



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS (UFT)
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO PROFISSIONAL E INTERDISCIPLINAR EM
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS HUMANOS**

MAIRA REGINA DE CARVALHO ALEXANDRE

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A GARANTIA DO DIREITO A
SAÚDE NA COMARCA DE AUGUSTINÓPOLIS DE 2015 A 2017.**

**PALMAS/TO
2020**

MAIRA REGINA DE CARVALHO ALEXANDRE

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A GARANTIA DO DIREITO A
SAÚDE NA COMARCA DE AUGUSTINÓPOLIS DE 2015 A 2017.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Estado do Tocantins (UFT), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Programa de Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, inserida na linha de pesquisa Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos.

Orientador: Doutor Oneide Perius

**PALMAS/TO
2020**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

- A381j Alexandre, Maira Regina de Carvalho .
A Judicialização da saúde e a garantia do direito a saúde na
Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017. / Maira Regina de
Carvalho Alexandre. – Palmas, TO, 2020.
81 f.
- Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do
Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-
Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos
Humanos, 2020.
Orientador: Oneide Perius
1. Judicialização da saúde. 2. Direito à saúde. 3. Direito sanitário.
4. Enunciados. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de
qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde
que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime
estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

**Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica
da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).**



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
EM PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS HUMANOS

MAIRA REGINA DE CARVALHO ALEXANDRE

**“A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A GARANTIA DO DIREITO A SAÚDE NA COMARCA DE
AUGUSTINÓPOLIS DE 2015 A 2017”**

Dissertação e Programa de Formação Específica de Professores apresentadas ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, promovido pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre.

Data da aprovação: 31 de janeiro de 2020.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Oneide Perius
Orientador e Presidente da Banca
Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira
Membro Avaliador Interno
Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dra. Ediana Di Franco Matos da Silva Santos
Membro Avaliador Externo
Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – Unisulma

Dedico esta, com carinho e empatia, a todos aqueles que de alguma forma tiveram o seu direito à saúde violado, seja pelo Poder Executivo ou pelo próprio Judiciário.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, por guiar meus caminhos nesta longa jornada.

À minha filha Mariana de Carvalho Alexandre Araújo, pela minha ausência, por não ter te dado o carinho, o amor, a dedicação e a atenção que você sempre mereceu, sempre levarei em meu coração este vazio pela distância que fiquei de ti por longos anos. Te amo.

Ao meu companheiro Weldes Ranna Nascimento Silva, que soube compreender as horas em que minha atenção estava voltada para o desenvolvimento deste trabalho, por cuidar da nossa família enquanto eu estava ausente, pela sua paciência e pelo seu amor, que me foram dados durante essa caminhada. Te amo.

À minha avó, Dona Jovina Rodrigues de Carvalho, que nunca mediu esforços para me ajudar, indo e vindo de Augustinópolis para cuidar de Mariana enquanto eu estava estudando. Te amo.

A meus pais Maria Mary de Carvalho Alexandre e Marcelino Francisco Alexandre, que não medem esforços para verem o meu crescimento, me encorajando a ser melhor a cada dia. Amo vocês.

Às minhas irmãs, Marla Carvalho Alexandre e Marcimeire Carvalho Alexandre, se não fosse o carinho, a amizade e o companheirismo que vocês dedicaram a mim durante todos esses anos eu não teria suportado tantas lágrimas até aqui. Vocês representam, pra mim, a união de momentos importantes. Amo vocês.

Aos meus colegas de mestrado, que sofreram junto comigo na busca por esse almejado e exaustivo título. Todos vocês sempre serão lembrados com muito carinho.

Ao meu orientador Doutor Oneide Perius que com sua sabedoria e elegância fez com que eu acreditasse que seria possível a realização deste sonho. Meus sinceros agradecimentos a você.

Agradeço ainda aos amigos da Comarca de Augustinópolis, em especial a Assessoria Jurídica.

Ao doutor Jefferson David Asevedo Ramos, juiz de direito titular da Comarca de Augustinópolis, que esteve comigo durante esta jornada e um agradecimento

especial à Luanda Cabral Fernandes e Zeina El Kadre de Melo que seguraram a barra para que eu pudesse estudar.

Aos amigos Tracy Anne Duarte, Tiago Alencar e Vinícius Gomes que sempre acreditaram no meu potencial.

Agradeço ainda à Faculdade do Bico (FABIC) e à Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), na pessoa de seus coordenadores, que compreenderam e não mediram esforços para organizar minhas aulas quando eu tinha que me ausentar para as aulas do mestrado.

Assim, só pude chegar até aqui porque tenho todos vocês!

Deus os abençoe sempre, muito obrigada!

RESUMO

O presente estudo buscou analisar as ações de judicialização da saúde e a garantia do direito a saúde na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017. Quanto aos aspectos metodológicos adotados na pesquisa, optou-se por utilizar a pesquisa descritiva caracterizando o fenômeno. Com a intenção de interpretar a judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis e tratar os dados estatísticos alcançados, utilizou-se a abordagem qualitativa. Para o alcance da análise e interpretação dos dados, fez-se necessário, inicialmente, apresentar um estudo eminentemente teórico a partir da pesquisa bibliográfica e quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa classifica-se como documental, já que utiliza de materiais que ainda não foram tratados ou analisados, ou seja, os relatórios emitidos pelo sistema e-Proc são primários, trazendo forte riqueza e estabilidade nos dados. Da análise perfunctória das 116 (cento e dezesseis) ações judiciais que versam sobre direito à saúde na Comarca de Augustinópolis, verificou-se que quando da fundamentação das tutelas provisórias de urgência ou da sentença não são utilizados os enunciados das Jornadas de direito à saúde que servem de parâmetro para a interpretação das decisões judiciais. Conclui-se que o direito à saúde em muitos casos violado e negado pelo Poder Executivo, é de algum modo garantido e efetivado através da judicialização da saúde por meio do Poder Judiciário, mas para que não haja desconexão com as normas que parametrizam o Direito Sanitário, magistrados e assessores jurídicos teriam que serem submetidos a curso de formação teórico com atividades práticas em Direito Sanitário, com a observância da interdisciplinaridade entre os temas, ante a importância de se compreender outras ciências na tomada de decisões, não se atendo somente a textos normativos, para que não haja desconexão entre as decisões proferidas em ações judiciais que versam sobre o direito à saúde e as normas de Direito Sanitário aplicáveis a esse tipo de demanda.

Palavras-chaves: Judicialização da saúde. Direito à Saúde. Direito sanitário. Enunciados.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze health judicialization claims and the guarantee of the right to health in the Augustinópolis District from 2015 to 2017. Regarding the methodological aspects adopted in the research, we opted for a descriptive research to characterize phenomenon investigated. Aiming to interpret the judicialization of health in the Augustinópolis District and to treat the statistical data obtained, we used a qualitative approach. In order to carry out the analysis and interpretation of the data, it was initially necessary to present a purely theoretical study based on bibliographic research. Concerning the technical procedures, the research is considered as documentary, since it uses data that have not yet been processed or analyzed. That means, the reports issued by the e-Proc system are primary, thereby generating extremely rich and stable data. From the perfunctory analysis of the 116 (one hundred and sixteen) judicial claims dealing with the right to health in the Augustinópolis District, we found out that, when one substantiates the emergency temporary guardianship or the sentence, one does not use the statements of the Meetings of The Right to Health that serve as a parameter for the interpretation of judicial decisions. We conclude that the right to health, in many cases violated and denied by the Executive Branch, is somehow guaranteed and effected by the judicialization of health through the Judicial branch. However, so that there is no disconnection to the rules that parameterize the health law, magistrates and juridical advisors would have to be submitted to a theoretical training course with practical activities in Health Law, also having an interdisciplinarity view, because of the importance to understand other sciences for the decision-making process. That means, they should not only pay attention to normative texts, so that there is no disconnection between decisions taken in judicial claims dealing with the right to health and the rules of health law applicable to this type of demand.

Keywords: Health judicialization. Right to Health. Health law. Statements.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1:	Processos distribuídos em Augustinópolis entre 01/01/2015 a 31/12/2017, de competência cível e cível/fazenda e registros públicos.....	58
Gráfico 2:	Processos contra a Fazenda Pública com exceção ao inss.	59
Gráfico 3:	Processos contra a Fazenda Pública retirados os que têm como polo ativo bancos, sindicatos entre outras pessoas jurídicas.	60
Gráfico 4:	Total de processos de judicialização da saúde na comarca de Augustinópolis de 01/01/2015 a 31/12/2017	61
Gráfico 5:	Quantidade de ações judiciais por ano	62
Gráfico 6:	Tutelas provisórias apreciadas nas demandas de judicialização da saúde em Augustinópolis de 2015 a 2017	63
Gráfico 7:	Demandas de judicialização da saúde na comarca de Augustinópolis divididas pelos municípios que compõem a comarca	64
Gráfico 8:	Demandas de judicialização da saúde na comarca de Augustinópolis divididas por objeto	66
Gráfico 9:	Demandas de judicialização da saúde julgadas na comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017	67
Gráfico 10:	Resolução do mérito das ações julgadas de judicialização da saúde na comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017	68

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CBAF	Componente Básico da Assistência Farmacêutica
CEAF	Componente Especializado da Assistência Farmacêutica
CESAF	Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
ESMAT	Escola Superior da Magistratura Tocantinense
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
NAT	Núcleo de Apoio Técnico
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REMUNE	Relação Municipal de Medicamentos Essenciais
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
REsp	Recurso Especial
SEI	Sistema Eletrônico de Informações
SIA	Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TFD	Tratamento Fora do Domicílio
TJTO	Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	HISTÓRICO DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	17
3	A JUDICIALIZAÇÃO EM SAÚDE: pressupostos teóricos e factuais	27
3.1	Princípio da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.....	29
3.2	O papel do Estado em assegurar o Mínimo Existencial	35
4	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: decisões judiciais e o desafio atribuído ao Poder Judiciário na salvaguarda da garantia do direito à saúde.	37
4.1	Do fornecimento de medicamentos por meio da judicialização da saúde...38	
4.2	O princípio da dignidade da pessoa humana e os interesses patrimoniais da Fazenda Pública.....	48
5	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA COMARCA DE AUGUSTINÓPOLIS/TO: Uma análise de dados das ações judiciais de garantias de direito a saúde56	
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
7	INDICAÇÃO DE PRODUTO FINAL	72
	REFERÊNCIAS	75
	APÊNDICE A - PROJETO DE IMPLANTAÇÃO DE CURSO DE ATUALIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO EM DIREITO SANITÁRIO	79
	ANEXO A – PROCESSO SEI Nº 19.0.000020000-2: AUTORIZAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS PARA UTILIZAÇÃO DE DADOS	81

1 INTRODUÇÃO

A saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme está assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Considerando que o direito à vida é o mais importante dentre os demais direitos e para que todo e qualquer ser humano possa ter uma vida melhor, sem dúvida é indispensável que este tenha acesso irrestrito à saúde.

As políticas públicas voltadas para a saúde no Brasil são rodeadas por incoerências, visto que o Sistema Único de Saúde não alcança todos os brasileiros de uma forma homogênea, uns tem o melhor tratamento e outros, infelizmente, não o tem. Desse modo, os menos favorecidos por esse sistema, não tem outra opção, que não seja procurar o Judiciário, para que ocorra o fenômeno conhecido como “judicialização da saúde pública”.

Nesse contexto, o Judiciário se torna responsável pela efetivação do direito a saúde para a sociedade em geral, garantindo eficácia, mesmo que apagada, dos direitos constitucionais. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações para a Administração Pública para que forneça cirurgias, medicamentos, próteses, dentre outros, procura alcançar a busca pela obrigação da prestação do serviço à saúde garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Por outro lado, essa intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública começa a apresentar falhas que podem ser irreversíveis. De um lado, são publicadas decisões que garantem um medicamento, muitas vezes em fase experimental ou de eficácia duvidosa, ou até terapias alternativas. Do outro lado, não há a escolha do ente estatal específico, se é União, Estado, Distrito Federal ou Município, já que se for medicamento, por exemplo, cada um é responsável pela distribuição de um tipo de medicamento. Assim, na maioria das vezes os processos acabam por mobilizarem vários entes federativos para a distribuição de um medicamento apenas, quando um único ente federativo resolveria o problema. Além do que, toda essa mobilização representa gastos, tanto para a Administração Pública, quanto para o Judiciário.

Toda essa problemática coloca em risco todo o sistema. O primeiro e mais evidente aspecto deste problema é a política pública voltada para a saúde, que eventualmente não faz a reserva do possível ou não respeita a fila de espera do

Sistema Único de Saúde para dar lugar àquele que veio com decisão em mãos do Judiciário. Emergindo assim, os excessos da judicialização da saúde, que da mesma forma, pode colocar em risco os direitos constitucionais daqueles que já estão na fila de espera do SUS – Sistema Único de Saúde, revelando assim, a garantia de direitos para uns em detrimento de outros.

Pode-se observar que, as ações judiciais contra entes públicos, referentes a procedimentos cirúrgicos, medicamentos, tratamentos fora do domicílio entre outros, tiveram um crescimento absurdo nos últimos anos, como será demonstrado com os números que apresentaremos ao longo do trabalho, o que é deprimente, já que fica cada dia mais claro que para se ter garantia e promoção em saúde, é necessária a interferência do Poder Judiciário.

Na Comarca de Augustinópolis não é diferente. A partir do ano de 2015, praticamente dobrou o número de ações cíveis para intervenção do Judiciário para a garantia do direito a saúde, não sabendo ao certo, quais motivos ensejadores desse aumento significativo.

Diante do exposto este trabalho levanta-se o seguinte problema: quais os fatores que influenciaram para o aumento das demandas cíveis de judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis nos anos de 2015 a 2017? E quais os possíveis caminhos para minimizar o problema?

O objetivo geral deste estudo foi analisar as ações de judicialização da saúde e a garantia do direito a saúde na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017.

Para se chegar ao fim almejado, tem-se como objetivos específicos: apresentar os pressupostos históricos e factuais da judicialização da saúde para entender como surgiu esse fenômeno; analisar o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, identificando o papel do Estado em assegurar o mínimo existencial; analisar as decisões judiciais nos processo de judicialização da saúde, levando em consideração o entendimento dos Tribunais Superiores, para se ter conhecimento das reais condições da garantia do cumprimento do provimento jurisdicional; identificar o quantitativo de ações cíveis que foram protocoladas na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017 através dos relatórios estatísticos do sistema processual e-Proc, classificando quais foram os fatores preponderantes para o aumento da judicialização e quais as alternativas para minimizar o aumento das demandas de judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017.

Justifica-se esta pesquisa pela necessidade de maiores esclarecimentos acerca da judicialização da saúde, que afeta diretamente o Poder Executivo, além do aumento das ações referentes a judicialização da saúde e como se tem julgado as demandas que versam sobre esta causa na Comarca de Augustinópolis, o que se apresenta como expressamente importante este estudo para a região.

A pesquisa atuou com o quantitativo de ações de judicialização da saúde existentes na Comarca de Augustinópolis no interstício temporal dos anos de 2015 a 2017 por meio da análise dos relatórios estatísticos do sistema processual e-Proc; visando identificar os principais aspectos que contribuíram para o aumento das ações de judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017.

A presente dissertação está dividida em seis seções, que versam sobre o histórico da saúde com direito fundamental, apresentando em seguida, os pressupostos teóricos e factuais da judicialização da saúde abordando o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, mostrando o papel do Estado em assegurar o mínimo existencial.

Após, será apresentada as decisões judiciais e o desafio atribuído ao Poder Judiciário na salvaguarda da garantia do direito à saúde, expondo a Política Nacional de Medicamentos e a colisão dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública com o princípio da dignidade da pessoa humana diante de casos concretos.

Por fim, na seção 5 será apresentada a análise dos dados das ações judiciais de garantias do direito à saúde na Comarca de Augustinópolis de 01/01/2015 a 31/12/2017, onde resultou na indicação do produto final desta pesquisa.

Quanto aos aspectos metodológicos adotados na pesquisa, optou-se por utilizar a pesquisa descritiva, vez que objetiva principalmente a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou ainda o estabelecimento de relações entre variáveis (GIL, 2002), já que o estudo identificou as características das demandas de judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis, servindo de base para a explicação do fenômeno conhecido como judicialização da saúde.

Com a intenção de interpretar o fenômeno da judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis e tratar os dados estatísticos alcançados, utilizou-se a abordagem qualitativa, “[...]os dados recolhidos são designados por qualitativos, o que significa ricos em fenômenos descritivos relativamente a pessoas, locais e conversas, e de complexo tratamento estatístico” (BOGDAN; BILKEN, 1994, p.16).

Assim, para o alcance da análise e interpretação dos dados, fez-se necessário, inicialmente, apresentar um estudo eminentemente teórico a partir da pesquisa bibliográfica, utilizando livros, artigos, legislação federal, informativos e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça na busca dos enunciados das Jornadas da Saúde do CNJ, bem como relatórios do perfil de demandas de judicialização de saúde no Brasil também do CNJ.

Já quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa classifica-se como documental, já que utiliza de materiais que ainda não foram tratados ou analisados, ou seja, os relatórios emitidos pelo sistema e-Proc são primários, trazendo forte riqueza e estabilidade nos dados.

2 HISTÓRICO DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O conceito de *direitos fundamentais* tem suas primeiras manifestações nas cartas políticas redigidas no clímax das revoluções ocorridas no século XVIII, destacando-se a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 segundo Ramos, (2017). Tal premissa revela que a Teoria dos Direitos Fundamentais é, relativamente, recente. Ainda, a historicidade de tais prerrogativas perpassam outros momentos, como o surgimento do positivismo e das concepções neoconstitucionalistas, o fim da Segunda Guerra Mundial e pós-positivismo, até as novas teorias e pensamentos contidos nas inúmeras Constituições.

Ocorre que é possível mensurar a historicidade dos direitos fundamentais a partir da gerações/dimensões de tais direitos, segundo Júnior (2015). Assim, os direitos de primeira geração, por surgirem de uma incessante luta por liberdade e freio do Estado Absolutista, representam uma continuação de um antigo costume anglo-saxônico de contenção política e institucional dos poderes da monarquia, crescendo-se a efetivação de liberdades individuais, políticas e civis. Assim, o marco inicial dos direitos aqui abordados encontra-se na busca por consolidar liberdades individuais, tais como a de manifestação do pensamento, reunião, locomoção, livre exercício de atividades profissionais, entre outras.

Portanto, segundo Bonavides:

(...) esses direitos têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2009, p. 562)

Pela concepção acima destacada, é possível entender que o Estado deve se imiscuir, por meio de uma prestação negativa, da interferência na esfera privada, íntima, individual do ser, do cidadão.

Ademais, percebeu-se que não bastava a atuação negativa do Estado para que se efetivassem direitos aos cidadãos, motivo que ensejou o surgimento de uma nova classe de direitos, os chamados *direitos sociais*, os quais exigiam do Poder Vigente uma ação positiva, um *fazer algo*. Esse momento histórico evidencia a

passagem da luta da burguesia por liberdades que garantissem os seus interesses para a luta social por dignidade do homem operário do século XIX.

Destarte, ao exigir uma prestação positiva Estatal, os direitos fundamentais de segunda geração buscam assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, possui por fundamento o princípio da igualdade e a busca por justiça social. Sarlet enuncia a respeito da segunda geração de direitos fundamentais, que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização de justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. (SARLET, 2009, p. 47).

Interessante denotar, conforme Ramos (2017) que a partir dos direitos de segunda geração, surgiu a discussão a respeito das *liberdades sociais* as quais se consubstanciam a partir da liberdade de sindicalização, do direito à greve, direito às férias, 13º salário, assim como a constitucionalização de direitos básicos dos trabalhadores. Evidentemente que tais direitos ocasionaram intensos questionamentos das forças dominantes à época, motivo pelo qual foram preteridos a normas programáticas, meras recomendações, as quais exigiram que as novas Constituições, como a brasileira, adotassem o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a fim de fosse superada a crise de observância e execução provocada pelas lacunas legislativas.

Além disso, ao final do século XX, tem-se o surgimento dos direitos de terceira geração ainda segundo Ramos (2017), marcados por princípios tais como o da fraternidade e solidariedade. Por definição, tais direitos são relacionados ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, assim como à propriedade e comunicação. São conhecidos como direitos transindividuais, por seu caráter coletivo.

Bobbio (2004, p. 30) afirma que a terceira geração/dimensão de direitos individuais teve sua gênese a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo em vista que essa Declaração,

Põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente

reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (BOBBIO, 2004, p. 30)

Assim, o pensamento de Sarlet (2009, p. 49) corrobora com o pensamento acima exposto com a premissa de que a titularidade dos direitos fundamentais deve também ser vista em âmbito coletivo.

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2009, p.569).

Inúmeras doutrinas sinalizam outras gerações/dimensões de direitos fundamentais, tornando ainda mais presente no âmbito jurídico a visualização dos fatos sociais na produção de normas e valores legais. Apesar de haver na evolução histórica dos direitos fundamentais diferentes gerações/dimensões, não há que se falar em exclusão de qualquer destas, mas sim de complementariedade.

Os direitos fundamentais podem ser confundidos com os direitos humanos, contando estes com alguns fatores que os diferenciam. Nas palavras de Figueiredo (2007, p.72):

(...) os direitos fundamentais dão origem a uma serie de posições jurídicas diversas, outorgando ao titular do direito pretensões de defesa, proteção e prestação, quer perante o Estado, na concepção clássica; quer diante de particulares, tanto como destinatários diretos das normas jusfundamentais – caso da grande maioria dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores previstos pela Constituição de 1988, por exemplo – seja de modo indireto, mediante interpretação do texto constitucional.

Com efeito, a expressão *direitos humanos* é utilizada de forma costumeira em relação aos direitos e liberdades previstos em tratados internacionais, constituindo um termo internacionalista dos direitos fundamentais. Nas palavras de Cury (2005) direitos humanos podem ser conceituados como o conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado, devendo-se sua denominação ao caráter básico e fundamentador de toda ordem jurídica, com limitação espacial e temporal.

Os direitos humanos, inerentes, portanto a condição humana são tratados por três perspectivas principais, a filosófica, que reúne os pressupostos reflexivos sobre seu desenvolvimento, conquista e consolidação, a constitucional, em que as cartas magnas de cada nação geralmente os designam como sinônimos de direitos fundamentais e a perspectiva internacional, essa, encarada sobretudo no pós guerra, em que se procura consolidar uma doutrina universal das prerrogativas inerentes ao homem, ou seja, explicitados os diferentes ângulos em que se apresenta o conceito, é salutar observar que para a discussão aqui proposta, deve-se estar atento pois essa é a gênese das garantias formais que possuímos hoje.

Para Moraes (2005) os direitos fundamentais podem ser chamados de *direitos humanos fundamentais*, por terem como produto a fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Contudo, para alguns doutrinadores como Sarlet (2007), os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais* possuem equivalente conteúdo sob o ponto de vista material, pois se referem a um conjunto de normas que objetivam proteger os bens jurídicos mais sensíveis na proteção da dignidade humana.

Diógenes Júnior explica que:

As características dos direitos fundamentais é um tema de grandes discussões jurídicas entre os doutrinadores. Os estudiosos têm procurado estabelecer um maior rol possível das referidas características, mas nunca deixando de existir divergências entre eles. Neste trabalho, tentaremos elucidar, com fundamento nas doutrinas constitucionalistas e nos reconhecimentos jurisprudenciais, as características mais importantes no que tange aos direitos e garantias fundamentais. (DIÓGENES JÚNIOR, 2012, p. 2).

No mesmo sentido Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2007, p. 35-36)

Neste sentido, tem-se que os direitos do homem ganharam relevo quando se deslocavam do Estado para os indivíduos à primazia na relação que os põe em contato.

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc. (MORAES, 2005, p. 26)

Atento, Moraes ainda traz a seguinte premissa:

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos da terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. (MORAES, 2017, p. 44)

Esses direitos surgem da necessidade observada e sentida pela população, inicialmente a inglesa, de que o estado tivesse seu poder limitado, ou seja, de que houvesse um liame estabelecido entre as liberdades individuais e o poder estatal implacável.

Assim, partindo desse ponto de vista, o direito à vida é o pontapé inicial para compreensão e desenvolvimento dos direitos fundamentais como os conhecemos, como são atualmente apresentados e defendidos; consoante, sendo um direito humano, aplica-se sobre ele todas as qualidades presentes em direitos fundamentais: a fundamentalidade, o caráter universal, histórico, ético, prioritário e abstrato (BOBBIO, 2004).

Um estudo dos Direitos Humanos precisa partir da ótica do Direito à Vida, fundamentação principiológica basilar do ordenamento jurídico brasileiro. Frisa-se que ampla é a concepção que se tem da palavra *vida*. É uma expressão discutida e conceituada por diversas esferas de conhecimento do ser humano: biológica, filosófica, religiosa, jurídica etc.

O que se vislumbra, no entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, é que não há posicionamento definitivo em lei sobre como o termo *vida* deve ser interpretado de forma conceitual, não delineando, assim, o seu início ou o seu fim, mas a vinculando como um direito humano fundamental dotado de universalidade.

Portanto, o direito à vida cobra seu devido reconhecimento como objeto jurídico que deva ser efetivamente protegido nos ordenamentos, pois, ao lado da liberdade e da integridade do indivíduo, o direito à vida é um dos pilares do que compõe a dignidade da pessoa humana.

Compreende-se, portanto em síntese que, os direitos fundamentais têm em si estreita relação com os direitos humanos, que são na verdade diferenciados, sobretudo pelo lócus normativo, considerando que esses estão previstos nos sistemas internacionais de proteção e aqueles no sistema interno das constituições de cada estado.

Nessa esteira, e em digressão, tem-se que esses direitos tem um caráter histórico profundo, desde as primeiras noções de limitações estatais, até as avançadas concepções de solidariedade e direitos globais, ocasiões em que forma revestidos de todos os princípios que hoje lhes são inerentes como a proporcionalidade, a universalidade, a essencialidade e tantos quantos são vindos para efetivá-los e garantir sua aplicação no plano fático.

Tratando então das concepções geracionistas e dimensionais desses direitos, ressalta-se sua importância não como divisões duras e rígidas, mas sim como situações que estabelecem diferentes vozes que dialogam entre si na construção desses direitos.

Assim, no que se refere aos conflitos entre as dimensões, é de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa

Ou seja, não se pode olvidar a necessária integração entre os diferentes aspectos, uma vez que a simples defesa do estado não envolve conduta única, além do que a igualdade, material e formal, e a liberdade são faces que devem integrar todos os cidadãos.

No que concerne ao acesso igualitário à saúde, muitos doutrinadores entendem que este aspecto se destina apenas aos pobres, a partir da ponderação de que somente as atividades preventivas geram o direito ao atendimento integral e gratuito, beneficiando tanto ricos como pobres, valendo-se da medicina curativa que deve ser remunerada, exceto quando se tratar de indigentes e pobres.

Para Ordacgy (2018, p. 1) o direito à saúde é considerado o direito humano e social mais importante, de caráter universal, essencial e inafastável, o que se percebe por seus antecedentes históricos e pelo alto nível de normatização da

matéria no âmbito dos direitos interno e internacional. Contudo, ao tratar o direito à vida, é necessário compreender que “direitos fundamentais” possuem diversas definições, algumas mais abrangentes, outras nem tanto. Porém, em quase todas elas, se não totalmente, tais direitos visam assegurar ao ser humano um mínimo de dignidade na sua sobrevivência e na de sua família, não sendo recente a luta para a positivação e o reconhecimento desses direitos.

Todavia, há que se destacar o art. 198, II, da Constituição Federal, que introduz entre as suas diretrizes o atendimento integral à saúde, e, embora sejam priorizadas as atividades preventivas, isso deve ser realizado sem prejuízo dos serviços assistenciais, ou seja, não constitui uma regra restritiva, tratando-se de norma de eficácia plena.

Contextualizar o direito à saúde é uma tarefa extensa, fazendo-se necessária uma abordagem quanto seus aspectos históricos, desde a definição do termo e sua evolução ao longo dos séculos na sociedade, bem como apresentar o estágio atual que esse direito alcançou.

Fazendo um apanhado histórico acerca da saúde pública e sua evolução ao longo dos tempos, Cury (2005, p. 30) oferece um contexto geral:

(...) A reunião de certas comunidades que se esforçavam em aplicar uma política de saúde era usualmente indicada pela expressão "saúde pública". Tais políticas comunitárias de saúde se esforçavam, por exemplo, na prevenção de doenças, no prolongamento da vida e na promoção do bem-estar, nos esforços de sanitização do ambiente, no controle das infecções, na educação sobre os princípios de higiene, na organização dos serviços médicos e de enfermagem para propiciar um diagnóstico mais rápido e preventivo no tratamento de doenças e no desenvolvimento de mecanismos sociais que visassem assegurar um padrão de vida adequado à manutenção da saúde... Através dos anos, as civilizações se conscientizaram de que a correta sanitização seria o principal fator para se melhorar a saúde humana. Foram tomadas diversas medidas para melhorar a higiene, especialmente nas cidades. A preocupação dos governantes com a água e com os dejetos, associando-os à saúde das populações, data da Antiguidade. A primeira atividade sanitária encontrada ao longo da história foi a construção de sistemas de suprimento e drenagem de água no antigo Egito, na Índia, na civilização creta-micênica, em Tróia e na sociedade inca. (...). Entre as glórias de Roma, esteve a criação de serviços públicos de saúde, sob a administração de Augusto, em um sistema administrativo eficiente que continuou a funcionar mesmo quando o Império decaiu e se desintegrou.

Desse modo, o atual estágio em que a saúde alcançou, sendo hoje reconhecida e garantida como direito fundamental, nos apresenta como necessária

a intervenção do poder público, vez que tomando medidas para um plano mínimo de dignidade, disponibiliza a todos e todas a garantia da saúde pública, mesmo que deficitária para alguns.

Como bem preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a saúde foi incluída entre os direitos sociais, juntamente com outros direitos, conforme bem dispõe o artigo 6º:

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. (BRASIL, 1988).

Como se não bastasse, a saúde recebeu ainda peculiar atenção, na Seção II, da CRFB/88, nos artigos 196 a 200, onde em seu artigo 198, trouxe o Sistema Único de Saúde (SUS), que três anos depois foi regulamentado pela Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

O direito à saúde, ao ser compreendido enquanto direito fundamental, torna perceptível a sua configuração como um dos primordiais elementos da transição do constitucionalismo liberal – marcado pela atuação negativa do Estado, para o constitucionalismo social que, por sua vez, exige da força estatal uma prestação positiva, uma efetiva garantia e eficácia dos direitos enunciados no documento constitucional, a fim de que se consolide o Estado Democrático de Direito o qual possui como braço maior a dignidade da pessoa humana.

Assim, a saúde, no moderno Ordenamento Jurídico, se consubstancia num direito público subjetivo, estando sua eficácia e garantia intimamente relacionadas com a construção de um Estado justo e caracterizado pela preservação dos interesses e da dignidade dos cidadãos que o compõem.

Ademais, por estar inserido numa dimensão social, sua importância se dá no sentido de ser essencial à garantia do direito à vida, sendo, pois, um bem intocável, um dos mais preciosos direitos humanos, devendo ser tutelado por políticas públicas e intervenções estatais capazes de propiciarem o seu gozo integral.

Ao se falar em saúde, é necessário ter em mente que o tema remete diretamente à Carta Magna legislativa, sendo um tema vinculado diretamente à

seara constitucional, tornando-se, assim, fundamental algumas ponderações a respeito do tema neste aspecto.

Entende-se por direito à saúde não somente a prevenção, por parte do Estado, de patologias, mas sim a viabilização de um perfeito bem-estar, seja este físico, mental ou social.

O direito fundamental à saúde também está elencado no texto do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966), na altura de seu 12º artigo, tornando-se, mais uma vez, notória sua vinculação com outros direitos humanos reconhecidos. Uma análise mais cuidadosa do Pacto evoca a não-taxatividade desses direitos positivados; assim, o direito à saúde vai além de ter direito de possuir um corpo saudável: diz respeito a uma gama de direitos e liberdades que envolvem a saúde. Alguns desses direitos e liberdades dizem respeito, por exemplo, para decidir sobre os tratamentos que um cidadão queira receber, ter direito ao próprio corpo e de não ser obrigado a receber tratamentos cruéis ou desumanos. Assinalado, consoante, é a existência de vários componentes que, para o real acesso à saúde, são necessários e vinculados, os quais são a qualidade, a aceitabilidade, a acessibilidade e a disponibilidade.

Consoante, é observado o desenvolvimento de um sistema protecional à saúde que permita que as pessoas tenham as mesmas oportunidades para usufruir do direito fundamental à saúde. Como explicita, o pacto em tela elenca direitos que são de extrema necessidade para o real direito à saúde dos cidadãos dos Estados-Membros da ONU; para tal, estes precisam implementar, progressivamente, as diretrizes apresentadas.

Portanto, o que se percebe é que os conceitos apresentados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) englobam diversas faces do direito à saúde, incluindo o desenvolvimento socioeconômico, a assistência realizada pelo estado, que também deve provar a proteção e a promoção da equidade ao acesso.

A OMS e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, evocam a obrigatoriedade dos Estados-Membros de empreenderem políticas públicas para que seja assegurado o direito à saúde, nos moldes internacionais apresentados. No entanto, não se deve olvidar que é necessário empenho do estado para garantir o rol de condições imposta pela ONU que são a disponibilidade, a acessibilidade, aceitabilidade e a qualidade do serviço de saúde pública do estado.

Assim, observa-se a necessidade visceral da existência desses pactos e organizações internacionais que discutam e versem sobre direitos humanos, incluindo o direito à saúde, pois é através desses que se busca padrões melhores de políticas públicas apresentadas à sociedade, trazendo melhorias para a vida das pessoas.

3 A JUDICIALIZAÇÃO EM SAÚDE: pressupostos teóricos e factuais

A judicialização da saúde começou a experimentar reflexos diferentes na atual ordem constitucional a partir da expansão do judiciário, que bem fortalecido, abriu um novo caminho para compelir o Estado a concretizar os direitos sociais fundamentais estabelecidos e garantidos pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é perceptível que “A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com seus propósitos, declarados formalmente na Constituição” (VIANNA, 2014).

Assim, a judicialização da política torna-se a válvula de escape para a busca dos interesses e direitos de uma sociedade mobilizada. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça (VIANNA, 2014).

O Poder Judiciário ao ser chamado para suprir as deficiências do Poder Executivo, e Legislativo, o Judiciário passa a desempenhar papel político ativo, deixando então de ser como é classificada uma “função de segunda classe”, para se converter em um verdadeiro Poder do Estado, diante disso nota-se que houve inversões de posições e seus valores também. Pois o Poder Judiciário toma para si as responsabilidades para concessão dos objetivos constitucionais.

Ante o que já foi abordado, surge a necessidade de se explicar o que vem ser a Judicialização da Saúde? Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. [...] (BARROSO, 2011 *apud* NOBRE, 2011, p. 356).

Expressando assim judicialização não é nada mais do que uma forma de transferência para o Judiciário das questões relativas à cidadania que deveriam ser tratadas pelo Legislativo ou Executivo. Diante da omissão desses poderes a

judicialização vai buscar na esfera jurídica a aplicabilidade dos direitos garantidos na Constituição Federal, não podendo ser confundida com o ativismo judicial.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 25).

No mesmo sentido:

A judicialização por si só não importa em *ativismo judicial*, compreendido o fenômeno como a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p. 20)

Em atenção ao exposto, apesar da judicialização da saúde, quer queira quer não, trazer à baila o ativismo judicial, que por sua vez traduz-se como uma nova interpretação do direito, trazendo muitas vezes a interpretação mais ampla da lei, atuando o Judiciário como legislador, não podemos confundir esses dois institutos, haja vista que a judicialização, diferentemente do ativismo judicial traz decisões com força política, interferindo nas decisões dos demais poderes embasadas por regras e princípios, mas não fazendo interpretação extensiva da lei.

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. (BARROSO, 2012, p. 17).

Nesse sentido, são imensas as demandas de ações judiciais todos os anos, trazendo sinal e alerta sobre a questão da aplicação direta dos direitos fundamentais, seja por meio do ativismo judicial ou por meio da judicialização, o direito a saúde tem sido um tema grandemente abordado em artigos, estudos e outros meios de discussões sobre esse tema. E principalmente os impactos que esses processos judiciais trazem aos cofres públicos, preocupam não somente ao Judiciário, mas como também a todos os âmbitos dos poderes governamentais existentes no Brasil. A má distribuição dos financiamentos e dos recursos destinados à saúde pode ser uma das causas que podem explicar porque tantos cidadãos recorrem ao Poder Judiciário para sua efetivação.

O que se deseja destacar é a imprescindibilidade do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde nos casos concretos, diante da reiterada omissão do Estado no seu dever de garanti-lo. Quem bate às portas do Judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento o faz porque o Estado nega-lhe tal prestação. (GANDIN *et al.*, 2009).

Outro problema que deve ser apontado é que o Judiciário também sofre com sérios problemas de interpretação dos pedidos, surgindo a necessidade de um auxílio de comitês para os magistrados, pois os juízes não possuem formação especializada na área da saúde, trazendo assim em certos casos uma dificuldade maior em sua equiparação necessária para sua efetivação, apreciando assim com maior cautela cada necessidade que lhe são apresentadas via ações judiciais.

3.1 Princípio da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial

Inicialmente permite-se abordar o que seja o mínimo existencial, de início já se pode entender que o mínimo existencial são os direitos essenciais, imprescindíveis ao ser humano, ou seja, referem-se aqueles direitos imperiosos a uma vida digna, cuja sua aplicação é mais que necessária. Pode-se analisar ainda, que o mínimo existencial tem uma estrita relação com os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, portanto resguarda um alicerce mínimo civilizatório a todos.

O mínimo existencial já abarcado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em seu artigo XXV, já se apresentava ainda em 1948, como fundamental, senão vejamos:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (DUDH, 1948)

Presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tida como a *Constituição Cidadã*, em seu artigo 170, que dispõe que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”, o mínimo existencial exige-se literalmente uma vida digna a todos, onde tudo se submete ao mínimo existencial, inclusive a ordem econômica.

O conceito mínimo existencial não pode jamais ser reduzido ao valor mínimo vital. Não é qualquer direito que se transforma em mínimo existencial, sem uma previsão mínima necessária é impossível à sobrevivência do homem.

O filósofo alemão I. Kant lança luz sobre o conceito de dignidade humana, o que pode esclarecer o conceito de mínimo existencial:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr outra em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] aquilo [...] que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade. (KANT, 1986, p. 112).

Assim, subentende-se que a característica crucial do ser humano seria a dignidade, não permitindo que o homem trate outros homens como se fosse coisa, mas agir de conforme os fins de si mesmos, com liberdade, devendo ter tratamento social igualitário a todos, pelo simples fato de serem homens.

O Princípio da dignidade da pessoa humana vem ganhando espaço no cenário internacional por ter ligação direta e ininterrupta com os direitos humanos e garantias internacionalmente protegidos pelas instituições que lutam pelos direitos dos homens, apresentando-se como uma das protagonistas deste cenário mundial na defesa de tais direitos, buscando levar à todos uma vida digna de ser humano.

Nesse contexto é que a Declaração Universal de Direitos Humanos traz em seu preâmbulo a proteção da dignidade da pessoa humana, proclamando em seu artigo 1º, que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”.

Do mesmo modo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 agraciou o princípio da dignidade humana em seu artigo 1º, III, o qual estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana.

Todavia, esta não foi a primeira vez que uma Constituição Brasileira consagra em seu conteúdo a dignidade da pessoa humana. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 trazia em seu artigo 115, a previsão de que a ordem econômica do país deveria ser organizada de acordo com os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse existência digna a todos, trazendo, mesmo que de modo disfarçado, o princípio da dignidade da pessoa humana, hoje, com proteção internacional, como direito fundamental.

Agora tratado como princípio natural positivado, a dignidade da pessoa humana, como bem descreve Sarlet (2001, p. 41) tem como indicador fundamental o respeito às escolhas de todos os homens independente de qualquer condição, sendo a dignidade da pessoa humana predicado umbilical da condição humana, devendo, portanto, ser resguardada, não havendo motivos para ser-lhe retirada.

Acrescenta ainda Sarlet (2001, p. 60) que cada ser humano traz uma qualidade intrínseca e distintiva, que lhe torna único e lhe faz merecedor de respeito e consideração dos outros seres humanos e também por parte do Estado, trazendo à baila direitos e deveres fundamentais que possam assegurar aos seres humanos condições mínimas e dignas para uma vida saudável, promovendo a participação destes mesmos homens na construção da sua própria existência como na construção dos demais seres humanos.

Assim, condição inerente a todos os seres humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra descanso na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no texto maior da lei brasileira, tido hoje como princípio fundamental.

Importante considerar ainda, as manifestações de Piovesan (2000, p. 54) quando diz que a dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a

interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

Desse modo, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não abrange apenas os direitos inerentes a pessoa, mas também os de natureza social, cultural e econômica, uma vez que o Estado Democrático de Direito foi inaugurado em 1988 com o Texto Maior, deixando transparecer a valoração e urgente necessidade da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana como garantia de uma vida digna e saudável a todos os seres humanos.

Importante anotar, que o mínimo existencial, apesar de soberano nos termos do artigo 170 da CRFB/1988 e no artigo XXV da DUDH, precisa passar pelo crivo da teoria da reserva do possível, que por sua vez é a forma que o Estado criou para limitar as exigências absolutas da sociedade.

Registre-se que, originalmente, tal teoria não se apresenta necessariamente atrelada às condições materiais para a realização do direito, senão de traças parâmetros à satisfação por parte do Estado de prestações positivas, vinculando as pretensões apresentadas à noção da razoabilidade da exigência formulada. (DANIELLI, 2018, p. 87)

Cumpra-se observar, no que concerne à reserva do possível, que essa nomenclatura ‘reserva do possível’ foi criada pela doutrina Alemã a qual revela que só se pode garantir os direitos fundamentais previamente previstos se houver recurso público para efetivar tal garantia.

Naquela oportunidade, segundo Carneiro (2016, p. 271) asseverou a Corte alemã que “[...] a reserva do financeiramente possível restringiria a exigibilidade das prestações àquilo que o indivíduo poderia razoavelmente exigir da coletividade, à vista do contexto socioeconômico existente [...]”. A partir daí passou-se a ter a ideia de que a efetivação de direitos sociais necessitava de recursos previamente reservados pelo Estado para a garantia de direitos fundamentais.

Conforme bem salientam Sarlet; Figueiredo (2008), foi a partir disso, que a *reserva do possível* (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que

estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Depois disso, os doutrinadores do direito brasileiro, com a influência dos doutrinadores do direito alemão, passaram a aplicar a reserva do possível no direito brasileiro que tomou grande proporção nos últimos tempos, onde o Estado alega limites de possibilidades quando da garantia da efetivação de direitos constitucionalmente conquistados.

Valendo-se de vários conceitos, constata que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. Para 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, 2002, p. 236).

O que corrobora com o pensamento de Danielli:

Todavia, o parâmetro do que se pode razoavelmente esperar da sociedade e do Estado (ainda mais sob a concepção de solidariedade social ou de fraternidade) não deveria ser de todo abandonado pelo Judiciário, notadamente diante das peculiaridades e do contexto de escassez no caso brasileiro, o que evidencia certos pleitos como completamente irrealis (até mesmo para a realidade alemã!) e, nessa medida, ensejadores de agravamento das desigualdades sociais. (DANIELLI, 2018, p. 87)

Verifica-se, portanto, que a expressão reserva do possível é analisada por várias nuances, a primeira delas é quanto às limitações dos recursos disponíveis diante das necessidades que devem ser supridas pelo Estado, a segunda é que as pessoas tem o direito de procurar o judiciário quando da não efetivação de direitos e garantias fundamentais e por último, a análise de que existe um limite de possibilidades financeiras para efetivação desses direitos por parte o Estado.

Segundo Nunes e Scaff (2011, p. 97), “[...] reserva do possível é um conceito econômico que decorre da constatação da existência de escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais [...]”. Desse modo, entende-se que a ideia de reserva do possível está intimamente ligada a justificação de insuficiência de recursos públicos para a efetivação de direitos previamente garantidos por parte do Estado.

Do mesmo modo, se faz necessário apresentar as diretrizes da reserva do possível que abrange, conforme Sarlet e Figueiredo (2008), a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; 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, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; já na perspectiva (também) do 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.

Nesse contexto, faz-se necessária a disponibilidade fática e jurídica de recursos para garantir os direitos constitucionalmente alcançados, mas por outro lado, a prestação é analisada por dois vieses, pela proporção da exigibilidade e pela razoabilidade da reserva desses recursos.

O problema que permeia consiste diretamente no ponto de conciliar o mínimo existencial e a reserva do possível, devendo-se fazer uma análise de caso a caso, podendo então citar como exemplo: o caso de determinada pessoa, que pleiteia o custeio de seu tratamento por parte do Estado apresentando a comprovada eficácia de que o mesmo irá lhe trazer melhoria, ou se possível à cura para tal doença. O Estado por sua vez, nega o devido tratamento. Assim, neste caso que a parte apresentou todas as provas de que o tratamento é eficaz e que o mesmo é de alcance da Fazenda Pública, é desumano a negativa e contramão do princípio da dignidade humana, e do mínimo existencial. Outro exemplo é querer que o Estado custeasse um tratamento de eficácia duvidosa, ou se quer sem dados ou provas necessárias para tal aquisição.

É exatamente nesses casos, que se encontra a discórdia entre as doutrinas, a análise ponderativa de cada caso é medida que se impõe quando da decisão, necessitando que o caso concreto seja transparente para a tomada da decisão mais justa, analisando de forma imperiosa a necessidade da parte para depois da consumação da ação, bem como tomando cuidado para não fazer o Estado arcar com custos abusivos e não reservados.

Nesse aspecto, que assume maior relevância na discussão, a efetividade é relativa, visto que a existência dos recursos materiais está relacionada a dois ares

sendo o primeiro a disponibilidade fática do meio necessário, e a disponibilidade jurídica deste meio, o que para Sarlet e Figueiredo (2008) não bastaria a existência dos recursos, o Estado deveria ter a capacidade jurídica para deles dispor.

Por outro lado, para a garantia da efetivação dos direitos sociais a reserva do possível vai de encontro com o mínimo existencial confirmado pela dignidade da pessoa humana, o que faz com que a banalização do princípio da reserva do possível se torne eminente nas defesas do Estado em processos de judicialização.

Assim, mesmo com a divergência acerca do entendimento do princípio da reserva do possível que convive face a face com o mínimo existencial, a proteção dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios basilares do direito brasileiro é medida que se impõe, os quais devem ser protegidos e agasalhados por todos, principalmente pela reserva do possível.

3.2 O papel do Estado em assegurar o Mínimo Existencial

O objetivo das Constituições, incluindo a Carta Magna de 1988, consiste em promover o bem-estar de todos, para assegurar a dignidade da pessoa humana, o que inclui além da garantia dos direitos individuais, o acesso às condições materiais mínimas de existência. Ao estabelecer o mínimo existencial se estabelece a prioridade dos gastos públicos. Apenas quando atingidos os recursos necessários para a dignidade humana se poderá cogitar, quanto aos recursos remanescentes, em quais áreas se irá investir. Nesse sentido, o mínimo existencial, por envolver prioridades orçamentárias é capaz de conviver com a reserva do possível.

Todos têm o direito a prestações mínimas do Estado que visam garantir um mínimo de dignidade a qualquer cidadão, observando esses aspectos, no que concerne direitos relacionados à saúde. Sob uma ordem proferida constitucionalmente, todo ser humano tem direito a todos os meios necessários não somente aos tratamentos de doenças, mais como também pela sua prevenção, e conservação da mesma. Incluso assim no rol dos chamados direitos mínimos ligados diretamente a dignidade da pessoa humana, direito esse que não pode ser tratado de forma mesquinha.

A denominação 'mínimo existencial' não se confunde com 'mínimo vital' ou 'mínimo de sobrevivência', uma vez que estas duas últimas expressões não abrangem "as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, de

uma vida com certa qualidade”, médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Diante de todo esse debate relacionado ao mínimo existencial, para muitos o conceito de mínimo existencial se confunde com dignidade da pessoa humana, entretanto a dignidade visa garantir integridade moral do ser humano se torna meio ético o uso dessa colocação, pois é no mínimo lógico o simples fato do indivíduo já existir no mundo como ser humano. Assegurar o mínimo é garantir os direitos mínimos e básicos para uma sobrevivência digna.

O homem possui necessidades básicas, exigidas em decorrência de sua própria natureza, tais como: orgânicas (entre elas, a alimentação adequada); biopsíquicas (aceitação do outro, procriação); autonomia individual (reconhecimento de si e pelos outros); comunicação; educação; etc. O atendimento de apenas algumas destas necessidades, desprezando-se as demais, é a mesma coisa que desconsiderar o homem em sua integralidade.

O direito a saúde, é um direito fundamental, isto significa que existe uma vinculação aos poderes públicos nas três esferas, (Legislativo, Executivo e Judiciário) todos estão incumbidos de responsabilidades. O poder Legislativo e Executivo principalmente, pois são os responsáveis diretos em criar e executar normas e dar concretização ao máximo relacionados a saúde, o Judiciário fica na posição de guardião da Constituição e das leis, além de corrigir e em certos casos obrigar de forma coercitiva aos demais poderes quando se tratar de concretização das leis sanitárias.

Por este ponto de vista dá-se o entendimento que não basta somente que o Estado reconheça formalmente o direito à saúde, existe a necessidade que se façam políticas públicas, medidas sociais e principalmente econômicas para garantir que esse direito seja respeitado e plenamente distribuído sem quaisquer restrições aos tratamentos essenciais.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: decisões judiciais e o desafio atribuído ao Poder Judiciário na salvaguarda da garantia do direito à saúde.

O direito à saúde está resguardado e garantido pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 196, e é elencado como Direito Social, no artigo 6º do Texto Maior.

A judicialização da saúde tem se tornado o primeiro obstáculo para os sistemas de saúde, ante a existência de inúmeros e diferentes conflitos, quais sejam: pedidos de cirurgias, consultas médicas e liberação de medicamentos incluídos ou não nos atos normativos do Sistema Único de Saúde.

A saúde, apresentada como um dos direitos fundamentais que compõe o rol da Constituição da República Federativa do Brasil, faz com que o Sistema Único de Saúde sofra com as condenações de prestação de saúde. Os pedidos judiciais são os mais variados possíveis, como: procedimentos cirúrgicos, tratamentos, equipamentos, fármacos entre outros, para a efetivação da garantia do direito à saúde. Especialmente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, que positivou generosamente diversos direitos humanos, a dogmática jurídica brasileira, tradicionalmente tímida quanto à eficácia jurídica de princípios e normas constitucionais, evoluiu rapidamente para o reconhecimento da aplicabilidade de todos dispositivos constitucionais, por meio de um movimento jurídico-acadêmico que ficou conhecido como doutrina brasileira da efetividade, muito influenciado pelas teorias do norte-americano Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy a respeito dos princípios e dos direitos fundamentais (BARROSO, 2008).

Como se observa, a atual Constituição brasileira abarcou garantias e direitos fundamentais relevantes no cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito à saúde não poderia ser menos do que o protagonista dessas garantias, não desmerecendo os demais, vez que além de representar o louvor do dever estatal de implantar políticas públicas garantindo assim a dignidade da pessoa humana.

A constitucionalização do direito à saúde serviu para dar impulso ao controle judicial das demandas públicas, permitindo o acesso às políticas públicas por meio do Judiciário, que deveriam ser implantadas pelo executivo, fenômeno esse conhecido como Judicialização.

A Judicialização da Saúde no Brasil teve como marco inicial as reivindicações para o fornecimento de medicamentos contra HIV na década de 90 (WANG, 2013). Com o sucesso dos pacientes com HIV, que conseguiram a liberação dos medicamentos contra a doença, outras pessoas portadoras de outras moléstias começaram a judicializar os pedidos de liberação de medicamentos por todo o Brasil, estando ou não nos atos normativos do SUS.

Assim, o direito fundamental à saúde coexiste com outros direitos como: o direito à vida, liberdade, tais quais mencionados anteriormente, posto que sem que haja bem-estar físico e mental, não haverá dignidade. Logo, efetivar o direito à saúde é dever do ente estatal e, caso não ocorra, o indivíduo deve exigir a execução, inclusive por meio de vias judiciais.

4.1 Do fornecimento de medicamentos por meio da judicialização da saúde

Dentre as demandas de judicialização da saúde, a que se destaca é a demanda para fornecimento de medicamento. Santos (2011) explica que o Brasil possui um dos maiores sistemas integrado de saúde do mundo, sendo certo que muitos atacam a sua efetividade em relação ao contingente de usuários. Com efeito, a União, os Estados e os Municípios estão sendo constantemente acionados pelos administrados para dar cumprimento a inúmeros processos relacionados ao fornecimento de medicamentos de elevado custo, bem como a realização de procedimentos cirúrgicos de alta e média complexidade, além do fornecimento de todo tipo de suplemento alimentar.

O aumento das demandas de fornecimento de medicamentos torna clarividente o descaso dos entes federados, e comprova a ineficiência do Executivo na implementação de políticas públicas na saúde, apresentando fraude à Constituição República.

Por outro lado, a Política Nacional de Medicamentos, também conhecida como Política Nacional de Assistência Farmacêutica (central núcleo de política de medicamentos no Brasil) juntamente com Organização Mundial de Saúde, vem sentindo a necessidade de padronizar os medicamentos tidos como essenciais.

Por meio do Ministério da Saúde, criou-se a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) que é complementada pela Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUNE), e para que algum medicamento seja

incluído nessas relações é necessário que esteja de acordo com a Portaria 3916/1998 do Ministério da Saúde, a qual verifica a segurança, eficácia, qualidade, uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Conforme menciona Mapelli Júnior (2017, p. 81):

Para assegurar o acesso da população a medicamentos com segurança, eficácia e qualidade, ao menor custo possível, condição essencial para a sua universalização, foram apresentadas as seguintes diretrizes para a organização sistemática dos programas de medicamentos (3. Diretrizes):

1. Adoção de relação de medicamentos essenciais;
2. Regulamentação sanitária de medicamentos, com ênfase à promoção do uso de medicamentos genéricos;
3. Reorientação da assistência farmacêutica, que deverá se fundamentar na descentralização da gestão, na promoção do uso racional dos medicamentos, na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público, no desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução dos preços dos produtos;
4. Promoção do uso racional de medicamentos;
5. Desenvolvimento científico e tecnológico;
6. Promoção da produção de medicamentos;
7. Garantia de segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos;
8. Desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

O que corrobora com o pensamento de Vieira (2008), quando explica que para que um medicamento possa ser incorporado ao SUS, se faz necessária a comprovação de que seja seguro, eficaz, efetivo e possua custo-efetivo. São considerados seguros aqueles medicamentos que não provocam danos; eficazes, aqueles cujos efeitos e resultados são comprovados cientificamente; efetivos, aqueles cujos efeitos e resultados comprovados cientificamente são os mesmos obtidos quando aplicados em pacientes nas condições reais indicadas para o uso; e custo-efetivos, aqueles que possuem o menor custo dentre as opções de medicamentos efetivos.

Desse modo, o principal objetivo da Política Nacional de Medicamentos é a promoção do uso racional de medicamentos seguindo protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, além do menor custo possível que é condição essencial para a universalização desse medicamento.

O Ministério da Saúde, por meio da Assistência Farmacêutica, aglomera um conjunto de ações voltadas à proteção e recuperação da saúde, e é a assistência farmacêutica a responsável pela promoção do acesso aos medicamentos no Sistema Único de Saúde aos cidadãos brasileiros. A referida oferta é organizada em

três componentes que compõem o Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica, quais sejam: o Componente Básico, Componente Estratégico e o Componente Especializado, todos de responsabilidade tripartite, ou seja, de responsabilidade da União, Estados e Municípios.

A relação de medicamentos de cada ente que compõe a triparte é chamada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) que é uma lista orientativa que está dividida de acordo com os componentes sobreditos, além de insumos e medicamentos de uso hospitalar.

Necessário se faz analisar cada componente do bloco de financiamento da assistência farmacêutica.

O Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF) destina-se à aquisição de medicamentos e insumos, incluindo-se aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica à Saúde, conforme artigo 2º da Portaria nº 1.555/2013;

O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF) destina-se à garantia do acesso equitativo a medicamentos e insumos, para prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto socioeconômico ou que acometem populações vulneráveis, contemplados em programas estratégicos de saúde do SUS.

O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF) foi regulamentado pela Portaria GM/MS nº 2.981, de 26 de novembro de 2009 e atualizado pela Portaria GM/MS nº 1.554/2013 e, tem mostrado ser uma grande estratégia para o acesso a medicamentos no Sistema Único de Saúde, tendo como principal característica a garantia da integralidade do tratamento medicamentoso para todas as doenças contempladas no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Apesar do cuidado que a Assistência Farmacêutica tem para garantir o financiamento de medicamentos aos usuários do Sistema Único de Saúde, a judicialização da saúde ainda é medida que se impõe, haja vista que a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais não abarca todos os medicamentos e, situações pontuais podem deixar o cidadão entre a vida e morte na dependência de tal medicação, motivo esse que faz com que as demandas de judicialização da saúde requerendo medicamentos não diminuam.

Partindo desse pressuposto, é que o Judiciário vem condenando o Poder Público no fornecimento de medicamentos não incluídos nos atos normativos do SUS, o que para alguns autores prejudica a coletividade, como bem ponderam Marques e Dallari, 2007:

O Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, não toma conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência farmacêutica. E assim, vem prejudicando a tomada de decisões coletivas pelo sistema político nesse âmbito, sobrepondo as necessidades individuais dos autores dos processos às necessidades coletivas. (MARQUES; DALLARI, 2007, p. 101).

Nesse contexto a condenação do Sistema Único de Saúde por meio do Judiciário integraliza a assistência à saúde, que é dever do Estado garantido pela Constituição Federal, mas que pode colocar em risco o direito da coletividade, vez que os medicamentos pontuais que estão fora dos atos normativos do SUS são de alto custo para os cofres públicos.

Todavia apesar das enormes repercussões quanto ao valor desses medicamentos, o que se busca é o mínimo existencial para essas pessoas que necessitam desse medicamento e não tem a condição mínima para adquiri-lo. Segundo o constitucionalista alemão Alexy:

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando muitos deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio orçamentário do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior do que razões político-financeiras. (ALEXY, 2011, p. 512-513)

Nesse interim, recentemente, a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento de Resp. 1.657.156 estabeleceu critérios para a liberação de medicamentos que não estejam constantes dos atos normativos do SUS, não fazendo menção aos valores desses medicamentos (Tema 106 em repercussão geral). O tema afetado foi: a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, exclusivo o inciso I, do artigo 19-M, da Lei nº 8080/90. Vale ressaltar que o julgamento nada afetou o inciso II, do artigo 19-M, da mesma lei.

Ementa do julgamento do Resp. 1.657.156 (Tema 106):

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

(STJ - REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25/04/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/05/2018)

Com o entendimento fixado pela Primeira Seção do STJ, da relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, o Estado é obrigado a fornecer medicamento que estejam fora da lista do SUS se, cumulativamente, a parte apresentar três importantes critérios.

O primeiro deles é a demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento no tratamento, através de laudo médico circunstanciado e

fundamentado pelo médico que assiste ao paciente e, a ineficácia dos fármacos listados no SUS para a enfermidade apontada.

O segundo critério é a devida comprovação de hipossuficiência daquele que requer o medicamento, comprovando que a compra do medicamento comprometeria o sustento do lar, não havendo necessidade de comprovação de estado de miséria ou pobreza.

O terceiro e último critério fixado pelo STJ é que o medicamento já tenha sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), corroborando com o disposto no artigo 19-T, inciso II, da Lei nº 8080/990.

Do julgamento do Resp. 1.657.156, ainda se respalda a realização de estudos, por meio da Comissão Nacional de Tecnologias do SUS, quanto a viabilidade de incorporação do medicamento aos já normatizados pelo Sistema Único de Saúde.

Desse modo, imperioso destacar a importância da manifestação do STJ, vez que gerou avanço no cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, garantindo o fornecimento de medicamento àquele que necessita da medicação que se encontra fora dos atos normativos do SUS, desde que preenchido devidamente os critérios já estabelecidos.

O Julgamento do Resp 1.657.157, veio demonstrar que o Judiciário não se acovarda na efetivação de direitos e garantias fundamentais, mas também não deixa de analisar os atos normativos do Sistema Único de Saúde, respeitando suas normativas, como é o caso do terceiro critério para liberação de medicamentos fora da lista do SUS, ou seja, para a liberação do medicamento, este tem que ter registro na ANVISA, respeitando os termos do artigo 19-T, da Lei n 8080/90.

Após a manifestação do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.657.156, a III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou mais 6 (seis) enunciados sobre determinação judicial de fornecimento de medicamentos, senão vejamos (ENUNCIADOS DA I, II E III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019):

ENUNCIADO Nº 06: A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível

- julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019). (CNJ, 2018, p. 2)
ENUNCIADO Nº 09: As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Conep e Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019). (CNJ, 2018, p. 3)

Observe, que o enunciado 6, trata exclusivamente de fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA ou em fase experimental, assim como julgado no Resp. 1.657.156 STJ.

ENUNCIADO Nº 12: A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019). (CNJ, 2018, p. 3-4)

ENUNCIADO Nº 14: Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019). (CNJ, 2018, p. 4)

Os enunciados 12 e 14 já tratam da ineficácia, inefetividade ou insegurança dos medicamentos que ainda não estão incluídos no SUS, também retratando o Resp. 1.657.156. Assim, após a devida comprovação da efetividade do fármaco solicitado em sede de judicialização da saúde é que a liberação via judicial se faz necessária, desde que devidamente acompanhada de relatório médico com o diagnóstico da doença e a posologia.

ENUNCIADO Nº 50: Não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ou deferidas medidas judiciais que assegurem acessos a produtos ou procedimentos experimentais (Tema 106 STJ - STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 e RE 566471/RN, RE 657718/MG do STF). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019). (CNJ, 2018, p. 11-12)

ENUNCIADO Nº 75: Nas ações individuais que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, sob pena de indeferimento do pedido, devem ser observados cumulativamente os requisitos estabelecidos pelo STJ, no julgamento do RESP n. 1.657.156, e, ainda, os seguintes critérios: I) o laudo médico que ateste a imprescindibilidade do medicamento postulado poderá ser infirmado através da apresentação de notas técnicas, pareceres ou outros documentos congêneres e da produção de prova pericial; II) a impossibilidade de fornecimento de medicamento para uso off label ou experimental, salvo se houver autorização da ANVISA; III) os pressupostos previstos neste enunciado se aplicam a quaisquer pedidos de tratamentos de saúde não previstos em políticas públicas. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019). (CNJ, 2018, p. 16-17)

Os enunciados 50 e 75 ainda tratam do fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, porém, traz algumas exceções para o deferimento, quais sejam: apresentação de laudo médico atestando a imprescindibilidade do fármaco, a impossibilidade de fornecimentos de medicamento para o uso offlabel ou experimental, salvo se houve autorização expressa da ANVISA.

Os enunciados do CNJ servem de parâmetros para a elaboração de decisões judiciais que tratam sobre judicialização da saúde, e pode ser utilizada para socorrer os magistrados em questões de cunho científico, vez que estes enunciados são elaborados pelos Núcleos de Apoio Técnico (NAT-jus).

O que mais chama a atenção é o fato de que se fazem listas de medicamentos essenciais para atender à necessidade da maioria da população, sem, contudo, observar que uma grande parte ainda fica desassistida, como é o caso dos medicamentos de alto custo ou por estarem em fase experimental. Assim, torna-se, de fato, urgente, a judicialização da demanda pugnando pela liberação desse medicamento.

Vale ressaltar, que apesar deste avanço na Judicialização da Saúde, ainda há muito que percorrer, a lembrar dos pacientes que necessitam de medicamentos de alto custo não incluídos nos atos normativos do SUS, que está em repercussão geral no STF – “Tema 6: dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.”, aguardando julgamento no RE nº 566.471.

Além da manifestação do STJ no Resp. 1.567.156, o Supremo Tribunal Federal (STF), gerou mais um tema ao reconhecer repercussão geral nas demandas que envolvem liberação de medicamentos, ao julgar o RE 657.718, que estabeleceu critérios para a liberação de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.

Com a tese fixada pelo pleno do STF ao julgar em repercussão geral o RE 657.718, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sendo, via de regra, a falta de registro do medicamento na ANVISA o impedimento para o fornecimento de medicamento por decisão judicial, como podemos observar dos itens 1 e 2 da decisão.

Por outro lado, o item 3 da tese fixada, apresenta um exceção a regra sobredita, ficando ainda consignado que é possível, por meio de decisão judicial a concessão de medicamento sem registro na ANVISA, desde que haja demorar

irrazoável da agência em apreciar o pedido e preenchendo três requisitos, quais sejam:

O primeiro deles é a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); O segundo requisito é a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e o terceiro e último requisito é a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Da tese fixada no julgamento do RE 657.718, o STF ainda se manifesta acerca da legitimidade passiva das demandas de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, confirmando, em seu item de nº 4 que a União é a legítima para atuar no polo passivo das demandas dessa natureza.

O direito à saúde é inquestionável e devemos fazer o necessário para garantir a assistência à saúde. Partindo desta premissa verificam-se vários desafios da judicialização da saúde no Brasil, julgar os temas afetados por repercussão geral nos Tribunais Superiores é um deles e sendo o direito a saúde garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 6º que descreve a saúde expressamente como um direito social e o art. 196 da carta magna, deve-se elaborar políticas sociais e econômicas por parte do Estado para o efetivo cumprimento desse direito.

Não se pode, contudo, ignorar a situação econômica, muito menos o orçamento público investido de forma possível nos financiamentos de componentes, competindo ao administrador público, na medida de suas possibilidades, investir com discricionariedade o dinheiro público.

Há quem acredite na necessidade de uma mudança no ordenamento jurídico em vigor, ou pelo menos na sua interpretação, não havendo como desacelerar o fluxo de ações que buscam o fornecimento de medicamentos, ou ainda tratamentos especiais, na esperança de que por meio de determinação judicial, o fornecimento seja possível, ao ponto que a negativa do fornecimento de determinado medicamento necessário à vida, significa negativa do direito ao cidadão à saúde. O poder e a responsabilidade atribuídas ao Poder Judiciário o legítima a conceder o pleito dos pacientes, garantindo assim o direito e a garantia que a Constituição cidadã os conferiu.

Nesse sentido, verifica-se que o Poder Judiciário, por meio de suas decisões é de fundamental importância para a proteção dos direitos constitucional relacionados a saúde, constituindo ferramenta teórica e prática de grande relevância

para a prática gestora do SUS de modo que compreende e soluciona conflitos utilizando uma ética mínima através de seus princípios norteadores, tanto para os demandantes quanto para os demandados.

4.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e os interesses patrimoniais da Fazenda Pública

Analisando a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da reserva do possível quando frente a frente em um caso concreto, se faz necessário uma digressão aprofundada dos dois princípios, vez que corriqueiramente são citados em decisões judiciais.

Quando se fala em efetivação de direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, é preciso fazer uma ponderação quando da análise de casos concretos, haja vista que corre um sério risco de conflitos entre dois ou mais princípios e garantias, já que a quantidade de direitos fundamentais é um tanto relevante, mas ainda não o suficiente, principalmente quando se trata da colisão entre o princípio da dignidade humana e os interesses patrimoniais da fazenda pública fundamentada no princípio da reserva do possível, corroborado com o pensamento do doutrinador alemão Alexy:

[...] em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, com meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”. (ALEXY, 2011, p. 69).

Desta feita, imprescindível analisar, em um caso concreto, quando estamos diante de ações que questionem a reserva do possível e a garantia do direito à saúde, fica a interrogação que se assemelha com o problema do presente artigo: em um caso concreto, quando há colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os interesses da fazenda pública, tendo como base o princípio da reserva do possível, como o julgador deve se posicionar, já que estará entre dois princípios?

Levando em consideração a manifestação sobredita de Robert Alexy, acerca da colisão entre princípios, o autor entende que o indivíduo pode requerer de modo razoável, e o julgador ao analisar o caso concreto deve se ater a teoria dos princípios para a solução do problema, trazendo à baila o princípio da proporcionalidade, a esclarecer que algum dos princípios terá que ceder.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. (ALEXY, 2008, p. 93)

Destarte, quando da colisão entre a dignidade da pessoa humana e a reserva do possível, brilhante seria se os dois princípios pudessem ser aplicados concomitantemente, mas a reserva do financeiramente possível mesmo andando lado a lado com o mínimo existencial, deixa a desejar quanto à efetivação de garantias fundamentais.

Enquanto Alexy afirma que quando de um conflito entre princípios um terá que ceder, Dworkin (2007, p. 42), afirma que quando há conflitos entre duas regras uma das regras tem que ser invalidada, ou seja, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero [...]. O que significa dizer que se uma regra não se ajustou ao caso concreto esta será invalidada, ou por lei ou por outra fonte normativa.

Todavia, não se deve agir da mesma forma quando se falar em colisão de princípios, para isso é necessário que o julgador faça uma ponderação ao indicar que um princípio é mais importante que o outro naquele caso concreto.

Lado outro, retornando ao caso concreto sobredito, ressalta-se que o princípio da reserva do possível não pode ser aplicado quando não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do Estado, bem como não pode ser empecilho à garantia da dignidade da pessoa humana, o que também é defendido na doutrina:

Repetiremos aqui o que já escrevemos de outra feita, ou seja, que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma classificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir a ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais.” Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visar à realização de justiça social (art. 193), à educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2007, p. 38-39).

Nesse sentido, quando falamos na alegação da reserva do possível pela fazenda pública é inevitável o sentimento de banalização do referido princípio, já que a rotina de defesa sempre segue a mesma linha, ou seja, na presente colisão não há recurso financeiro para a efetivação do direito à saúde.

Assim, no caso concreto, quando diante de uma colisão entre dois relevantes princípios, quais sejam o princípio da dignidade da pessoa humana e o da reserva do possível o julgador deverá ser ponderativo quando dessa análise que corroborada com a filosofia de Robert Alexy, um dos princípios terá que descer do palco para que o outro se apresente, para a garantia de direitos.

Os dilemas apresentados até aqui, busca-se inicialmente discutir-se a respeito da ideia de uma jurisdição constitucional, para daí discutir jurisdição, ponto em que o Poder Judiciário propriamente dito, como instituição e estado, soergue-se no debate, visando dialogicamente introduzir os dilemas éticos em que este se envolve em sua atuação no caso concreto.

Quanto à ideia de uma jurisdição constitucional em transversalidade com a democracia Appio (2005, p. 33) faz importante análise no capítulo que trata da visão de Dworkin sobre o assunto, ao dizer que:

[...] a democracia depende de um órgão eleito pela comunidade com a função específica de regular os temas afetos à moralidade, como o aborto e a pena de morte, por exemplo. Todavia, a concepção constitucional da democracia considera que a intervenção judicial, a

partir de uma “leitura moral da Constituição” mostra-se necessária nos casos de quebra do princípio da isonomia, não se podendo considerá-la como uma anomalia do processo democrático, mas sim, como garantia do tratamento isonômico. (APPIO, 2005, p. 33)

Ao se referir especificamente a atuação do estado juiz como integrador da norma constitucional, Appio (2005, p. 34) deixa bem claro que para Dworkin “os juízes estarão jungidos, portanto, a uma ordem moral superior, já que as decisões judiciais devem se basear em princípios, não em estratégias políticas”, o que nos deixa bem claro que segundo o pensador, política e princípios são esferas diferentes de atuação, com suas próprias forças atuantes e seus vetores interpretativos particulares, segundo os quais, aqueles que estiverem frente a diferentes desafios, tomarão assento sob a égide de uma ou outra dessas esferas.

Sobre o tema Appio (2005, p. 35 apud GÜNTHER, 2004, p. 410) traz importante contribuição ao dizer que:

O descobrimento ou a busca por normas implícitas não ocorre de modo arbitrário. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito. Esta argumentação de Dworkin é consequente, porque, no âmago, direitos são de natureza moral, portanto inacessíveis à intenção positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e considerações iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade. (APPIO, 2005, p. 35)

Infere-se, portanto, que se fazem completamente distintas, no sistema proposto por Dworkin às atuações da esfera política, e da esfera principiológica, guia da aplicação jurisdicional pelo estado-juiz, pelo que o autor concebe tal distinção dicotômica como um modelo constitucional adequado de jurisdição, no entanto, neste ponto cabe a crítica ao modelo descrito, lugar em que se questiona se na pós-modernidade, e em um contexto brasileiro, tal modelo se faria plausível, esta crítica Appio faz ao dizer:

[...] na medida em que inúmeras questões de índole política, as quais até recentemente eram discutidas e resolvidas dentro da esfera – ou sistema – político, agora são trazidas diariamente ao exame do Poder Judiciário, dada a complexidade das atividades desempenhadas pelo Estado e as colisões de tais atividades com os interesses de milhões de pessoas no Brasil. (APPIO, 2005, p. 25)

Após a referida crítica, Appio, falando da realidade brasileira chama atenção para a forma como se dá nosso controle de constitucionalidade, evidenciando certo mal estar dos poderes, que segundo a constituição devem ser independentes e harmônicos entre si, no que concerne a capacidade do poder judiciário revisar suas decisões, está posta aí a natureza mista de nosso controle de constitucionalidade, sem falar no princípio da legalidade que rege a administração pública, segundo o qual, esta se encontra estritamente vinculada à lei, corroborando tal ideia Appio diz ainda:

Nesta concepção substancial de democracia, os juízes possuem uma grande importância, pois será através da interpretação judicial dos princípios constitucionais que o espaço destinado a cada um dos órgãos do Estado será fixado.(APPPIO, 2005, p. 37)

Observa-se, portanto, o grau de importância que o poder judiciário ocupa no estado brasileiro, sendo tal importância fator determinante no que concernirá a jurisdição em si, sendo esta a atividade-poder que tal componente da república possui precipuamente, ela deve ser elevada ao grau máximo de cuidado para que seja prestada não só eficientemente, mas também preservando princípios de ordem ética, humana e social.

Pertinente ao tema é o que traz Appio (2005, p. 82) ao dizer claramente que “as decisões judiciais, quando amparadas em valores da Constituição, passam a desempenhar o papel destinado tradicionalmente a lei”, ou seja, a atividade de jurisdição, que é propriamente dizer o direito, ao aplicar valores e princípios que emanam da normativa constitucional não somente utiliza a dicotomia norma-fato, mas para além disso se faz trina ao trazer norma-valor-fato, nascendo portanto regulação sistemática do que antes não havia norma própria.

Sendo assim ao analisarmos, podemos inferir o papel importantíssimo do Poder Judiciário e por conseguinte de sua jurisdição, que integra, aplica e traz o direito do papel a vida, cabe portanto agora, uma vez que a palavra vida foi citada, observar os dilemas que a jurisdição enfrenta ao se deparar com os casos a ela trazidos que envolvem este direito fundamental de primeiríssima geração, correlacionando-os com a questão ética, enviesando-se portanto na bioética e sua intercorrência na aplicação do direito e análise dos casos.

Sabe-se que a questão em análise corresponde a um claro conflito entre princípios constitucionais muito valiosos, quais sejam: a dignidade da pessoa

humana, consubstanciada no direito à vida e à saúde e os interesses patrimoniais da fazenda pública consubstanciada na reserva do possível. Por essa razão, é necessário a não utilização de métodos convencionais para realizar tal análise, carecendo do intérprete/aplicador/julgador cautela, haja vista que não se anulará um dos direitos em comento, mas a verificação de qual deles deverá prevalecer diante de um caso concreto.

Nesse sentido, imperioso se faz a prevalência do direito constitucional à saúde e à vida, decorrentes da dignidade da pessoa humana, devendo ceder, neste caso, os interesses financeiros, econômicos e burocráticos da fazenda pública consubstanciados na reserva do possível.

Frise-se que a dignidade da pessoa humana, como fundamento da União, tem envergadura para compelir o Estado a garantir a assistência à saúde aos seus cidadãos, tornando possível o acesso desses cidadãos aos tratamentos adequados, com o intuito de garantir o direito à vida e à saúde de todos aqueles que o Estado tem o dever de proteger.

Não há como sustentar que deve prevalecer os interesses financeiros ou burocráticos da fazenda pública, já que o que comprova a existência dos recursos financeiros, é exatamente a garantia do direito à vida e à saúde. Ora, se esses são os motivos ensejadores dessa reserva, não há porque se negar dos gastos que foram imprescindíveis.

Nem mesmo o princípio da reserva do possível pode embaraçar a efetivação do direito à vida e à saúde, dentre outros direitos sociais existentes, haja vista que não estamos diante de uma faculdade de garantia de direitos sociais e sim de uma obrigação estatal de manter assegurados tais direitos, e que a negativa desta obrigação ocasiona lesão à Constituição da República.

Destarte, competirá ao Judiciário agir quando houver omissão injustificada do poder público, ainda que para isso tenha que viabilizar políticas públicas. Esta reação judicial ativa tendo como objetivo a realização de medidas que permitam o acesso a direitos fundamentais sociais intensifica exponencialmente a responsabilidade deste poder perante a sociedade, esta que, diante de uma omissão por parte do Estado, de forma contumaz encontra no Poder Judiciário o único meio de obter a prestação material que pode – por muitas vezes, necessárias para a própria sobrevivência.

Portanto, observada a omissão do Estado nos deveres constitucionais a ele incumbidos de concretização dos direitos e garantias fundamentais, impedindo a existência do mínimo necessário para uma vivência digna, resta ao Poder Judiciário, em caráter excepcional, intervir para permitir o acesso ao direito garantido, podendo, consoante, intervir no processo de implementação de políticas públicas, obrigando o Estado a realizar (por exemplo, matrículas em escolas de ensino particular, em caso de inexistência de vagas em escolas públicas de ensino fundamental; internação em hospitais particulares, quando não houver vagas em hospitais públicos), preservando assim a dignidade da pessoa humana.

A intervenção do Judiciário reflete diretamente na incompetência do sistema político para sanar os problemas enfrentados pela sociedade, em que suas políticas públicas são o principal meio para a realização do disposto no art. 196 da Constituição, sem, contudo, faltar vontade política para a implantação de ações condizentes com a promoção da saúde.

Ao Judiciário cabe o dever de intervir, sempre que provocado, ensejando o cumprimento ao texto constitucional, agindo de forma que não estará atuando excessivamente, como dever do magistrado atuar visando efetivar os direitos fundamentais sempre que estes estiverem à margem das prioridades do Poder Executivo.

O Estado não se exime das obrigações relativas aos fornecimentos de medicamentos, sendo-lhe necessário uma reorganização da destinação das verbas públicas, priorizando sua aplicação em áreas que favoreçam o direito à vida. O Poder Executivo está obrigado a trabalhar de forma racionalizada, propondo-se à concretização da eficácia dos direitos fundamentais, sob o risco de transformar as expectativas da ordem constitucional um ato falho do legislador, não desempenhando as funções para as quais foram incumbidos à sociedade.

Não se pode, contudo, ignorar a situação econômica, muito menos analisar o direito fundamental à saúde como soberano e alheio aos obstáculos que possam existir, sendo fato que o erário pode cumprir seu dever constitucional, conferindo desta forma melhorias nas condições de vida da sociedade, transformando a realidade social brasileira, e por certo efetivando a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, tem-se o orçamento público investido da forma possível, competindo ao administrador público, na medida de suas possibilidades, investir com discricionariedade o dinheiro público.

Diante dessa situação, já que os direitos fundamentais estão resguardados na Constituição Federal, a democratização do acesso à justiça é medida que se impõe não podendo ser impedida para o alcance de direitos sociais inerentes a todos os cidadãos.

5 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA COMARCA DE AUGUSTINÓPOLIS/TO: Uma análise de dados das ações judiciais de garantias de direito a saúde

Esta seção tem como objetivo, apresentar o panorama geral dos processos analisados e suas principais características, ficando demonstrado que os problemas de judicialização de demandas relativas à saúde atingem de igual modo, a Comarca de Augustinópolis, que recebe, diuturnamente, este tipo de demanda para concretização do direito fundamental de ter saúde.

A partir da pesquisa realizada e os dados coletados, procedeu-se à organização e análise dos mesmos, além da interpretação destes para regressar às questões norteadoras que trouxeram essa pesquisa até aqui, quais sejam: quais os fatores que influenciaram para o aumento das demandas cíveis de judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis nos anos de 2015 a 2017? E quais os possíveis caminhos para minimizar o problema? Paralelo a isso, o detalhamento dos procedimentos metodológicos utilizados serão expostos a seguir.

O detalhamento dos procedimentos metodológicos inclui a indicação e justificação do paradigma que orienta o estudo, as etapas de desenvolvimento da pesquisa, a descrição do contexto, o processo de seleção dos participantes, os procedimentos e o instrumental de cólera e análise de dados, os recursos utilizados para maximar a confiabilidade dos resultados e o cronograma. (ALVES-MAZZOTTI; GEWANDSZNAJDER 1999, p. 159).

Com a intenção de interpretar o fenômeno da judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis e tratar os dados estatísticos alcançados, utilizou-se a abordagem qualitativa, “[...]os dados recolhidos são designados por qualitativos, o que significa ricos em fenômenos descritivos relativamente a pessoas, locais e conversas, e de complexo tratamento estatístico” (BOGDAN; BILKEN, 1994, p.16).

Assim, para o alcance da análise e interpretação dos dados, fez-se necessário, inicialmente, apresentar um estudo eminentemente teórico a partir da pesquisa bibliográfica, utilizando livros, artigos, legislação federal, informativos e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça na busca dos enunciados das Jornadas da Saúde do CNJ, bem como relatórios do perfil de demandas de judicialização de saúde no Brasil também do CNJ.

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

Desse modo, para a pesquisa bibliográfica, buscou-se além dos autores clássicos, autores contemporâneos que tratam de Direitos Fundamentais e saúde como direito fundamental, a exemplo de Alexy (2008 e 2011), Bonavides (2009), Sarlet (2009), Bobbio (2004), Diógenes júnior (2012) e Bobbio (2004), busquei os que escrevem judicialização da saúde, tais como Vianna (2014), Barroso (2008, 2012), Mapelli júnior (2017), Danielli (2018), Sarlet e figueiredo (2008), Barcellos (2002), Wang (2013), Dworkin (2007), Silva (2007), Appio (2005), entre outros.

Com os ensinamentos dos teóricos na pesquisa bibliográfica partiu-se para a pesquisa documental, que foi realizada através do sistema e-Proc¹, a qual foi devidamente autorizada pela presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, conforme requerimento e decisão autorizativa no Sistema Eletrônico de Informação (SEI) nº 19.0.000020000-2.

A pesquisa documental trilha os mesmos caminhos da pesquisa bibliográfica, não sendo fácil por vezes distingui-las. A pesquisa bibliográfica utiliza fontes constituídas por material já elaborado, constituído basicamente por livros e artigos científicos localizados em bibliotecas. A pesquisa documental recorre a fontes mais diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico, tais como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, documentos oficiais, cartas, filmes, fotografias, pinturas, tapeçarias, relatórios de empresas, vídeos de programas de televisão, etc. (FONSECA, 2002, p. 32).

Primeiramente, para a visualização do problema da pesquisa, necessário se fez a emissão de relatório estatístico com a representação dos processos que foram distribuídos na Comarca de Augustinópolis/TO nas competências cível e cível e

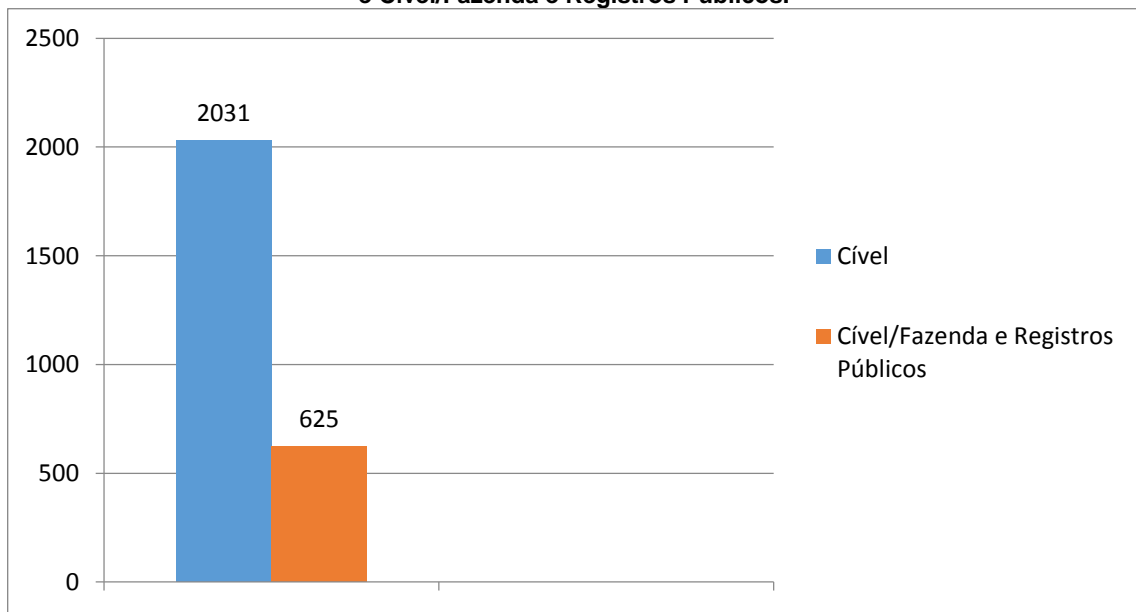
¹ Processo Judicial Eletrônico, implantado pela RESOLUÇÃO Nº 1, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2011-Implanta o Processo Eletrônico no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins em primeiro e segundo grau de jurisdição, regulamentado pela INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 16 DE MARÇO DE 2012-Regulamenta o processo eletrônico e-Proc/TJTO.

registros públicos de 01/01/2015 a 31/12/2017, o que totalizou 2.656 (dois mil seiscentos e cinquenta e seis) processos.

Destaca-se, que apesar de haver atualmente no sistema e-Proc a competência Fazenda/Saúde onde tramitam exclusivamente demandas de judicialização da saúde, entre 2015 e 2017 não havia essa competência, motivo pelo qual o filtro de pesquisa se ateve apenas às competências cível e cível/fazenda e registros públicos, à época responsável pela tramitação.

Desse modo, colheu-se a informação do quantitativo de processos protocolados na Comarca de Augustinópolis entre 01 de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2017, mais precisamente os que foram distribuídos para a competência Cível e Fazenda e Registros Públicos, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 1: Processos distribuídos em Augustinópolis entre 01/01/2015 a 31/12/2017, de competência Cível e Cível/Fazenda e Registros Públicos.

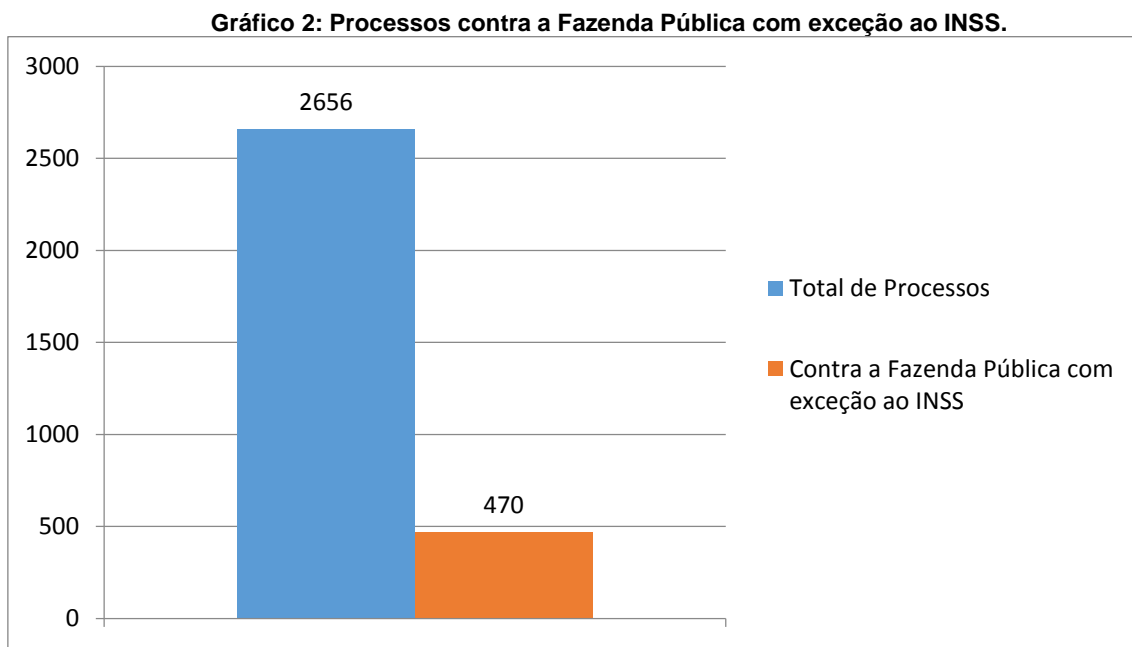


Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

Conforme se observa do gráfico 1, do total dos 2.656 (dois mil seiscentos e cinquenta e seis) processos, 2.031 (dois mil e trinta e um) são de competência cível e 625 (seiscentos e vinte e cinco) de competência Cível/Fazenda e Registros Públicos. Apesar de as competências serem distintas, não havia prejuízo para a pesquisa se os dados fossem tratados em um grupo apenas, pois, como critério de exclusão descartou-se todos os processos de competência criminal, família e precatórias.

Com o universo da pesquisa de 2.656 (dois mil seiscentos e cinquenta e seis) processos fez-se a exclusão daquelas demandas que não tinha como polo passivo a Fazenda Pública, com exceção das demandas contra a autarquia Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), vez que não é o objetivo da pesquisa esse tipo de feito.

O filtro utilizado por meio do Microsoft Excel 2010 para descartar os processos que não tratavam de demanda contra a fazenda pública, com exceção ao INSS, selecionou a classe, o assunto principal, a data da autuação, parte autora, parte ré e o número do processo, restando o quantitativo de 470 (quatrocentos e setenta) processos para tratar, conforme se observa do gráfico abaixo.

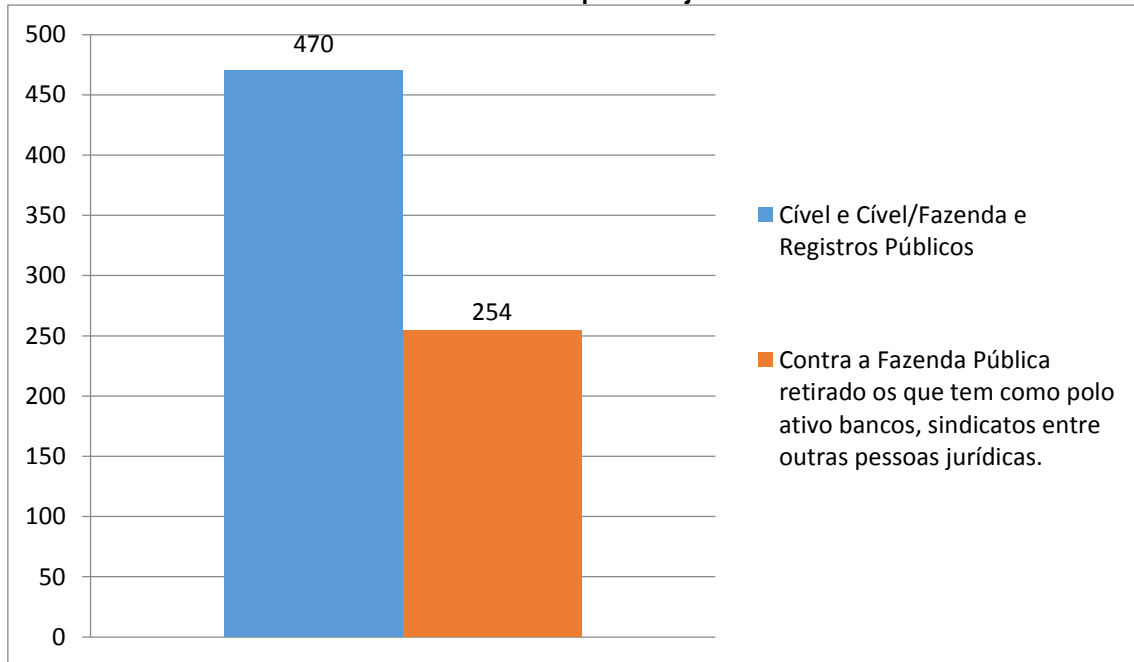


Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

Vale ressaltar, que os dados das demandas que cuidam sobre acesso à saúde na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017 mesmo na competência cível ou cível/fazenda e registros públicos, podem não estarem fidedignos, em virtude da não retificação da autuação ou da retificação equivocada alcançada nestes feitos por parte dos que neles atuam.

Como se pode observar o Gráfico 3 apresenta a retirada dos processos contra a Fazenda Pública que tinham como polo ativo agências financeiras, sindicatos entre outras pessoas jurídicas. Desse modo, dos 470 (quatrocentos e setenta) processos, restaram 254 (duzentos e cinquenta e quatro) para a análise e verificação do pedido e da causa de pedir destes processos, tudo conforme os critérios de inclusão e exclusão da pesquisa.

Gráfico 3: Processos contra a Fazenda Pública retirado os que têm como polo ativo bancos, sindicatos entre outras pessoas jurídicas.

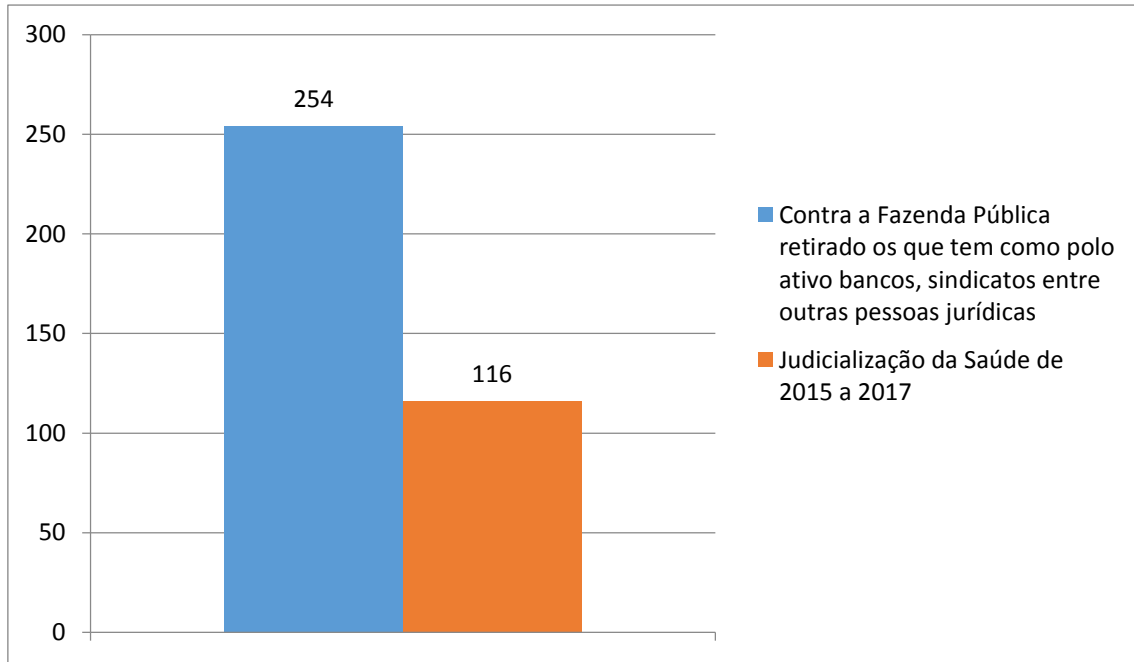


Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

Necessário se faz registrar, que não foram consideradas na pesquisa demandas judiciais sobre os demais temas de saúde que foram levados à apreciação do Poder Judiciário, quais sejam: repasse de verbas, reforma e ampliação do Hospital de Referência de Augustinópolis, transferência de médicos, nomeação e posse em concurso voltado para a área da saúde, denúncias de falta de medicamento, insumos no hospital, entre outras, porque o foco do trabalho são demandas judiciais de Tratamento fora do domicílio (TFD), medicamentos, consultas, cirurgias frequentes na judicialização da saúde.

Assim, ainda conforme o Gráfico 3 restaram 254 processos que foram verificados individualmente e identificados sua causa de pedir e pedido, o que tornou real e exata a quantidade de demandas de judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis de 01/01/2015 a 31/12/2017. Como demonstra o Gráfico4 dentre os 254 (duzentos e cinquenta e quatro) processos contra a Fazenda Pública, 116 (cento e dezesseis) processos, aproximadamente 46% (quarenta e seis por cento), são demandas de judicialização da saúde que compõe o objeto desta pesquisa.

Gráfico 4: Total de processos de Judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis de 01/01/2015 a 31/12/2017



Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

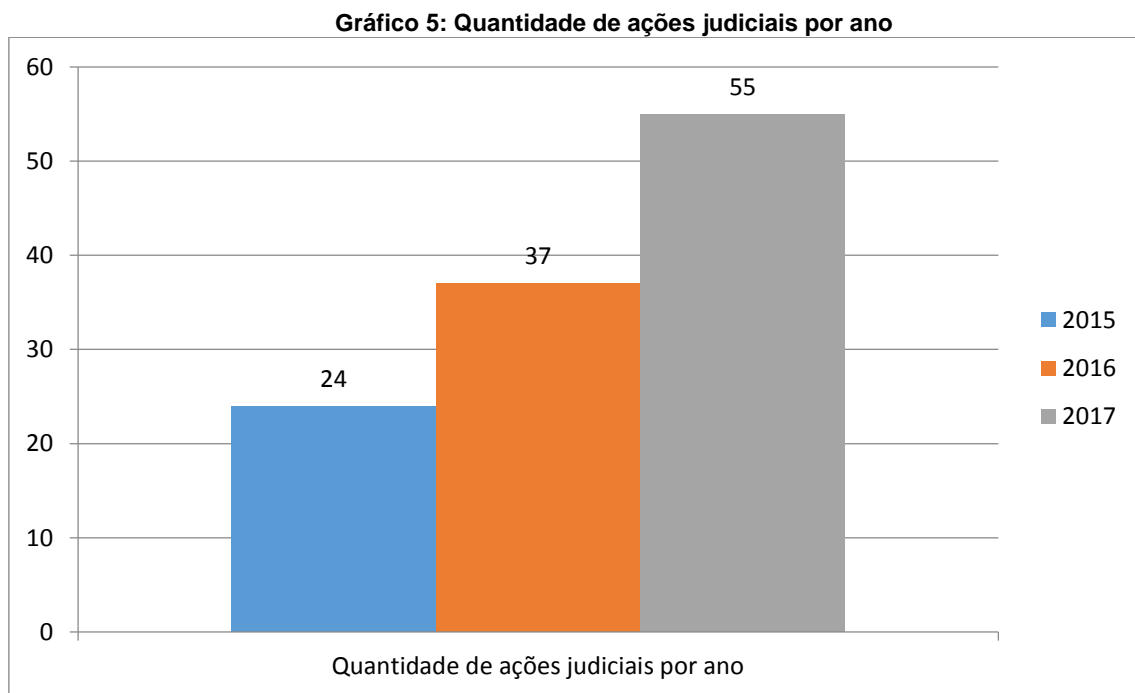
Demandas requerendo tratamento fora do domicílio, cirurgias e tendo como polo passivo o Estado do Tocantins foram os responsáveis por quase 50% das ações, como se verifica abaixo na apresentação do Gráfico 7 e 8.

A pesquisa realizada no período compreendido entre 1º de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2017, mostrou um crescimento significativo por ano de demandas de judicialização da saúde.

O que confirma, apesar de algumas oscilações nos anos pesquisados, o incremento anual de ações judiciais em demandas individuais, uma ampliação da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde sob o enfoque do direito individual, que vem ocorrendo independentemente de eventuais medidas administrativas adotadas pela Secretaria de Estado da Saúde. (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p. 93)

Consoante as palavras de Mapelli Júnior, o aumento das demandas judiciais buscando o direito à saúde, sobretudo aquelas que buscam a assistência farmacêutica, impactam diretamente no orçamento do ente federativo que figura no polo passivo, em virtude de as demandas, em sua maioria, serem individualizadas apresentando um quadro de relevante preocupação ao SUS, tudo conforme bem explicitado em sua pesquisa sobre o regime jurídico do SUS e a intervenção da Administração Pública no Estado de São Paulo nos anos de 2010 a 2014.

Ao passo que a análise fora evoluindo, dividiu-se por ano as entrada das ações objeto desta pesquisa, notando que em 2015 a quantidade de ações protocolizadas já somavam 24 (vinte e quatro) demandas, subindo este número para 37 (trinta e sete) novos casos em 2016 até alcançar o numero de 55 (cinquenta e cinco) em 2017, crescendo o percentual de aproximadamente 54% (cinquenta e quatro por cento) de 2015 para 2016 e de 49% (quarenta e nove por cento) do ano de 2016 para o ano de 2017 (Gráfico 5).



Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

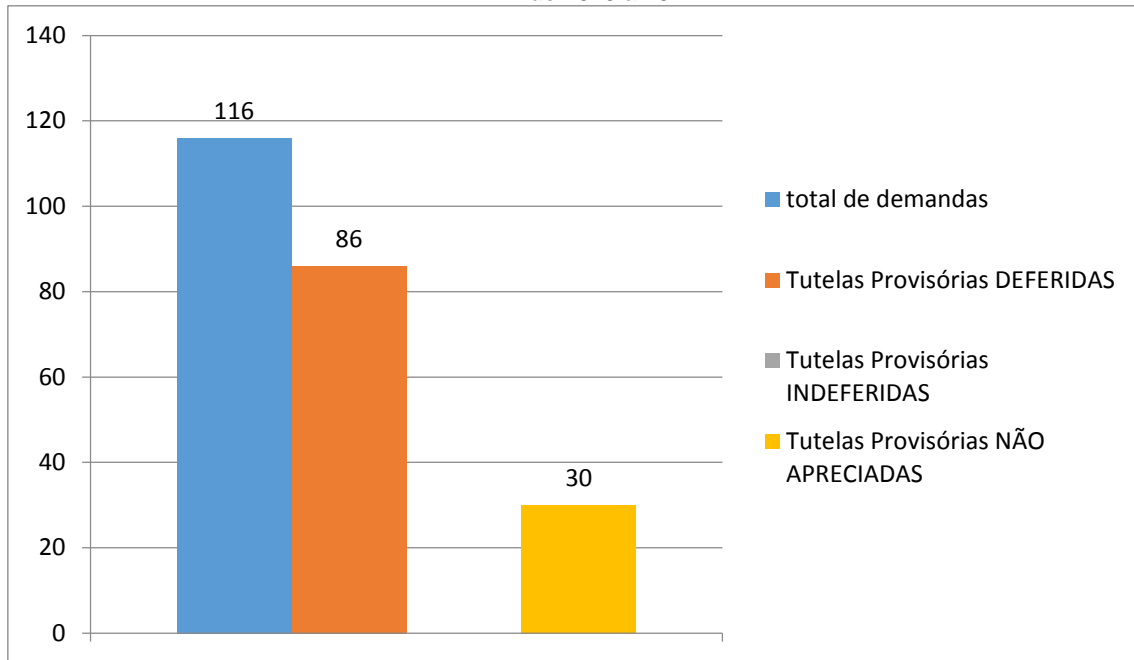
Imperioso destacar, que o aumento significativo das demandas na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017, não fez com que a resolução do problema fosse alcançado de maneira mais rápida, como bem demonstrado no Gráfico6, uma vez que das 116 (cento dezesseis) ações judiciais, todas com pedido de tutela provisória de urgência², 30 (trinta) delas não teve seu pedido antecipatório apreciado até a data de finalização da pesquisa (30/08/2019).

Entretanto, das 86 (oitenta e seis) tutelas provisórias que foram apreciadas, nenhuma delas foram indeferidas pelo juízo da Comarca de Augustinópolis, não salvaguardando só o direito fundamental à saúde do requerente, mas também

² Tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Podem fundar-se em urgência ou em evidência (daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela da evidência). (CÂMARA, 2017, p. 143)

deixando eminentemente claro nas decisões que a medida deferida não interferia nos critérios de atendimento da rede pública local, nem na conveniência médica.

Gráfico 6: Tutelas Provisórias apreciadas nas demandas de judicialização da saúde em Augustinópolis de 2015 a 2017



Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

A discussão acerca da não apreciação das tutelas provisórias requeridas nas ações judiciais que envolvem o direito saúde se dá pelo fato da urgência das demandas, onde o perigo na demora poderá gerar danos irreparáveis à parte requerente, motivo pelo qual a tutela provisória requerida satisfativa, conforme bem ensina Câmara, 2017:

Já a tutela de urgência satisfativa (tutela antecipada de urgência) se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade). Pense-se, por exemplo, no caso de alguém postular a fixação de uma prestação alimentícia, em caso no qual a demora do processo pode acarretar grave dano à própria subsistência do demandante. Para casos assim, impõe-se a existência de mecanismos capazes de viabilizar a concessão, em caráter provisório, da própria providência final postulada, a qual é concedida em caráter antecipado (daí falar-se em tutela antecipada de urgência), permitindo-se uma satisfação provisória da pretensão deduzida pelo demandante. (CÂMARA, 2017, p. 144)

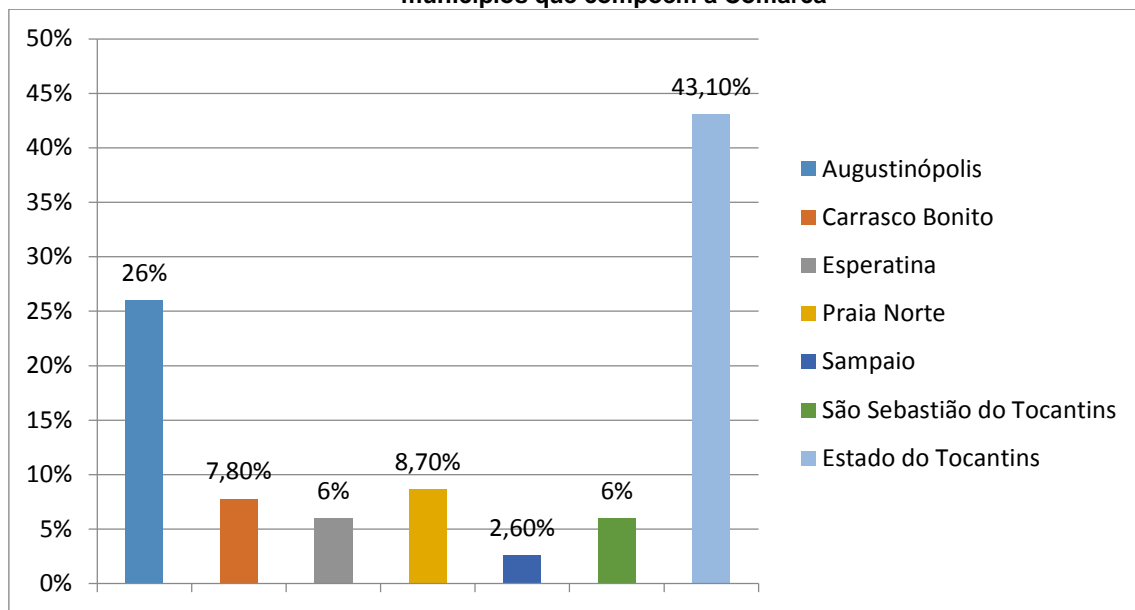
Desse modo, o perigo na demora na apreciação das tutelas provisórias em ações judiciais que visam alcançar o direito à saúde acarretará prejuízos, muitas vezes irreversíveis ao requeute mesmo tendo apresentado elementos que

evidenciaram a probabilidade do direito e o perigo de dano ou até mesmo o risco ao resultado útil do processo.

Para evitar-se situações semelhantes à demora ocorrida nas ações judiciais que não tiveram sua tutela provisória apreciada, seria adequado a organização dessas ações em localizadores específicos e urgentes no sistema e-Proc, garantindo uma prestação jurisdicional célere, segura e eficaz.

A pesquisa também mostrou (Gráfico 7) que as demandas contra o Estado do Tocantins alcançaram pouco mais de 43% (quarenta e três por cento) e as demais subdivididas entre os Municípios de Carrasco Bonito, Esperantina, Praia Norte, Sampaio e São Sebastião do Tocantins que ficaram com o percentual de aproximadamente 3% (três por cento) a 8% (oito por cento). Já o Município de Augustinópolis (sede da Comarca), obteve um percentual de 26% (vinte e seis por cento) das ações, o que poderia explicar isso é a existência do Hospital de Referência do município, pois quando da análise das ações, os requerentes, por meio do Ministério Público Estadual ou Defensoria Pública do Estado do Tocantins, não apresentavam residência e domicílio em nenhum dos municípios da Comarca, sendo muitas vezes residentes e domiciliados em outro estado da federação, mas que estavam internados no nosocômio local.

Gráfico 7: Demandas de Judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis divididas pelos municípios que compõem a Comarca



Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

Após a discussão e apresentação de resultados do quantitativo de demandas e contra quem elas foram protocolizadas, seguiu-se para a análise do pedido de cada ação, onde ficou evidenciado, como se vê no Gráfico 8, que o pedido para Tratamento Fora do Domicílio (TFD) é o líder das demandas judiciais de saúde em Augustinópolis obtendo um percentual de 47% (quarenta e sete por cento), seguido dos pedidos de cirurgias com 34% (trinta e quatro por cento) e as ações que buscam medicamentos com 19% (dezenove por cento).

Destaca-se, que o tratamento fora do domicílio (TFD), está conceituado na Normatização Estadual de Tratamento Fora do Domicílio (TFD) elaborado pelo Governo do Estado do Tocantins em colaboração com as Secretarias Municipais de Saúde de Palmas e Araguaína em 2009 e atualizado em 2013, como sendo:

O TFD é uma atividade que consiste no fornecimento de passagens, exclusivamente para o deslocamento do usuário do Sistema Único de Saúde – SUS e, caso haja necessidade, de seu acompanhante, a fim de realizar tratamento médico fora da localidade de residência/Estado, em Unidades de Saúde cadastradas/conveniadas do SUS, assim como de ajuda de custo para alimentação e pernoite, para o usuário e, caso necessário, o acompanhante, desde que, comprovada a impossibilidade financeira para o custeio, contudo, somente quando esgotados todos os meios de tratamento na localidade de residência/Estado e, desde que haja possibilidade de cura total ou parcial, limitado ao período estritamente necessário e aos recursos orçamentários existentes. (TOCANTINS, 2013).

O mesmo manual aborda todas as questões concernentes ao tratamento dentro e fora do Estado, das autorizações, despesas do paciente e do acompanhante, quando o pleito se encaixar no artigo 7º, da Portaria SAS nº 055, de 24 de fevereiro de 1999, que dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde (SUS), com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências.

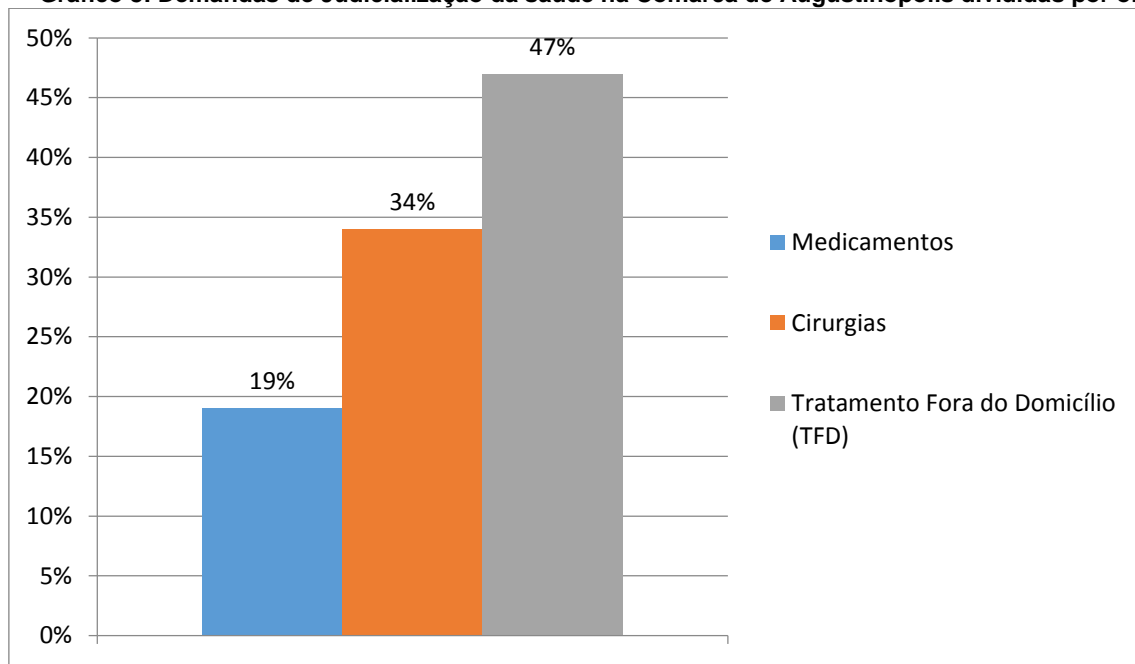
No caso dos pedidos de TFD na Comarca de Augustinópolis, observou-se através dos laudos acostados nos referidos processos, que quase 75% (setenta e cinco por cento) deles se justificam por falta de material e médico da especialidade adequada para o caso e, todos, sem exceção solicitam acompanhante para o paciente/requerente.

Já os pedidos de cirurgias que são 34% (trinta e quatro por cento) do total, são os casos em que o paciente está internado, mas não tem o laudo TFD em mãos,

ou aqueles que aguardam para cirurgias eletivas por meio do Sistema de Regulação (SISREG).

É de se referir, que os pacientes que aguardam serviços eletivos previstos nas políticas públicas, só podem considerar excessivos quando o prazo ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias, conforme ensina o Enunciado nº 93, da III Jornada de Direito da Saúde realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já apresentado na parte de revisão de literatura do presente trabalho.

Gráfico 8: Demandas de Judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis divididas por objeto



Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

No que se refere aos pedidos de medicamentos, estes que alcançaram apenas 19% (dezenove por cento) das ações de saúde, são os que mais causam prejuízos aos cofres públicos, pois a maioria deles é de alto custo, não padronizado, não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou não estão listados no RENAME e no REMUNE e ainda assim são deferidos em sede de tutela provisória, deixando facilmente questionável a interferência do Poder Judiciário em demandas deste sentido.

Ao acolher as prescrições médicas dos processos judiciais, os juízes vêm condenando o SUS no fornecimento de produtos não padronizados e/ou importados, sem qualquer controle sobre a eficácia, efetividade e a segurança terapêutica, podendo inclusive representar tratamento experimental sem observância das normas éticas e jurídicas da pesquisa clínica.(MAPELLO JÚNIOR, 2017, p. 99)

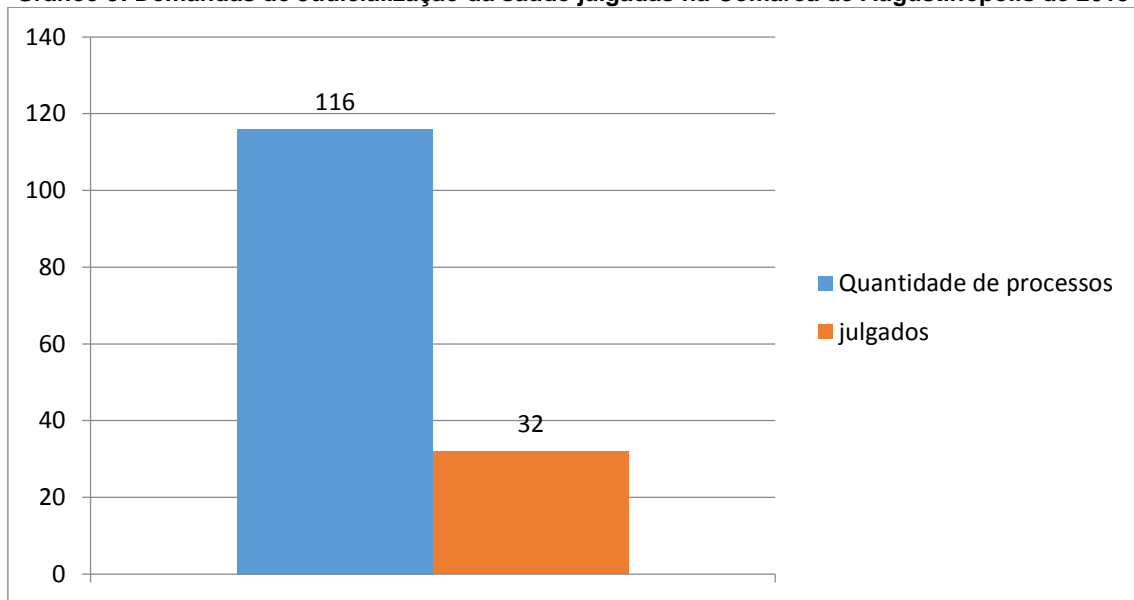
No mesmo sentido:

Percebe-se claramente que a judicialização concentra-se principalmente em medicamentos não padronizados, não contemplados nos componentes da assistência farmacêutica (lembrando que consideramos o oncológico também um componente, embora integrando a assistência de alta complexidade em câncer nos hospitais credenciados no SUS), em patamar de cerca de 50% dos casos. (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p. 96)

É de salientar, que apesar da Política Nacional de Medicamentos possuir programas oficiais de fornecimento de medicamentos, que contemplam a assistência farmacêutica integral subdividido por seus entes, conforme bem explicitado na subseção 4.1 ainda temos 19% dos casos judiciais na Comarca de Augustinópolis que versam sobre medicamentos.

O Gráfico 9 apresenta o quantitativo das demandas protocolizadas entre 01/01/2015 a 31/12/2017 que já foram julgadas com ou sem resolução de mérito, o qual expõe que das 116 (cento e dezesseis) ações judiciais de saúde 32 (trinta e duas) foram devidamente julgadas e estão hoje baixadas, aguardando recebimento do recurso ou já estão no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins aguardando o conhecimento e o provimento dos recursos de apelações neles interpostos.

Gráfico 9: Demandas de Judicialização da saúde julgadas na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017

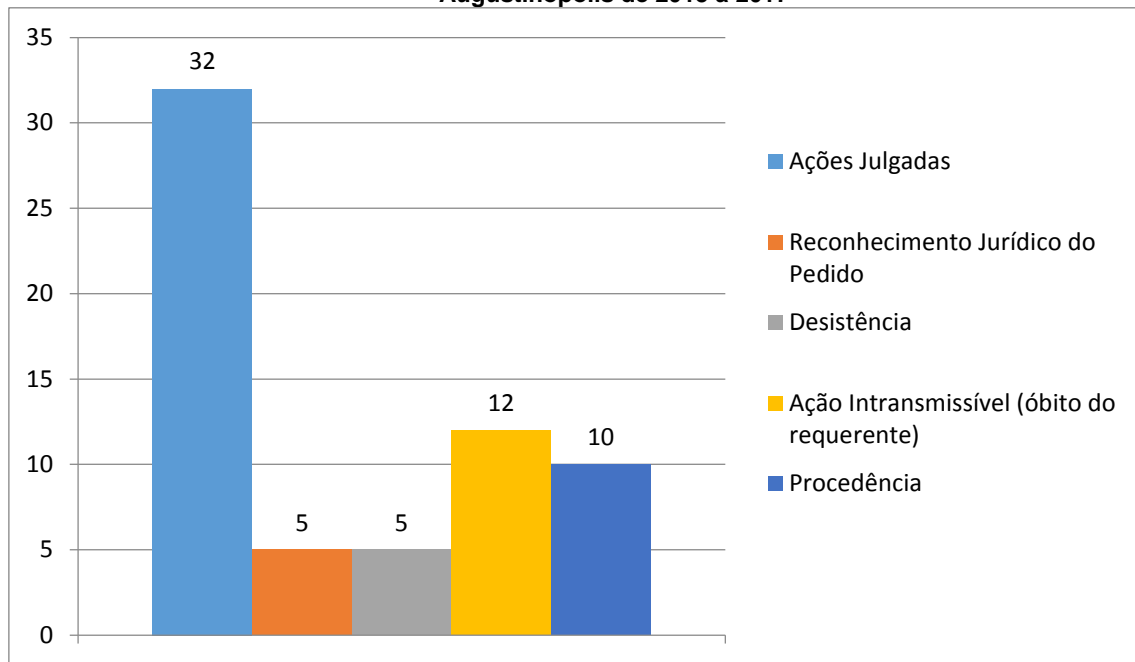


Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

Para saber qual o teor das sentenças proferidas nas 32 (trinta e duas) ações, analisou-se cada provimento e em que ela foi fundamentada, acabando por concluir,

conforme o Gráfico 10, que 15 (quinze) ações analisaram o mérito da demanda e 17 (dezesete) foram julgadas sem resolução do mérito.

Gráfico 10: Resolução do mérito das ações julgadas de Judicialização da saúde na Comarca de Augustinópolis de 2015 a 2017



Fonte: Elaborado pela autora, sistema e-Proc TJTO, 2019

Para saber qual o teor das sentenças proferidas nas 32 (trinta e duas) ações, analisou-se cada provimento e em que ela foi fundamentada, acabando por concluir, conforme o Gráfico 10, que 15 (quinze) ações analisaram o mérito da demanda e 17 (dezesete) foram julgadas sem resolução do mérito.

As sentenças que analisaram o mérito da demanda são as de reconhecimento jurídico do pedido e as procedências, que estão fundamentadas no artigo 6º, da CRFB/88, no artigo 2º da Lei nº 8.080/90 e julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO) e jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, os 17 processos que foram julgados sem resolução de mérito fundamentaram-se no pedido de desistência da parte requerente (5 processos) e pela intransmissibilidade da demanda ante o falecimento da parte requerente com a devida apresentação a declaração ou da certidão de óbito.

Observa-se que na fundamentação das sentenças, nenhuma delas utilizou enunciados das Jornadas de Direitos da Saúde realizadas pelo CNJ que servem de parâmetro para a interpretação das decisões judiciais. Curiosamente, apenas nas

ações que não tiveram o pedido de tutela provisória apreciado é que se solicitou auxílio do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) para elaboração de parecer técnico.

O desconhecimento dos magistrados dos enunciados das Jornadas de Saúde também pode ser tomado como uma situação-problema, assim como significa o baixo uso de uma ferramenta já existente para lidar com as outras situações. Desse modo, a inclusão dos enunciados no conteúdo programático das ações formativas revela-se de grande importância. O desempenho em que o uso mais frequente dos enunciados pode resultar é maior racionalização dos procedimentos judiciais em saúde, diminuindo inclusive o tempo de resposta e facilitando o acesso às normas do SUS. (CNJ, 2019, p. 151 e 152)

Assim sendo, o desconhecimento dos magistrados dos enunciados das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ e a não uso correto dos Núcleos de Apoio Técnicos não pode persistir, haja vista que são os que devem ter a clareza de quais e como serão distribuídas e efetivadas as políticas públicas e a quem se devem buscar para o alcance dessa efetivação em cada caso concreto.

Nota-se que, com a presente pesquisa a realização de curso de formação teórico com atividades práticas aos magistrados e assessores jurídicos em Direito Sanitário é medida que requer a máxima urgência, como bem explicitado na indicação do produto final deste trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fazer uma análise das ações judiciais que versam sobre direito à saúde, fez-se, inicialmente, um breve contexto histórico acerca do direito à saúde como sendo uma garantia fundamental, passando pelos pressupostos teóricos e factuais da judicialização da saúde, ressaltados pelo princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, além de apresentar o papel do Estado em assegurar esse mínimo existencial.

A atuação do Poder Judiciário para o alcance da efetivação de políticas públicas ficou evidenciada de maneira reverente, quando da análise de decisões judiciais de Tribunais Superiores que ultrapassam o desafio de salvaguardar a garantia direito à saúde por meio de seus temas e jurisprudências, inclusive no que se refere à política nacional de medicamentos por meio da assistência farmacêutica consubstanciada nos interesses patrimoniais da Fazenda Pública em confronto com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito fundamental à saúde implica diretamente no direito à vida, vez que não há vida sem uma saúde digna, e que o direito à vida deve sempre contar com uma saúde pública digna e efetiva, formando assim a plenitude das normas que objetivam o respeito e a dignidade humana.

Quanto à atuação da Comarca de Augustinópolis na apreciação das demandas judiciais de direito à saúde, constatou-se que apesar de mais de 50% (cinquenta por cento) das ações terem sido apreciadas suas tutelas provisórias de urgência, apenas 32 ações de 116 foram julgadas até aqui, e muitas delas sem resolução de mérito, não garantindo assim, a efetivação do direito à saúde.

É evidente que, na sociedade brasileira atual, há um grande desrespeito na efetividade ao direito fundamental à saúde, sendo esta a realidade enfrentada por muitos, tendo que clamar com fervor por melhorias nesta seara, em que muitos pacientes apenas consigam o tratamento necessário às suas enfermidades com a interferência do Poder Judiciário, como meio de efetivar o direito fundamental à saúde.

Por meio do art. 196 da Constituição Federal de 1988, instituiu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), equivalendo às ações e serviços públicos de saúde, de forma regionalizada, hierarquizada e organizada de maneira descentralizada.

A intervenção do Judiciário reflete diretamente na incompetência do sistema político para sanar os problemas enfrentados pela sociedade, em que suas políticas públicas são o principal meio para a realização do disposto no art. 196 da Constituição, sem, contudo, faltar vontade política para a implantação de ações condizentes com a promoção da saúde.

Ao Judiciário cabe o dever de intervir, sempre que provocado, ensejando o cumprimento ao texto constitucional, agindo de forma que não estará atuando excessivamente, como dever do magistrado atuar visando efetivar os direitos fundamentais sempre que estes estiverem à margem das prioridades do Poder Executivo.

No decorrer da pesquisa, observe-se ainda que na fundamentação das decisões em sede de tutela provisória aplicou-se o artigo 6º da CRFB/88, o artigo 2º da Lei nº 8.080/90 e julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO), jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, não se utilizando dos enunciados da Jornada de Direito a Saúde do CNJ que estão em vigor desde 2014 e dos temas em repercussão geral acerca do direito à saúde.

Feitas essas considerações, e após todo o exposto no curso deste trabalho, pode-se afirmar que o direito à saúde em muitos casos violado e negado pelo Poder Executivo, e de algum modo garantido e efetivado através da judicialização da saúde por meio do Poder Judiciário, só poderá ser alcançado, não gerando prejuízo à Fazenda Pública se os magistrados e assessores jurídicos forem submetidos a curso de formação em Direito Sanitário e devidamente auxiliados por Núcleos de Apoio Técnicos e os Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito à Saúde do CNJ, para que não haja desconexão entre as decisões proferidas em ações judiciais que versam sobre o direito à saúde e as normas de Direito Sanitário aplicáveis a esse tipo de demanda, que será indicado logo abaixo como produto final.

A questão levantada demonstra que grande parte da judicialização da saúde pública encontra-se respaldo no estudo sistemático de caráter multidisciplinar, da conduta humana na área das ciências da vida e da saúde. Percebe-se que o desafio atribuído ao Poder Judiciário é o de ao mesmo tempo suprir os pleitos focados no interesse individual e auxiliar os interesses coletivos fundamentando-se em políticas públicas sempre tendo como base o ponto de vista ético.

7 INDICAÇÃO DE PRODUTO FINAL

A execução de políticas públicas voltadas à saúde por parte do Poder Executivo é defeituosa indo contra o contexto histórico e factual da efetivação do direito fundamental à saúde, consubstanciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana à medida que o Poder Judiciário precisa ser acionado para garantir a efetivação desse direito fundamental ante uma negativa estatal.

Por outro lado, mesmo não cumprindo com os princípios básicos da Administração Pública previstos no artigo 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Executivo não pode alterar seu orçamento para atender demandas de saúde que não estejam previamente destinadas em razão do que bem descreve o princípio da reversa do possível, e em virtude disso é que surge o fenômeno da judicialização da saúde.

O Judiciário, por sua vez, em decorrência do princípio da inafastabilidade de jurisdição recebe as demandas oriundas da judicialização da saúde, mas para efetivar a garantia do direito à saúde daquele que procura o judiciário, os julgadores necessitam de assistentes para tirar dúvidas acerca de questões técnicas de cada caso, e é nesse momento processual que os Núcleos de Apoio Técnico (NATJUS) são acionados.

O Núcleo de Apoio Técnico foi criado em cumprimento da Recomendação CNJ nº 31, de 30 de março de 2010, que recomendou aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Desse modo, ao acionar o NATJUS o magistrado receberá parecer ou nota técnica processual a respeito do objeto da demanda, o que facilitou e em muito resolução da lide.

Apesar da existência do NATJUS, os julgadores nem sempre buscam se apoiar nos pareceres e notas técnicas emitidas e acabam por conceder ou não os efeitos da antecipação de tutela provisória, o que gera um prejuízo para a parte autora e para o ente federativo atuante no polo passivo, vez que não houve a análise da legitimidade para a causa, se a demanda foi proposta em desfavor do ente legítimo ou até mesmo mais de um ente, onerando em duplicidade ou entregando o bem da vida pretendido em duplicidade.

Além da fundamentação mínima embasada em parecer do NATJUS, na Comarca de Augustinópolis, em nenhum processo analisado foi mencionado os Enunciados das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ, conforme a pesquisa demonstrou, causando desconexão entre as decisões e as normas de Direito Sanitário.

Os resultados da pesquisa apontam para uma certa desconexão entre as decisões analisadas e as normas de Direito Sanitário específicas aplicáveis aos temas recorrentes em demandas judiciais de saúde. A efetivação do Direito à Saúde passa necessariamente pela normatização de políticas públicas, que estabelecem as ações e serviços públicos à disposição do Estado para atender à população, sempre a partir dos princípios constitucionais da universalidade, da equidade e da integralidade. A legislação de Direito Sanitário, bastante volumosa no nível infralegal, busca definir de que forma o Estado brasileiro, nos três níveis federativos, se organiza e atua para a efetiva realização desse direito. Nesse sentido, a legislação nacional define, por exemplo, quais medicamentos devem estar disponíveis na rede pública de saúde, quais serviços devem ser ofertados em cada unidade etc. Além disso, as políticas aprovadas devem ser formuladas democraticamente, conforme o princípio constitucional da participação comunitária (art. 197, III) e almejam aumentar a eficiência do sistema público de saúde. (CNJ, 2019, p. 142)

Assim sendo, mesmo que os julgadores já tenham subsídio do NATJUS e muitos deles já realizaram curso de aperfeiçoamento pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamentos de Magistrados (ENFAM), a realização do curso de formação teórico com atividades práticas aos magistrados e assessores jurídicos em Direito Sanitário com enfoque interdisciplinar é medida que se impõe.

É por isso que a interdisciplinaridade tem surgido como um recurso que supera os caminhos monológicos da tradição dos estudos positivistas e centrados na autocompreensão do direito a partir das normas jurídicas. Isto é importante, pois amplia a capacidade de formação e melhora a qualidade da reflexão jurídica, estimulando o nascimento de normas jurídicas mais justas, operadores do direito com uma visão de mundo mais ampla, estudiosos capazes de uma reflexão crítica sobre o direito, bem como o desenvolvimento de uma pesquisa mais reconhecida pela capacidade de interconexão com outras áreas do conhecimento. (BITTAR, 2012, p. 38-39).

O argumento utilizado pelo autor sobrepõe a uma decisão ponderativa, no sentido de olhar outra ciência como quebra de paradigma, conjugando vários saberes que serão compartilhados entre operadores do direito, profissionais atuantes na área da saúde, gestores públicos e comunidade científica, favorecendo o diálogo no processo formativo.

A despesa do referido curso seria custeada, depois da análise de disposição de recursos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, por meio da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) que atualmente é uma das melhores escolas de magistratura do Brasil.

Dessa forma, a indicação do produto final desta pesquisa é o curso de formação teórico com atividades práticas aos magistrados e assessores jurídicos em Direito Sanitário, com a observância da interdisciplinaridade entre os temas, ante a importância de se compreender outras ciências para a tomada de decisões, não se atendo somente a textos normativos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALVES-MAZZOTTI, Alda J.; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa**. 2. ed. São Paulo: Thompson, 1999.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo et al. **Considerações sobre os dilemas da bioética e da judicialização da saúde no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2017/consideracoes-sobre-os-dilemas-da-bioetica-e-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-oriana-piske#_ftn1> . Acesso em: 20 out. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Jurídica Unijus, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, Nov. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/view/1039/1216>> . Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista **Syn(Thesis)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, Jun. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> . Acesso em: 29 ago. 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier e Campus, 2004.

BOGDAN, Roberto C.; BIKLEN, Sari Knopp. **Investigação qualitativa em educação**. Tradução Maria João Alvarez, Sara Bahia dos Santos e Telmo Mourinho Baptista. Porto: Porto Editora, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, D. C. L. **Judicialização, ativismos judicial e legitimidade democrática.** [artigo]. Rio de Janeiro (RJ): Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz; 2007. Online. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4609> Acesso em 12 ago. 2019.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 27 jan. 2018.

_____. 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.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm Acesso em: 14 ago. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas na saúde pública do Brasil: Um ponto cego do direito?.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. **A efetivação jurisdicional do direito à saúde:** para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAVALCANTI, Themístocles apud MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CHAVES, A. **Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes).** 8. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CURY, I. T. **Direito fundamental:** evolução, normatização e efetividade. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil:** do viés individualista ao patamar de bem coletivo. 1, reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> > Acesso em 29 ago. 2018.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais/>> Acesso em: 05 jun. 2019.

FIGUEIREDO, M. F. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GANDIN, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde**: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16694>
Acesso em: 10 ago. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde**: Regime Jurídico do SUS e Intervenção na Administração Pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos da metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDINA, Patrícia. **Classificação da pesquisa e caracterização**. Para Curso Pesquisa Empírica no Direito e na Educação, nov. 2016. [2017] Adaptado para programas de pós-graduação Esmat: Combate à Corrupção e Mestrado Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos e revisto em agosto de 2017 para o curso Teoria e Prática na elaboração de projetos de pesquisa. Apostila.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde, série estado e constituição**. Vol. 12, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ORDACGY, André da Silva. **O Direito humano fundamental à Saúde Pública**. 2014. Disponível em < <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>> Acesso em 13 set.2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, M. A. **Fornecimento de medicamentos**: um conflito entre os entes federativos e o Poder Judiciário. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10181 Acesso em: 14 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed. julho. 2008. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html .Acesso em 26 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, J. C. R. de S.; DEPRÁ, A. S. **Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos**. Physis vol.22 nº.1 Rio de Janeiro 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não contemplados em lista do SUS é tema de repetitivo**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509> . Acesso em: 20. Jul. 2018.

TOCANTINS. **NORMATIZAÇÃO ESTADUAL DE TRATAMENTO FORA DE DOMICÍLIO – TFD**. Disponível em <https://central3.to.gov.br/arquivo/424034/>. Acesso em 15 dez. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 2. ed. 2014.

VIEIRA, F. S. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. Revista de saúde pública. São Paulo: v. 42, n. 2 abr. 2008.

APÊNDICE A - PROJETO DE IMPLANTAÇÃO DE CURSO DE ATUALIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO EM DIREITO SANITÁRIO

PROJETO DE IMPLANTAÇÃO DE CURSO DE ATUALIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO EM DIREITO SANITÁRIO

1. Identificação do Curso: Atualização e aperfeiçoamento em Direito Sanitário.

2. Justificativa: A saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme está assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Considerando que o direito à vida é o mais importante dentre os demais direitos e para que todo e qualquer ser humano possa ter uma vida melhor, sem dúvida é indispensável que este tenha acesso irrestrito à saúde.

Com o fortalecimento dos direitos sociais e a desorganização de políticas públicas de saúde houve um aumento de ações judiciais em busca do direito à saúde tornando o Judiciário responsável pela efetivação do direito a saúde. Tomando como exemplo a pesquisa realizada na Comarca de Augustinópolis entre os anos de 2015 a 2017 as demandas que envolvem direito à saúde aumentaram aproximadamente 20% (vinte por cento) a cada ano pesquisado. A questão que está em debate é a falta de conhecimento e compreensão, por parte dos julgadores, das políticas públicas voltadas para a saúde e a desconexão dos julgados com as Teses do STJ e STF, enunciados do CNJ da Jornada de Direito à saúde e as normas aplicáveis ao Direito Sanitário.

Assim, surge a necessidade da realização de curso de atualização e aperfeiçoamento dos magistrados e assessores jurídicos que atuam nesta área possibilitando a ponderação e interpretação crítica dos novos posicionamentos aplicáveis aos interesses individuais e coletivos, promovendo uma prestação jurisdicional de qualidade, por meio da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT).

3. Objetivo: Capacitar magistrados e assessores jurídicos que atuam direta ou indiretamente com ações e serviços de saúde pública possibilitando-lhes conhecer a doutrina, a legislação, a jurisprudência, Teses dos Tribunais Superiores e Enunciados das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ, para compreender a saúde

com um direito humano universal e as implicações jurídicas para a garantia desse direito.

4. Objetivos Específicos:

- Analisar e discutir a saúde como um direito fundamental conhecendo o campo da saúde coletiva;
- Entender a dinâmica das políticas públicas e econômicas, bem com os impactos das ações judiciais de saúde;
- Proporcionar o acesso à legislação sanitária e as informações essenciais sobre políticas públicas de saúde;
- Aprender a aplicabilidade das Teses do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal nas demandas de saúde pública, assim como os Enunciados da Jornada de Direito de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

5. Metodologia: quanto aos conteúdos teóricos serão apresentados em aula expositiva com discussão e problematização de temas ligados ao que foi vivenciado pelo aluno no cotidiano de sua Comarca. Para as atividades práticas serão apresentados temas procedidos de cases para a elaboração de peças processuais com aplicação das Teses e enunciados do CNJ gerando integração entre a teoria e a prática.

6. Conteúdo programático: Aspectos introdutórios da saúde como direito humano fundamental. Saúde Coletiva. Organização das Políticas Públicas de Saúde. Judicialização da saúde e o direito sanitário aplicado. Teses do STJ e STF e Enunciados do CNJ.

ANEXO A – PROCESSO SEI Nº 19.0.000020000-2: AUTORIZAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS PARA UTILIZAÇÃO DE DADOS



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS

Palácio da Justiça Rio Tocantins, Praça dos Girassóis, s/nº Centro - Palmas - CEP 77015-007 - Palmas - TO - <http://www.tjto.jus.br>

PROCESSO 19.0.000020000-2

Despacho Nº 33242 / 2019 - PRESIDÊNCIA/ASPRES

Autos em que Maira Regina de Carvalho Alexandre, Assessora Jurídica de 1ª Instância, mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), solicita ao Juiz de Direito Jefferson David Asevedo Ramos, autorização para a realização de pesquisa científica no que concerne à análise dos processos relativos à judicialização da saúde protocolados junto a Serventia Cível da Comarca de Augustinópolis.

Esclareceu que a pesquisa utiliza-se como critérios de inclusão os processos que tratam de demandas referentes a pedidos de medicamentos, cirurgias, tratamentos e internações, com os assuntos e classes estabelecidos conforme as Tabelas Processuais Unificadas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nos anos de 2015 a 2017, na Comarca de Augustinópolis/TO e como critério de exclusão os feitos que não tratarem de judicialização da saúde e/ou os que foram protocolados até 31/12/2014 e depois de 31/12/2017 (2617371).

O Juiz de Direito Jefferson David Asevedo Ramos, por meio da decisão nº 1852, não se opôs ao requerimento formulado pela servidora, por se tratar de pesquisa que reverterá positivamente ao cumprimento das Metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2624746).

É o relato.

Considerando a Decisão DF Augustinópolis nº 1852 e o direito fundamental de acesso à informação, **AUTORIZO** Maira Regina de Carvalho Alexandre a ter acesso aos processos relativos à judicialização da saúde na Vara Cível da Comarca de Augustinópolis, referente aos anos de 2015 a 2017, pelo prazo de 60 (sessenta) dias.

À Diretoria Judiciária para providências.

Dê-se ciência à requerente.

Decorrido o prazo e, não havendo outras providências, archive-se com as cautelas de praxe.

Cumpra-se.



Documento assinado eletronicamente por **Desembargador Helvécio de Brito Maia Neto, Presidente**, em 11/06/2019, às 17:27, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no link <http://sei.tjto.jus.br/verifica/> informando o código verificador **2629189** e o código CRC **2CB52D84**.