expressão lgbtfóbica: o abuso do direito à liberdade de expressão no contexto brasileiro; o auxílio moradia concedido aos membros da magistratura: uma abordagem a partir do princípio da igualdade; judicialização da saúde: os impactos econômicos nos âmbitos público e privado; direito econômico e a retomada da econômica pós covid-19; o estado de coisas inconstitucional dos estabelecimentos prisionais e a pandemia do covid-19.

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 2020.

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.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**A JUDICIALIZAÇÃO À SAÚDE COMO GARANTIA DO DIREITO  
FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA COBERTURA DOS MEDICAMENTOS DE  
ALTO CUSTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

**THE JUDICIALIZATION OF HEALTH AS GUARANTEE OF FUNDAMENTAL  
LAW: AN ANALYSIS OF THE COVERAGE OF HIGH COST MEDICINES BY THE  
SINGLE HEALTH SYSTEM**

**Verônica Lemos Duarte <sup>1</sup>**

**Resumo**

O objetivo geral do artigo é estudar a efetivação do direito fundamental à saúde. Dessa forma, o artigo visa dar resposta à seguinte indagação quais os entraves para solucionar a garantia da saúde? será que a via judicial é a melhor forma para resolver essa questão. Com isto, para responder a pesquisa, será realizado um estudo qualitativo por meio de revisão de doutrinas e leis, análise da cobertura dos medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Utilizou-se o método dedutivo. Resultados aumento de demanda do Poder Judiciário ao acesso a tratamento medicamentoso de alto custo.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde, Direito de personalidade, Dignidade da pessoa humana, Judicialização

**Abstract/Resumen/Résumé**

The general objective of the article is to study the realization of the fundamental right to health. Thus, the article aims to answer the following question: what are the obstacles to solving the health guarantee? is the judicial way the best way to resolve this issue. With this, in order to answer the research, a qualitative study will be carried out through the review of doctrines and laws, analysis of the coverage of high-cost drugs by the Unified Health System (SUS). The deductive method was used. Results Increased demand from the Judiciary to access high-cost drug treatment.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental right to health, Personality right, Dignity of human person, Judicialization, Cheers

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito (UCSAL), Especialista em Direito Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, Graduada em Direito(UCSAL)

## 1 INTRODUÇÃO

Teoricamente a judicialização tem por base resolver conflitos relacionados a grande repercussão política ou social através do Poder Judiciário. Porém, quais os entraves para solucionar essas questões? será que a via judicial é a melhor forma para resolver essas perquirições?

A relevância do tema acima exposto é a saúde como direito fundamental à vida, pois, a saúde prescinde a vida é o que justifica a presente pesquisa. Deste modo, o objetivo geral desse estudo é verificar, através da bibliografia especializada e jurisprudência, a efetividade do acesso à saúde. Como objetivos específicos têm-se: descrever à saúde como direito fundamental; entender como se dar o acesso à saúde; identificar soluções no Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde.

A saúde segundo o princípio da universalização artigo 196 da CRFB/1988, todos tem direito, ainda que seja estrangeiro, desde que esteja no Brasil. O direito à saúde constitui como a essencialidade do indivíduo. O poder público tem a responsabilidade ética e legal de garantir esse direito e dar acesso a coletividade aos serviços de atenção à saúde.

Além disso, é inegável deixar de lembrar dos princípios doutrinários do Sistema de Saúde Brasileiro – igualdade, universalidade e integralidade, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e instituídos de fato após a promulgação da Lei 8.080/90.

Concedida à concentração de verificar os direitos e garantias insertos na Carta Magna/1988, no que concerne aos direitos e garantias fundamentais especificamente o direito à saúde e a garantia do princípio da universalização, além de outros princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) em harmonia ao princípio igualdade e da dignidade da pessoa humana, como forma de garantir esse direito na otimização dos resultados e melhor satisfação dos interesses da coletividade.

Ademais, sabe-se que a população está crescendo e envelhecendo, cada vez mais, e é necessário equilibrar a questão do custo benefício com a saúde, a necessidade de planejar com a caracterização de atingir o objetivo com eficiência, de modo que a coletividade tenha um atendimento adequado de acordo com a sua necessidade.

A partir do entendimento que nos próximos anos, os recursos financeiros tendem a ficar escassos, há uma perspectiva de uma grandeza diretamente proporcional a demanda populacional x recursos para saúde. Enquanto não houver solução efetiva para esta situação o

que nos resta é recorrer ao Poder Judiciário de forma individual ou coletiva, como forma de efetivar um cumprimento da obrigação estatal que seria do Poder Executivo.

À vista disso, os pacientes que são impossibilitados de efetivar um tratamento específico para tratar de determinada enfermidade, ver-se o favorecimento através das vias judiciais, em detrimento disso a solução do Poder Judiciário vem como uma alternativa para sanar essa questão.

Uma das peculiaridades que adverte são os obstáculos, muitas vezes encontrado pelo judiciário e, até mesmo por profissionais da área da saúde, em definir e esclarecer alguns termos específicos da área, principalmente em relação a medicamentos que são de alto custo para o Estado.

Desse modo, a atribuição que seria do Poder Executivo no cumprimento da Lei, expressa a crescente demanda judicial por serviços de saúde, a qual ocasiona, o fenômeno: judicialização à saúde. O método utilizado foi o argumentativo dedutivo e a pesquisa exploratória através da análise de obras, legislação e jurisprudência.

Nesse diapasão, o trabalho apresenta-se dividido em três partes: a saúde como direito fundamental na CRFB/1988, a judicialização como instrumento de garantia da saúde, a necessária cobertura dos medicamentos de alto custo pelo sistema único de saúde.

## **2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A saúde ganhou contorno do direito fundamental dos indivíduos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e é preservada em vários dispositivos, a saber: o artigo 6<sup>o</sup> estabelece como direito social, bem como os artigos 196 a 200 que tem um tema específico direcionado à saúde. O art. 196<sup>2</sup> da CRFB/88, trata do acesso saúde como universal e igualitário, e o estado deve agir para tornar os direitos possíveis.

Na lição de Rocha (1999, p.43) em se tratando da conceituação da saúde, entende-se a concretização sadia, qualidade de vida, uma vida com dignidade e a sua manutenção em função

---

1 Art. 6.º da CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

2 Art. 196 da CF. 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.

da considerável escassez pela qual a maioria da nossa população enfrenta. Portanto, o debate e o entendimento da saúde passam pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

Nesse sentido, Dirley Cunha (2009, p. 723-724): “[...] Direito à saúde é tão fundamental, por estar mais ligado ao direito à vida que nem precisava de reconhecimento explícito [...]”. Notadamente, o estado é o responsável para positivar esse direito fundamental. O direito social à saúde é de segunda geração, são conquistas dos movimentos sociais ao longo dos séculos.

O contexto brasileiro, o direito à saúde foi uma conquista do movimento da reforma sanitária refletindo na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) em uma Conferência Nacional da saúde em 1986, a qual saíram muitas propostas importantes que se imaginava que a Constituição Federal de 1988 fosse abraçar, e logo, trazendo essa visão da saúde no sentido amplo do direito fundamental, a saúde, a alimentação, a moradia ao lazer ao trabalho, uma relação simbiótica de direitos fundamentais que não pode ser desprezada pelo estado democrático de direito<sup>3</sup>.

Consoante Gilmar Mendes (2013, p.692) a Carta Magna/1988 não apenas examina claramente, os direitos fundamentais sociais (art. 6º), determinando seu conteúdo e forma de prestação (art. 196, 201, 203, 205, 215 217, entre outros), assim não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II, e os direitos sociais(Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º da CRFB/1988). Com efeito a eficácia aplicação das normas constitucionais é uma norma principiológica, tem eficácia imediata com relação aos direitos e garantias fundamentais, em consonância ao texto constitucional.

Ainda há, o reconhecimento no âmbito internacional do direito fundamental à saúde em documentos como: a Declaração Internacional de Direitos do Homem de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, bem como pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que os consagrou como direito fundamental: o direito à saúde. O artigo III da Declaração Universal do Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, o direito à vida está posto como direito humano, é [...] “inviolável o direito à vida” [...] O sentido do direito de personalidade é que todos os seres humanos tem direito à vida. e a Carta Magna/1988 reconhece como direito fundamental. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH-1948) também garante o direito à saúde em seu artigo

---

3 Inclusive era lema da Conferência: “**A saúde é direito de todos e dever do Estado**”, posteriormente positivada no texto da Constituição. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, p. 54.

XXV que diz: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, [...]”. O direito a saúde é indissociável do direito à vida que tem por inspiração o valor de igualdade entre as pessoas.

O direito fundamental à saúde tem dupla natureza: direito à personalidade inserido no Código Civil e direito fundamental inserido nos textos constitucionais. A saúde está atrelada ao direito de personalidade. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida (art. 2.º do CC/2002) é como um princípio do direito da personalidade, o primeiro direito que a própria vida e ele está antes de tudo nas cartas constitucionais, a vida é o direito sem a qual não existe o estado não pode existir vida plena sem uma saúde adequada. Para Maria Helena Diniz (2008, p.121): “Os direitos da personalidade são tutelados em cláusula pétrea constitucional, não se extingue pelo seu não-uso, nem seria possível impor prazos para sua aquisição ou defesa”. A personalidade está atrelada ao nascituro com vida e só poderá ser extinta com a morte. Nesse contexto coaduna-se o pensamento de Miguel Castro Tupinambá Nascimento (1991, p.26):

[...] todo ser humano, pelo simples fato de ter nascido com vida, no momento do nascimento adquire direito subjetivo à sua saúde, direito que lhe acompanha até a morte. E, como é direito exigível do Estado, no que concerne à sua proteção, trata-se de direito subjetivo público, estruturando-se uma relação jurídica específica entre cada ser humano e o Estado, em que aquele é o credor e este, o devedor. Na verdade, é direito que, em compreensão mais ampla, retrocede ao tempo para alcançar o nascimento, desde a concepção [...] Além de direito de todos é dever do Estado assegurá-lo, eficientemente, e, quando necessário, prestar os serviços atinentes.

O direito à saúde é intrínseco a cada ser humano, com o fundamento na Constituição Federal, as normas que conferem direito são autoaplicáveis, podendo ser imposta sua eficácia, inclusive judicialmente. É “direito subjetivo primário da pessoa” (SCAFF, 2010, p.18), direito de primeira geração, em sentido lato sensu direito humano, como típica configuração do direito humano e envolve o interesse da pessoa. O artigo 198<sup>4</sup> da CRFB/1988 implementou o Sistema Único de Saúde conhecido como SUS que é referência para toda a América Latina que prevê que a saúde vai ser prestada por um sistema regionalizado e hierarquizado, trazendo uma série de princípios para sua preservação. Indubitavelmente a saúde é um dos direitos mais valiosos aos seres humanos. Igualmente, é evidente que a prestação da assistência de saúde não pode depender unicamente da capacidade do indivíduo de custeá-la, sobretudo em uma sociedade com extrema desigualdade e concentração de riquezas, como a brasileira. É importante ressaltar

---

4 Art. 198 da CF. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, [...].

que o Ministro Barroso diz que há uma desigualdade em oposição a concentração de riquezas no Brasil, portanto o amparo a saúde não dependerá exclusivamente da aptidão do cidadão para subsidiar os custos.

Nota-se que ao observar o art. 5.º, caput, da CRFB/1988 está em consonância aos direitos da personalidade, inerente aos indivíduos, especificamente, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O autor Alexandre Moraes (2004, p.65) coaduna com o texto constitucional: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de os demais direitos”.

Nessa perspectiva, a partir do regramento constitucional de 1988 houve a universalização da saúde, e os princípios e os regramentos que estão elencados no art. 196 da CRFB/88. Todos aqueles que contribuem ou não contribuem para seguridade social, o Estado não pode se negar o acesso à saúde, não importa se é rico, pobre, o brasileiro ou estrangeiro. Com o advento da Lei nº 8.080/90, após dois anos da Constituição Federal/1988, o Manual de Funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, o Manual de Funcionamento do direito à saúde previsto na CRFB/1988, essa Lei veio regram todo o funcionamento do sistema, as especificidades, pois, não cabe ao a Constituição especificar direitos. Com a criação do SUS, a população brasileira passou a ter direito à saúde de forma universal e gratuita. Essa Lei veio balizar o que já existia na CRFB/88, o direito fundamental a saúde, ou seja, atenção integral e universal à saúde como direito do cidadão, promoção, proteção, recuperação e reabilitação.

O artigo 1.º da Lei nº 8.080/1990 diz: “Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.” (BRASIL,1990).

O acesso à saúde é primariamente público, mas poderá ser feita por particular que poderá atender a esse direito fazendo na forma de livre iniciativa respeitada esses regramentos e princípios. Há a possibilidade em respeito a livre iniciativa prevista, a complementariedade, conforme, o Art. 8.º da Lei n.º 8.080/1990<sup>5</sup>. Ressalta-se que a complementariedade é a iniciativa privada nos atendimentos ao Sistema Único de Saúde que poderá ocorrer pela via da delegação de serviço público, e não somente de forma direta. A questão do direito fundamental a saúde é a sua efetividade. O Estado deverá prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Nessa perspectiva, segundo a Lei Orgânica de Seguridade Social n.º 8.212/91 em seu artigo 2º:

---

5Art. 8.º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

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.

O Estado não poderá deixar de cumprir com seu dever de garantir a saúde a todos os indivíduos. A saúde é uma conquista popular de uma vida digna e uma sociedade justa e igualitária e não poderá ficar em segundo plano, e sim uma prioridade.

### **3 A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA SAÚDE**

Nota-se que há um liame obrigacional do estado para com o indivíduo, como dever jurídico de garantir a saúde, em detrimento disso, quando o cidadão não consegue resolver problemas como medicamentos de alto custos não autorizados pelo SUS, obteve-se a judicialização como instrumento da garantia da saúde que veio como forma de assegurar a concretização desse direito fundamental.

Fleury (2012, p.159-162) sobre a judicialização das políticas de saúde, o argumento da insatisfação das necessidades dos usuários do sistema único de saúde e a seguridade da integralidade do atendimento idealizada na Carta Magna/1988, desencadeou em demandas judiciais. Conforme assevera (BARRETO Jr J.S; LOPES dos. L.S, 2018, p. 89 a 107) judicialização é o aprimoramento do exercício da cidadania no Estado brasileiro, o qual promove um debate sobre o nível de eficácia acerca das garantias constitucionais propostas pela Carta Magna, conduzindo, assim, as Cortes Supremas a refletir sobre e interpretar os direitos individuais e coletivos, tendo em vista que tal problematização provoca mudanças de paradigmas sobre o direito à saúde e a sua aplicabilidade nos casos concretos.

A integralidade do atendimento que trata o art. 198 da CRFB/1988 engloba a totalidade do serviço de atendimento à saúde, como um dever do Estado a prestabilidade de forma integral e quando há omissão na eficácia das garantias constitucionais, a população recorre ao judiciário. Segundo Olsen:

Se o Estado não cumpre com as obrigações constitucionalmente elaboradas para o atendimento da população, muitas vezes somente através do Judiciário que estas necessidades poderão ser supridas, já que estes grupos marginalizados, e às vezes até cidadãos individualmente considerados, não têm força política suficiente para influenciar no campo do jogo democrático. [...] no caso específico dos direitos fundamentais sociais, quando o Estado deixa de agir promovendo sua realização, além da salutar influência política que os grupos de pressão podem exercer, outra solução não têm os grupos mais necessitados, e mesmo por isso mais alijados da discussão

política, senão recorrer ao Judiciário buscando o provimento jurisprudencial que atenda seus interesses constitucionalmente protegidos.

O Poder Judiciário decide de maneira a despertar questionamentos em relação ao acerto das decisões judiciais que tratam de tais celeumas, porém, compromete as questões orçamentárias do Brasil. Ademais, com o crescimento exponencial das ações que pleiteiam medicamentos custosos, houve uma verdadeira transformação na Administração Pública. Somado a isso, a majoração do índice de envelhecimento populacional, muitas vezes associado ao desenvolvimento do País, por exemplo, pode ser apontado como uma das causas do aumento da procura por medicamentos contínuos, os quais são frequentemente associados a patologias que demandam remédios excepcionais(PORTELA, 2000, p. 259-270).

Em detrimento disso, o direito fundamental à saúde que tem por base os princípios da universalidade, integralidade e equidade, ocasiona dificuldades no financiamento. Apesar de ter sido criadas, a Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL) pela Lei nº 7. 689/1988 com o objetivo de financiar a seguridade social e a Contribuição para Fins Sociais (COFINS), além dos recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados e Distrito Federal e Municípios, outras contribuições incidentes sobre os empregadores e trabalhadores e 50% da receita de concursos e prognósticos (BRASIL, 1988). Conforme evidencia no art. 195 e incisos de I a IV CRFB/1988<sup>6</sup>, a contribuição de seguridade social será realizada para custear a previdência, assistência social e a saúde: a exemplo clássico das contribuições é o PIS e O COFINS. Mesmo assim, com as altas demandas judiciais no Poder Judiciário para garantir o direito fundamental à saúde há uma desproporcionalidade nos recursos financeiros e a população acaba sofrendo.

Segundo a Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy há colisão entre os direitos fundamentais em detrimento do direito à liberdade de outros indivíduos, e devido aos custos financeiros decorrentes dos direitos fundamentais. A respeito das questões normativas de

---

6 Art. 195 da CF. “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998). III – sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”.

direitos fundamentais de ordem deontológicas, existe duas abordagens para proporcionalidade dos direitos fundamentais: empírica ou analítica. Uma pressupõe a existência da outra. O fenômeno da disseminação da Teoria da Proporcionalidade, só poderá ser entendida com o funcionamento da estrutura da proporcionalidade. Qualquer análise que versa sobre a estrutura formal da proporcionalidade, assim como a teoria da física, deve ser confrontada com fatos concretos. Ainda, Alexy (1986, p.85) menciona:

[...] A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

É necessário o compromisso com a racionalidade. A limitação como critério da adequação, necessidade e proporcionalidade a qual deverá ser utilizados os recursos de acordo aos meios fáticos que estão ao dispor. O Estado só pode distribuir o que arrecada com os tributos, no entanto, não pode lesionar os direitos fundamentais, são os efeitos financeiros que trazem a colisão entre os direitos fundamentais. Segundo o princípio da reserva do possível, as necessidades dos seres humanos são ilimitadas, porém o Estado deve se ater a sua capacidade econômica financeira de atender a essas necessidades. O princípio do mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não pode servir desculpa para o Estado deixar de garantir os direitos fundamentais mínimos da dignidade da pessoa humana. Há, pelo menos, uma dimensão tríplice, do mínimo possível, das quais são: a) a realidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, no contexto do Brasil, nos textos constitucionais; c) o eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial, no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (J. Schäfer) Em detrimento da reserva do mínimo possível, recorre-se a porta do judiciário para fazer valer o direito fundamental à saúde. Consoante Flavia Bahia Martins (2008):

A violação desse mínimo acarretaria desrespeito à própria dignidade da pessoa humana”. Segundo essa autora: Em que pese a expressão “mínimo existencial” já estar consagrada pela renomada doutrina brasileira, bem como na jurisprudência sobre o assunto, entendemos que o verdadeiro substrato axiológico da dignidade da pessoa humana exigiria referência diferente do “mínimo” existencial, porque guarda relação

inexorável com a noção de equilíbrio. Portanto, passamos a nos referir ao princípio sob a denominação de “equilíbrio existencial”, por entendê-la como expressão mais fidedigna, tanto à dignidade da pessoa humana quanto para a vontade do próprio Estado Constitucional de Direito.

A dignidade da pessoa humana objetiva a expressão do mínimo existencial ao acesso a saúde e aos medicamentos. A saúde é um dever do Estado que tem obrigação de prover o tratamento, e a reestruturação do paciente, em consonância ao art. 196 da CRFB/88. Ocorre que, já é uma situação que vem sendo reconhecida pelos Tribunais Estaduais, Regionais e Superiores que já houve decisão como uma obrigação sem limitações.

Hogemann (2008, p.77-100) em sua fala menciona: “A dignidade da pessoa humana é um princípio que engloba todas as demais normas jurídicas”. Juridicamente o direito à vida é protegido, pois, a vida está em detrimento da dignidade individual de cada ser humano. Nota-se que a dignidade da pessoa humana é o reconhecimento do ser humano que decorre de um conjunto de direitos, de proteção, de respeito, de proteção.

A dignidade da pessoa humana é um atributo inerente ao ser humano, que compreende o valor interno de cada indivíduo, portanto, faz-se necessário a efetividade de fato e de direito da garantia do direito fundamental à saúde.

Convém lembrar que, o bem-estar que proporciona a saúde do ser humano, faz parte da dignidade pessoa humana e é inadmissível que o direito fundamental à saúde, torne-se, pela inércia do legislador ou pela insuficiência de recursos estatais, ou pela incompetência gerencial dos agentes públicos, pretensão perenemente irrealizada no tocante à efetividade almejada pela Carta Magna/1988.

#### **4 A NECESSÁRIA COBERTURA DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Em detrimento do envelhecimento populacional aliado à transição epidemiológica vigente, com a existência de uma tripla carga de doenças, manifestada na convivência de doenças infecciosas, parasitárias e problemas de saúde reprodutiva, causas externas e doenças crônicas degenerativas, resulta em demandas que requerem adequação do sistema de saúde, com transformação do modelo de atenção vigente, “fundamentado nas ações curativas, centrado no cuidado médico e estruturado com ações e serviços de saúde dimensionados a partir da oferta”, de modo a conferir prioridade aos aspectos preventivos das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. (MENDES, 2011)

Ademais, em decorrência do envelhecimento da população, com o surgimento das doenças que não são comuns, há interferência sobretudo na demanda de medicamentos destinados ao tratamento das doenças crônico-degenerativas, além de novos procedimentos terapêuticos com utilização de medicamentos de alto custo.

Portanto, é necessária a cobertura dos medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde em consonância com os princípios da universalidade, integralidade e da equidade elencados na Lei n.º 8.080/1990.

No entanto, é necessário o entendimento de como se dar o acesso aos medicamentos. O financiamento das ações e serviços de saúde, cujas responsabilidades são compartilhadas entre as três esferas de gestão do SUS (federal, estadual e municipal), observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde:

A Política Nacional de Medicamentos aprovada em 1998, tem como fulcro a melhoria da saúde e acesso da população aos medicamentos e tem como base princípios dos SUS. O medicamento especializado faz parte do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), em nível ambulatorial, voltado para garantir o tratamento medicamentoso de forma integral ao paciente. A distribuição de medicamentos está definida em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) publicados pelo Ministério da Saúde. foi regulamentado pela Portaria GM/MS nº 2.981, de 26 de novembro de 2009, é uma importante estratégia na garantia de acesso a medicamentos do SUS, tem como característica garantia da integralidade para o tratamento medicamentoso para todas as doenças contempladas no CEAF, para o tratamento integral é necessário uma interação de medicamentos essenciais RENAME e a relação nacional de serviços e ações de saúde RENASES<sup>7</sup>. O CEAF foi caracterizado como (BRASIL, 2009a, Art. 8º):

Uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

---

7 I – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico; II – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico; III – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado; IV – Relação Nacional de Insumos; V – Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar. Brasil. Ministério da Saúde. Disponível em <<http://www.saude.gov.br/assistencia-farmacautica/medicamentos-rewrite/componente-especializado-da-assistencia-farmacautica-ceaf>>. Acesso em 01 mai. 2019.

Vê-se a finalidade do CEAF em dar acesso integral à população em sua totalidade ao tratamento medicamentoso pelo SUS, em detrimento do crescimento das doenças crônicas para as quais estão indicados, em virtude do alto valor agregado dos medicamentos cujas linhas de cuidado constam em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde.

Vale mencionar que, no domínio do Poder Público, o processo de decisão em matéria de saúde passa necessariamente pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), cujas diretrizes encontram-se especificadas no Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, do Ministério da Saúde, a qual “compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS” e também que “a cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME e do respectivo FTN”(BRASIL,(BRASIL, 2013). Houve modificações na Relação de Medicamentos divulgado pela RENAME em 2018<sup>8</sup>:

Em específico aborda-se o item III – Relação de Medicamento do Componente Especializado, “alto custo”, peculiarmente abordaremos a doença câncer hepatocelular ou hepatocarcinoma, a qual iremos conceituar a enfermidade e passaremos a identificar o tratamento medicamentoso e acesso a esse medicamento pelo Sistema Único de Saúde.

O câncer hepatocelular ou hepatocarcinoma é a neoplasia epitelial maligna primária do fígado. Trata-se de um tumor raro em todo o mundo, sendo que no Brasil está relacionado, em 98% dos doentes, com cirrose hepática e pode estar associado à hepatite crônica secundária à infecção pelo vírus da hepatite C (54%) ou da hepatite B (16%) e ao consumo de álcool (14%), fatores de risco com diferenças regionais de prevalência relevantes. A doença inicial é potencialmente curável pela cirurgia, quando possível a ressecção completa da lesão tumoral. Alguns doentes podem ser candidatos ao transplante hepático, com intuito curativo. Doentes com doença irrissecável ou comorbidades que limitem a possibilidade de cirurgia são tratados com finalidade paliativa por quimioterapia regional, ligadura ou embolização da artéria hepática, injeção percutânea de etanol, ablação por radiofrequência, crioterapia ou quimioterapia sistêmica. Segundo ao Ministério da Saúde, o medicamento Sorafenibe (Nexavar®), é indicado para o tratamento de câncer no fígado que não possa ser removido com

---

8 Ministério da Saúde. Portaria nº 3.733, de 22 de novembro de 2018. Estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME 2018 no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME 2017.

cirurgia. O Sorafenibe (Nexavar®) 200 mg com 60 comprimidos revestidos tem um custo R\$ 5.477,60 (cinco mil, quatrocentos e setenta e sete reais e sessenta centavos<sup>1</sup>).

No entanto, os pacientes portadores do câncer hepatocelular ou hepatocarcinoma, por não possuir condições financeiras de arcar com o valor do medicamento Sorafenibe (Nexavar®), acabam recorrendo ao Sistema Único de Saúde – SUS.

É importante esclarecer, que a assistência oncológica no SUS não se constitui em assistência farmacêutica, a que, no geral e equivocadamente, se costuma resumir o tratamento do câncer. Ela não se inclui no bloco da Assistência Farmacêutica, mas. Para esse uso, eles são informados como procedimentos quimioterápicos no subsistema APAC (autorização de procedimentos de alta complexidade), do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA-SUS); devem ser fornecidos pelo estabelecimento de saúde credenciado no SUS e habilitado em Oncologia; e são ressarcidos conforme o código da APAC.

Vale lembrar, de acordo ao Ministério da Saúde, os estabelecimentos de saúde credenciados no SUS e habilitados em Oncologia são os responsáveis pelo fornecimento de medicamentos oncológicos que, livremente, padronizam, adquirem e prescrevem, não cabendo, de acordo com as normas de financiamento do SUS, a União e as Secretarias de Saúde arcarem com o custo administrativo de medicamentos oncológicos.

Consoante a Lei n.º 8.080/1990, há previsão em seu art. 7º, dos princípios e diretrizes de forma a efetivar o direito fundamental à saúde, consubstanciado com a Constituição da República Federativa do Brasil e com base no Ministério da Saúde que teve edição de diversos atos normativos, estabelecendo que todos os medicamentos para tratamento do câncer (inclusive aqueles de uso oral) passassem a ser fornecidos pelos estabelecimentos de saúde (Clínica ou Hospital), públicos ou privados, cadastrados no SUS para atendimento deste tipo de doença, e somente aos pacientes em tratamento no próprio estabelecimento de saúde.

Neste contexto, no que diz respeito ao medicamento Sorafenibe para tratamento do carcinoma hepatocelular (CHC) avançado irresssecável, apresentada pela Bayer S.A, de acordo com Diário Oficial da União de 26/03/2018, o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde torna pública, nos termos do art. 19 do Decreto 7.646, de 21 de dezembro de 2011, consulta para manifestação da sociedade civil a respeito da recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS relativa à proposta de incorporação desse medicamento, nos autos do processo NUP nº. 25000.481846/2017-16 (BRASIL, 2011).

Segundo o Relatório Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC que tem como atribuições a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica no que concerne a Avaliação econômica: O demandante delineou em sua proposta um estudo de custo-efetividade do Sorafenibe como opção de quimioterapia paliativa em pacientes com CHC avançado irressuscitável comparado aos melhores cuidados de suporte. O estudo demonstrou que a RCEI de R\$ 89.534,26 por anos de vida ganho (BRASIL, 2018).

Por conseguinte, enquanto não há inclusão do medicamento Sorafenibe pelo Sistema Único de Saúde, sem a realização da assistência farmacêutica, o tratamento fica incompleto, e o paciente que já tem pouca expectativa de vida, poderá ter como consequência a morte, o que resta é procurar o auxílio do judiciário com base na Constituição Federal/1988, pois, a saúde é um direito fundamental. Diante dessa situação, a saída é uma decisão judicial para obrigar o Estado a fornecer a medicação, para que assim, conceda a liminar em favor do tratamento medicamentoso de alto custo para o enfermo.

O paciente que não consegue medicamento especializado pelo SUS poderá acessar a justiça por meio de um advogado particular, defensoria pública, mas somente os hipossuficientes que recebe até dois salários mínimos, através do Ministério Público, Escritórios Modelos de Universidades, ou através de Advogado de Organizações. No contexto das decisões judiciais o Poder Judiciário por meio do juiz, poderá decidir através de tutela antecipada ou liminar, o medicamento de urgência até o processo ser julgado.

Em julgamento realizado em 2019, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) tornou definitivos os efeitos da tutela antecipatória determinando o fornecimento pelo demandado dos medicamentos Sorafenibe 200mg, pelo tempo necessário para a realização do tratamento. Conforme veremos a ementa correspondente – (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70081611105, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 26-06-2019):

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – SORAFENIBE 200MG. DEMANDANTE PORTADORA DAS PATOLOGIAS ESPECIFICADAS PELOS CID 10 C 22.0 (CARCINOMA HEPATOCELULAR); B 18.2 (HEPATITE C CRÔNICA); K 74.5 (CIRROSE). SOBRESTAMENTO DO FEITO PELO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL NO RE Nº 566.471/RN DESCABIDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. CACONS E

Com o fulcro no artigo 196 da Constituição Federal, que é autoaplicável, autoriza a procedência do pedido da autora, na medida em que estabelece a solidariedade da responsabilidade dos entes federados pelo funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), mormente porque a repartição de responsabilidades destinada a operacionalizar o Sistema Único de Saúde não se sobrepõe à solidariedade constitucionalmente prevista.

Nessa perspectiva, o artigo 3º da Lei 8.080/1990 a saúde engloba como fatores determinantes e condicionantes:

(...) A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país.

Coadunam-se os fatores que determinam e condicionam a saúde, pois, são eles que garantem o bem-estar físico e social dos seres humanos. Esses fatores são essenciais para garantir o desenvolvimento dos indivíduos.

Nesse cenário, bom seria, que a efetividade das normas dos direitos fundamentais tivesse de fato e de direito a aplicabilidade imediata, conforme menciona o (art. art. 5º, § 1º da CF), porém, há casos que apesar do Estado garantir o acesso à saúde de forma integral e universal, o SUS não fornece o medicamento para o tratamento imprescindível a saúde do paciente, portanto é necessário dirimir esse conflito no Poder Judiciário, já que a via administrativa negou o tratamento medicamentoso do paciente.

Convém lembrar que nesse caso, em específico do não fornecimento pelo Sistema Único de Saúde de medicamento especializado “alto custo”, a judicialização à saúde vem como forma de garantir esse direito fundamental.

---

9 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO E REXAME NECESSÁRIO nº 70081611105.Segunda Câmara Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann Julgado em 26 jun. 2019, em Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>Acesso: 27 jun. 2019.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo possibilitou descrever a saúde como direito fundamental, amparada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual consolidou os direitos fundamentais como direito social inerente a personalidade humana. Logo em seguida, a Lei nº 8.080/1990 que acabou por efetivar o direito fundamental à saúde, através de princípios, regras e diretrizes e a criação do Sistema único de Saúde, dando o acesso aos serviços médicos de forma gratuita, igualitária e universal a toda a população independente de ser brasileiro ou estrangeiro, desde que esteja no Brasil.

É importante salientar que no art. 196 da CRFB/1988, a seguridade social é direito de todos e dever do Estado, porém está conta custa caro, não há uma regra diferenciada. Contata-se que o Brasil resolveu custear a saúde para todos. mas não consegue arcar com esses custos. Em detrimento disso, com base na reserva do mínimo possível, o Estado tenta se respaldar para não adimplir com os custos relacionados saúde. A teoria do mínimo existencial trata do princípio da proporcionalidade, que tem uma dupla face, identificador de duas situações: não pode negar o mínimo existencial e não pode bancar os excessos, é necessário adequação e utilidade dos custos de forma equilibrada.

Quando há desequilíbrio na receita do Estado, em decorrência das demandas de pessoas que procuram o SUS para ter acesso à saúde e não obtém por falta de recursos financeiros. Nessa perspectiva surge, as demandas de processo para efetivar o direito fundamental a proteção da saúde, quando o SUS nega o fornecimento de medicamento especializado para tratar de determinada enfermidade, com base na natureza jurídica dos direitos fundamentais, entra em ação a judicialização.

Nesse contexto, percebe-se a eficácia do direito fundamental à saúde com a intervenção do Poder Judiciário que faz valer direitos e garantias fundamentais que seria exercida pelo Poder Executivo, porém pelo mal planejamento dos gestores, os usuários do serviço público de saúde fica à mercê da má administração dos recursos aplicados a saúde em consonância com o princípio da universalidade e dignidade da pessoa humana.

Recomenda-se um olhar dos gestores público, na gestão dos recursos gastos com a saúde de forma efetivar esse direito fundamental em consonância aos princípios da dignidade da pessoa humana, universalidade, equidade e integralidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986. Título original: Theorie der Grundrechte.

BARRETO JR J.S; LOPES DOS. L.S; NIP: MEDIDA EXTRAJUDICIAL À SAÚDE NOS PROCESSOS QUE ENVOLVAM AS ASSISTÊNCIAS MÉDICAS PRIVADAS, EM CASOS DE OBESIDADE. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, Salvador, V. II, Nº 01, p. 89 a 107.2018. Disponível em:

<<https://periodicos.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade>> Acesso em 01jun/2019.

BARROSO, Luís Roberto. Voto vista. In. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 566.471**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, p. 11.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Diretrizes Diagnósticas e Terapêuticas do Câncer de Fígado no Adulto**. 2014. p. 163.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 338 de 06 de maio de 2004 do Ministério da Saúde**. Dispõe sobre a Política Nacional de Assistência Farmacêutica Disponível em :<[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338\\_06\\_05\\_2004](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004)> Acesso em: 01 maio. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **O financiamento da saúde**. Brasília: CONASS, 2011. 124 p.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil(1988)**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/cf1988](http://www.planalto.gov.br/cf1988). Acesso em 01 mai. 2019

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: 20 set 1990.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm)> Acesso em 20 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **MINISTÉRIO DA SAÚDE**. Disponível em <<http://www.saude.gov.br/assistencia-farmacologica/medicamentos-rename/componente-especializado-da-assistencia-farmacologica-ceaf>>. Acesso em 01mai2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Disponível em: [https://sei.saude.gov.br/sei/documento\\_consulta\\_externa.php?id\\_acesso\\_externo=26156&id\\_documento=4963752&infra\\_hash=6e3c8ecc2c51a6a009d2303d3f8e4b21](https://sei.saude.gov.br/sei/documento_consulta_externa.php?id_acesso_externo=26156&id_documento=4963752&infra_hash=6e3c8ecc2c51a6a009d2303d3f8e4b21). Acesso em 01 jun.2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Portaria nº 204, de 29 de janeiro de 2007**. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. **Diário Oficial da União**. 30 jan 2007; Seção 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Portaria nº 3.733, de 22 de novembro de 2018**. Estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename 2018 no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename 2017. **Diário Oficial da União**. 23 nov 2018; Seção 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_ **Portaria nº 4.279, de 30 de dezembro de 2010.** Estabelece diretrizes para a organização da Rede de Atenção à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2010.

\_\_\_\_\_. **Nações Unidas.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em 10/05/2019

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 3 ed. Salvador: Jus Podivm. 2009.

CONASS. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. **As conferências nacionais de saúde: evolução e perspectiva.** CONASS, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

DONATO, B. K; Rahal, E; ASANO, E; Nita, M. E; Andrade, P. C. **Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS): Um guia prático para gestores.** Departamento de Health Economics e Outcome Research da Divisão Médica da Bristol-Myers Squibb. Maio, 2010.

FLEURY, Sonia. **Judicialização pode salvar o SUS. Saúde em Debate,** Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, p. 159-162, abr./jun. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro/ parte geral.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v

HOGEMANN, Edna Raquel R. S. **Danos morais e direitos da personalidade uma questão de dignidade.** In: Direito público e evolução social. 2.<sup>a</sup> série. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008, p. 77-100.

J. SCHÄFER, **Classificação dos Direitos Fundamentais,** p. 67.

MARTINS, Flavia Bahia; MORAES, Maria Celina Bodin de. Pontifícia Universidade Católica Do Rio De Janeiro Departamento de Direito. **O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008 Disponível em: <[https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>](https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/). Acesso em: 01 jun. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, E. V. **As redes de atenção à saúde.** Brasília, DF: Organização Pan-Americana da Saúde, Organização Mundial da Saúde e Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011

OLSEN, Ana Carolina. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação (Mestrado) — UFPR, 2006. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3084/Disserta%20%20o++Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf?sequence=1>

PORTELA, Margareth Crisóstomo. **Avaliação da qualidade em saúde.** In: ROZENFELD, Suelly (Org.). Fundamentos da vigilância sanitária. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000. p. 259-270.

ROCHA, Julio César de Sá da Rocha. Direito da saúde: **direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: LTr, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO E REXAME NECESSÁRIO nº 70081611105.Segunda Câmara Cível**. Relator: Ricardo Torres Hermann Julgado em 26 jun. 2019, em Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>Acesso: 27 jun. 2019.

SCAFF. Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado** : contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde / Fernando Campos Scaff. – São Paulo : Saraiva, 2010.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TUPINAMBÁ, Miguel Castro do Nascimento. **A ordem social e a nova constituição**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.