

**CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ISAAC LIMA FELEX

**DESAFIOS E LIMITAÇÕES À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO**

CAMPINA GRANDE – PB

2022

ISAAC LIMA FELEX

**DESAFIOS E LIMITAÇÕES À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico -
apresentado como pré-requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito pela UniFacisa - Centro
Universitário.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof.^o da UniFacisa, Floriano Brito
Junior, Ms.

Campina Grande – PB

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
(Biblioteca da UniFacisa)

XXXXX

Felex, Isaac Lima Felex.

Desafios e Limitações à Efetivação do Direito Fundamental à Saúde sob a Perspectiva do Fenômeno da Judicialização / Isaac Lima Felex – Local de publicação, 2022.

Originalmente apresentada como Artigo Científico de bacharelado em Direito do autor (bacharel – UniFacisa – Centro Universitário, 2022).

Referências.

1. Direito à Saúde. 2. Judicialização da Saúde. 3. Limites de atuação do Judiciário.

I. Desafios e Limitações à Efetivação do Direito Fundamental à Saúde sob a Perspectiva do Fenômeno da Judicialização.

CDU-XXXX(XXX)(XXX)

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico - Desafios e Limitações à Efetivação do Direito Fundamental à Saúde sob a Perspectiva do Fenômeno da Judicialização, apresentador por Isaac Lima Felex como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa - Centro Universitário.

APROVADO EM _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^o da
UniFacisa, Nome Completo do Orientador, Titulação.

Orientador

Prof.^o da UniFacisa, Nome Completo do Segundo Membro, Titulação.

Prof.^o da UniFacisa, Nome Completo do Terceiro Membro, Titulação.

DESAFIOS E LIMITAÇÕES À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Isaac Lima Felex^{1*}

Floriano Brito Junior^{2**}

RESUMO

O presente trabalho objetiva abordar a problemática dos desafios e limitações enfrentados na atuação do poder judiciário na efetivação do direito fundamental e das políticas públicas no âmbito da saúde, ante todas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que compõem o tema, buscando analisar a possibilidade de intervenção do judiciário na concretização das demandas de saúde ante a omissão estatal. Para isso, após breves considerações sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, analisou-se o conceito de direitos fundamentais e direitos sociais, assim como a definição da saúde como um direito social tutelado na Constituição Federal de 1988. Na sequência, adentrou-se na temática específica da judicialização da saúde, tecendo seus aspectos gerais e sua evolução no contexto social como meio de efetivação dos direitos fundamentais, frente a omissão estatal. Posteriormente, procedeu-se ao estudo dos aspectos limitadores da atuação do poder judiciário na concretização do direito à saúde, buscando concretizar o objetivo alvitrado. Concluindo-se, através do método de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, que quanto a observância de limites orçamentários por parte do Estado, ocasionado pela escassez de recursos financeiros, gerando um sistema de saúde público deficitário, ante todas as divergências doutrinárias acerca do tema, depreende-se que na colisão do direito à saúde com os princípios da reserva do financeiramente possível e da separação dos poderes, sobrepõe-se o direito à saúde e à vida, aonde o poder estatal possui dever em efetivar o direito fundamental à saúde promovendo a preservação da vida e da dignidade humana.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Limites de atuação do Judiciário.

*Graduando do curso superior em Direito pela Unifacisa – Centro Universitário. isaclimaf@gmail.com.

**Professor Orientador. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA; Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB; Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB. Advogado, Procurador do IPSEM e Professor de Direito na Unifacisa.

ABSTRACT

The present work aims to address the issue of challenges and limitations faced in the performance of the judiciary in the implementation of the fundamental right and public policies in the field of public health, in the face of all doctrinal and jurisprudential divergences that make up the theme, seeking to analyze the possibility of intervention of the judiciary in the implementation of health demands in the face of state omission. For this, after brief considerations on the historical evolution of fundamental rights, the concept of fundamental rights and social rights was analyzed, as well as the definition of health as a fundamental right in the Federal Constitution of 1988. Next, the topic specific to the judicialization of health, weaving its general aspects and its evolution in the social context as a means of realizing fundamental rights, in the face of state omission. Subsequently, the study of the limiting aspects of the judiciary's performance in the realization of the social right to health was carried out, seeking to achieve the suggested objective. In conclusion, through the method of bibliographic and documentary research, with a qualitative approach, that although the observance of budgetary limits by the State, caused by the scarcity of financial resources, generating a deficient public health system, in the face of all the doctrinal divergences about From the theme, it appears that in the collision of the right to health with the principles of reserve of what is financially possible and the separation of powers, the right to health and life overlaps, where the state power has a duty to implement the fundamental right to health promoting the preservation of life and human dignity.

Keywords: Right to Health. Health Judicialization. Limits of Judiciary Action.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na tutela dos direitos sociais, sobretudo no tocante à saúde pública, sendo a primeira constituição a estabelecer a saúde como um direito fundamental inerente ao indivíduo, como previsto em seu art. 6º. Ademais, nos arts. 196 ao 200, a Magna Carta passou a reconhecer a saúde como um direito de todos, bem como dever do Estado. Diante disso, por tratar-se de um direito de cunho prestacional, a saúde, para sua efetivação, necessita de uma atuação positiva do Estado na implementação de políticas públicas, sociais e econômicas, visando garantir aos indivíduos o seu acesso de maneira universal e igualitária no contexto social.

Todavia, apesar da concretização da saúde como direito fundamental, imprescindível à preservação da vida, interligando-se a princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico, como o da dignidade da pessoa humana, em muitas situações, esse direito não tem sido garantido de forma efetiva no âmbito social, fazendo com que os cidadãos busquem, por intermédio do poder judiciário, a sua devida implementação. Tal fenômeno denomina-se judicialização da saúde, e tem se multiplicado de forma exponencial nos últimos anos, passando a deter significativa relevância no contexto jurídico e social.

Nessa perspectiva, diante de toda a escassez de recursos financeiros e estruturais que configuram o Estado, o presente trabalho objetiva analisar os desafios e limitações enfrentados pelo Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde, ante todas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que compõem o tema.

Diante dessa realidade, questiona-se: O Poder Judiciário deve atuar de maneira a intervir na concretização das políticas públicas no âmbito da saúde quando o Estado for inerte? Quais os limites, obstáculos e possibilidades para a efetivação do direito fundamental à saúde por intermédio do Poder judiciário?

Para responder ao questionamento formulado, no presente trabalho, foram utilizados como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, a partir do levantamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial por meio de materiais publicados em teses, dissertações, revistas jurídicas e artigos que discorrem sobre direitos fundamentais, políticas públicas, direito a saúde e orçamento público. Buscou-se apresentar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da problemática, bem como o entendimento adotado pelos tribunais superiores.

Para tanto, o estudo foi dividido em três sessões. Em primeiro lugar, pretendeu-se compreender a evolução histórica acerca dos direitos fundamentais a partir das reivindicações sociais e ideológicas que possibilitaram aos indivíduos uma série de direitos e garantias sociais atrelados à preservação da vida e da dignidade humana, limitando o poder estatal, e suprimindo, dessa maneira, o conceito de Estado soberano. Apresentou-se, dessa feita, a efetivação da saúde como um direito social fundamental constitucionalmente tutelado como um direito de todos bem como dever do Estado.

Continuamente, na segunda etapa, apresentou-se o fenômeno da judicialização como meio garantidor ao direito fundamental à saúde, tendo em vista a ineficácia na efetivação desse direito por meio das políticas públicas implementadas pela administração estatal, fazendo com que os indivíduos, de forma cada vez mais recorrente, socorram ao judiciário pleiteando a obtenção de medicamentos e procedimentos no âmbito da saúde.

Na terceira sessão, procedeu-se à análise das questões relacionadas aos desafios e limitações observados na atuação do poder judiciário na efetivação do direito social à saúde. Nessa perspectiva, adentrou-se nas questões orçamentárias, sobretudo no tocante à escassez de recursos financeiros como obstáculo à implementação de políticas sociais e econômicas, adentrando-se nas temáticas referente à Reserva do Possível e ao mínimo existencial e seus contrapontos. Abordou-se, ainda, a ineficiência na alocação e distribuição dos recursos por parte da administração pública, assim como a omissão estatal no implemento das políticas sociais, desencadeando em um sistema público de saúde deficitário e de sérios problemas estruturais. Analisou-se, com isso, a intervenção do poder judiciário na efetivação das políticas públicas no âmbito da saúde e as interferências na atuação dos demais poderes, à luz do princípio constitucional da separação dos poderes.

Ao passo que a judicialização tem tomado proporções relevantes na concretização dos direitos constitucionalmente tutelados, bem como influenciado diretamente na esfera administrativa e no contexto social como um todo, ante a problemática e os questionamentos apontados, o presente trabalho aborda as divergências acerca da aplicação do direito à saúde por intermédio da atuação do poder judiciário, bem como os desafios enfrentados para tanto, apresentando, diante disso, os principais argumentos levantados doutrinariamente, assim como posicionamentos jurisprudenciais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS

Analisando a história, percebe-se a imposição Estatal sobre a sociedade, aonde não existiam direitos e garantias fundamentais que resguardassem os seres humanos. Os direitos fundamentais surgiram, dessa maneira, através de uma longa e penosa luta da humanidade, por meio de guerras ideológicas e reivindicações sociais buscando a promoção de tais direitos, à exemplo da própria Revolução Francesa, representando um importante marco para a transformação dos padrões que eram seguidos à época (VINHOLI, 2021, pag. 15).

Nesse viés, os Direitos Fundamentais ganham espaço a partir do momento em que a ideia de Estado soberano é suprimida, aonde os indivíduos passaram a deter uma série de direitos e garantias relacionadas à dignidade humana (VINHOLI, 2021, pag. 15).

Nessa perspectiva, Marmelstein conceitua os Direitos Fundamentais como normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder estatal, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Sendo

assim, os direitos fundamentais demonstram-se como situações jurídicas essenciais à vida do homem, devendo, além de constitucionalmente positivados, ser efetivamente garantidos no contexto social de acordo com as necessidades dos indivíduos (VINHOLI, 2021, pag. 15 *apud* MARMELSTEIN 2019, pag. 18).

Na Constituição Federal, os Direitos e Garantias Fundamentais encontram-se positivados no Título II, prevendo, em seu art. 5º, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, dentre outros. Constitui-se, dessa forma, prerrogativas que firmam a ideia de uma vida digna e igual para todos, sem quaisquer distinções, além de limitar o poder do Estado perante os indivíduos.

Conforme leciona Monsores (2018, pag. 24)), os direitos fundamentais são classificados em gerações ou dimensões, de acordo com sua evolução histórica e valores da época. Imperioso ressaltar, essa evolução ao longo do tempo não substitui uma geração pela outra, ao passo que estão interligadas, existindo uma relação de interdependência entre elas.

Nesse sentido, os doutrinadores definem cinco dimensões aos direitos fundamentais. A primeira dimensão é basilar do texto constitucional, incidindo inicialmente na Magna Carta, são normas que versam acerca de direitos individuais, de liberdade, civis e políticos. Dessa feita, esses direitos objetivam frear a ação e a arbitrariedade do Estado, limitando seus poderes sobre os indivíduos, empregando, com isso, um papel passivo ao Estado, de não agir ou intervir, protegendo os direitos voltados à autonomia do cidadão (MONSORES, 2018, pag. 25).

Os direitos fundamentais de segunda geração, por sua vez, são pautados na perspectiva de igualdade, empregando a ideia de Estado social, surgindo os direitos sociais, econômicos e culturais. Nessa concepção, buscou-se uma ação positiva do Estado na promoção de direitos que buscassem a dignidade e a justiça social, diante das desigualdades sociais e condições de trabalho degradantes ocasionadas na época pelo crescimento desenfreado da indústria, colocando os indivíduos em condição de vulnerabilidade. (MONSORES, 2018, pag. 26 *apud* SARLET, 2018. pag. 318).

A terceira geração dos direitos fundamentais é marcada pelo desenvolvimento, em nível global, da tecnologia e da ciência. A partir das mudanças e novas interações no contexto social, observou-se o indivíduo como integrante de uma coletividade, empregando-se maior enfoque na preservação dos direitos transindividuais e ambientais (NOGUEIRA, 2017, pag. 21).

Conforme preleciona Monsores (2018, pag. 29), as três primeiras gerações supramencionadas são entendidas como as gerações clássicas, entretanto, como a evolução da sociedade e dos direitos fundamentais, viu-se a necessidade da conceituação de novas gerações ou dimensões, surgindo os direitos de quarta e a quinta gerações.

A quarta geração é marcada pelos direitos à informação e ao pluralismo, empregando o ideal de manutenção da democracia, aonde o poder emana do povo. Por sua vez, os direitos fundamentais de quinta dimensão reforçam o ideal de paz como direito fundamental e imprescindível à manutenção da vida do homem em sociedade. Nesse viés, conforme o doutrinador Paulo Bonavides, o direito de quinta geração seria o direito à paz, que seria transladado da terceira geração, marcada pelos direitos transindividuais, para a quinta (MONSORES, 2018, pag. 30 *apud* BONAVIDES, 2011).

Assim como os Direitos e Garantias Fundamentais, os Direitos Sociais encontram previsão no Capítulo II da Constituição Federal, empregando, em seus artigos 6º ao 11, o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, dentre outros (BRASIL, 1988).

Imperioso ressaltar, os Direitos Sociais classificam-se como direitos fundamentais de segunda dimensão, englobando o direito fundamental à saúde, sendo assim, o Estado detém responsabilidade na sua concretização através da implementação de políticas públicas, constituindo dever da administração pública uma atuação positiva visando a efetivação desses direitos, buscando, dessa forma, o estabelecimento da justiça e da dignidade social (COSTA, 2021, pag. 18).

Sendo assim, tratando-se de direitos de cunho prestacional, é imprescindível, por parte do Estado, dispor de poder pecuniário para a sua implementação, ao passo que os direitos de segunda dimensão necessitam do aspecto orçamentário para que sejam efetivados.

Nesse sentido, quando o Estado não realiza as ações necessárias a garantir aos indivíduos os direitos fundamentais sociais, surge então a possibilidade de exigir a efetivação desses direitos pela via judicial.

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O conceito de saúde caracteriza-se pela abstração e imaterialização, podendo englobar diversas características e sentidos, a depender da época, do local, da conjuntura social e económica. Conceitua-se, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como “o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos”, nesse mesmo sentido, a redação do Art. 3º da Lei 8.080/9044, que regula as ações e serviços de saúde, prevê a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais

fatores determinantes e condicionantes à saúde (BERGONZI, 2015, pag. 27 *apud* BULOS 2003, p. 1291).

Entende-se, dessa feita, a saúde não apenas como a ausência de doença física, mas a existência de um meio ambiente que propicie o desenvolvimento humano de forma equilibrada, permitindo o bem-estar físico, psíquico e social (SOUZA, 2019, pag. 3).

Conforme Souza (2019, pag. 3), a Segunda Grande Guerra, diante das atrocidades que a marcaram, deixou como legado a necessidade da busca de direitos sociais e humanos, dentre eles a promoção da saúde visando o progresso e evolução da sociedade. Dessa Feita, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, incentivando as nações à garantia desses direitos, ressaltando a necessidade em assegurar o direito a saúde, vejamos:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No Brasil, a saúde foi positivada como um direito social fundamental na Constituição Federal de 1988, conforme previsão do art. 6º: ``São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição`` (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, a Constituição Federal, no art. 196, estabelece a saúde como um direito de todos, bem como dever do Estado:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Em sequência, o art. 197 da Magna Carta firmou a saúde como indispensável para a manutenção da vida, sendo um serviço de relevância pública. Em complemento, em seu art. 198, estabelece que as ações e serviços de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada e constituir um sistema único, organizado conforme as diretrizes da descentralização, da integralidade do atendimento e da participação da comunidade. Ademais, estabelece a Constituição Federal, em seu art. 23, a responsabilização solidária dos Entes Federativos para o provimento e proteção da saúde, inclusive no anteparo das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

Além de todos os preceitos constitucionais supramencionados, as ações e serviços de saúde ainda são regulados infraconstitucionalmente pela Lei nº 8.080/90, prevendo, em seu art. 2º, a saúde como direito fundamental do ser humano, reiterando o dever do Estado na sua implementação (CAMPOS, 2019, pag. 12).

Desta maneira, ante os preceitos firmados na Constituição Federal de 1988, e com a criação do Sistema Único de Saúde, a saúde passou a ser entendida como um direito social fundamental constitucionalmente tutelado, de forma universal e igualitária, como um direito de todo cidadão em face do Estado, que tem o dever de garantí-lo por meio de políticas públicas que permitam a sua concretização, tratando-se como um serviço de relevância pública. Ademais, a saúde fora então concretizada como um elemento essencial à preservação da vida, sendo imprescindível para a garantia da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (COSTA, 2021, pag. 28).

Nesse sentido, a saúde demonstra-se como um direito de segunda geração, de caráter prestacional, aonde o Estado detém responsabilidade na sua materialização, a sua efetivação como um direito social fundamental constitucionalmente prescrito, assim como o estabelecimento do dever do Estado em garantí-lo, demandam, para sua concretização, uma atuação positiva do Estado em prol do cidadão, dispondo de poder pecuniário, necessariamente na execução de políticas públicas sociais e econômicas voltadas à implementação da saúde, possibilitando o efetivo acesso aos seus serviços por meio da intervenção estatal (CAMPOS, 2019, pag. 14).

Nesse diapasão, embora a saúde seja considerada um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, atribuindo-lhe, inclusive, caráter de cláusula pétreas, consolidado pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, sua efetivação encontra uma série de desafios e limitações por parte do Estado no implemento e no cumprimento de políticas públicas, bem como na ausência de recursos orçamentários necessários à sua execução, comprometendo a efetiva concretização deste direito. Dessa feita, desencadeia-se o fenômeno da judicialização, ou a busca pelo Poder Judiciário como um meio de resposta à necessidade de efetivação do direito social à saúde.

3 A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

Consoante o exposto anteriormente neste trabalho, a saúde, como um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, passou a ser entendido como um direito de

todos, assim como um dever do Estado. Todavia, apesar da previsão Constitucional, a saúde pública enfrenta uma série de desafios e limitações à sua efetivação no contexto social, a ineficiência no implemento, bem como a execução ineficaz das políticas sociais e econômicas por parte da Administração Pública ocasiona uma redução na efetivação dos direitos fundamentais, desencadeando, de forma cada vez mais recorrente, a busca pelo Poder Judiciário como meio a efetivar esses direitos. Nesse contexto, surge o fenômeno da Judicialização da Saúde, podendo ser conceituado como o ingresso em juízo de demandas que visam garantir, perante o poder Judiciário, a obtenção de medicamentos e procedimentos no âmbito da saúde (BRANDÃO, 2021, pag. 03).

A título de contextualização histórica, no Brasil, as primeiras reivindicações ao poder judiciário no contexto da saúde ocorreram no início dos anos de 1990, quando o sistema público não possuía medicamentos que atendessem às necessidades dos portadores do vírus HIV (*Human Immunodeficiency Virus*). Na época, a crise da doença fez com que os portadores buscassem, pela via judicial, os antirretrovirais necessários ao seu tratamento. Com o passar dos anos, houve uma significativa redução das demandas judiciais interpostas por portadores dessa doença, em função do avanço de políticas públicas voltadas ao combate da AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*), resultando na ampla distribuição gratuita dos medicamentos antirretrovirais (DIAS et al., 2016, pag. 10).

Nessa esteira, durante esse período, observou-se um crescimento exponencial de demandas judiciais voltadas à efetivação do direito à saúde, aonde, no ano de 1999, o Supremo Tribunal Federal proferiu a primeira decisão sobre o direito subjetivo à assistência farmacêutica gratuita, conforme explica Andrade:

(...) o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1999, pela primeira vez enfrentou com centralidade a temática da saúde pública universal, integral e gratuita, tal como positiva constitucionalmente. A partir de então, o número de demandas judiciais pelo acesso a bens e serviços de saúde, em especial medicamentos, cresceu vertiginosamente, tanto nas instâncias ordinárias quanto no âmbito da jurisdição constitucional (COSTA, 2021, pag. 45 *apud* ANDRADE, 2014, pag. 2).

Nessa perspectiva, conforme preleciona Schulze (2019, pag. 25), em virtude da quantidade de situações e necessidades referentes à saúde que assolam a sociedade, assim como a evolução da ciência e da tecnologia no âmbito da saúde, possibilitando o avanço e aprimoramento na produção de medicamentos e de novos tratamentos, favoreceram o aumento exponencial das demandas judiciais referentes à saúde. Ademais, encontra-se sedimentado a obrigação do Estado em cumprir determinações basilares do Direito Social à saúde, à exemplo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da vedação ao retrocesso social, do mínimo

existencial e do dever do progresso em saúde, fazendo com que os cidadãos recorram ao judiciário com uma frequência cada vez maior, visto tratar-se de uma obrigação estatal tão evidente.

Nesse diapasão, segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre o período de 2008 a 2017, ocorreu uma elevada progressão nas demandas referentes a saúde em primeira instância, vejamos:

A LAI permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, no período entre 2008 e 2017. Considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Para o mesmo período, os relatórios “Justiça em Números” do CNJ apontam um crescimento de 50% no número total de processos em primeira instância. O crescimento das demandas sobre saúde foi, portanto, muito superior ao crescimento das demandas em geral do Judiciário, reforçando a relevância do tema (Instituição de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019. Pag. 15).

Nessa toada, dentre as situações que ocasionam o fenômeno da judicialização na área da saúde, tem-se, geralmente, o pedido por medicamentos incorporados ao rol do Sistema Único de Saúde (SUS), mas que são negados pela administração pública, outra situação é o eventual desabastecimento do referido medicamento, ou a própria desinformação sobre a concessão do fármaco de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Essas situações configuram uma verdadeira falha no sistema de saúde, aonde o poder judiciário terá atuação na concretização das políticas públicas já previstas pelo SUS. Nessas circunstâncias, definiu o Ministro Marco Aurélio em voto proferido no Recurso Extraordinário 566.471, que o juízo, deferindo o pedido, deverá requerer o cumprimento dos requisitos de comprovação da necessidade do medicamento para o indivíduo, assim como a prova da negativa de disponibilização do fármaco ao paciente (COSTA, 2018, pag. 43).

Em outra hipótese que motiva o fenômeno da judicialização no âmbito da saúde, tem-se a solicitação por medicamentos ou tratamentos que ainda não foram incorporados ao Sistema único de Saúde (SUS), ou que não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Neste caso, o Poder Judiciário deve agir com cautela e razoabilidade, ao passo que não existe previsão normativa ao fornecimento de determinado tratamento ou medicamento pela Administração Pública (SCHULZE, 2019, pag. 42).

Na situação contextualizada no parágrafo anterior, a tarefa do julgador é mais complexa e desafiadora. Nesse diapasão, no julgamento do mesmo Recurso Extraordinário alhures mencionado, o Ministro Luís Roberto Barroso definiu cinco requisitos ou critérios a serem

analizados pelo juiz na análise desse tipo de demanda, de forma cumulativa, sendo estes a incapacidade financeira do indivíduo em arcar com a demanda, a comprovação de que não inclusão do fármaco não adveio de decisão manifesta dos órgãos competentes, a ausência de outro medicamento incluído ao Sistema Único de Saúde e que possa substituir o fármaco pleiteado, a demonstração científica da eficácia do medicamento pretendido, e a propositura da demanda perante a União. Ademais, quando deferida a demanda, resta necessário o requerimento de avaliação dos órgãos competentes acerca da possibilidade de inclusão do fármaco ao sistema público de saúde (COSTA, 2018, pag. 43).

Nesse sentido, conforme Costa (2021, pag. 40), a Política Nacional de Medicamentos (PNM) estabelece que a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) será organizada consoante as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do País, elencando os medicamentos essenciais como os medicamentos considerados básicos e indispensáveis para atender à maioria dos problemas de saúde da população. Nesse contexto, conclui-se que a RENAME não engloba todos os medicamentos necessários ao tratamento de todas as enfermidades acometidas pela população, sobretudo os detentores de patologias mais raras. Nesse sentido, nos últimos anos, o Ministério da saúde tem buscado ampliar o rol de medicamentos, abrangendo grupos mais restritos detentores de doenças raras. Essa ampliação, de todo modo, detém relação direta com a judicialização, ao passo que, por meio desse fenômeno, o Estado pode observar aonde estão as falhas ou lacunas nas políticas públicas de fornecimento de medicamentos e tratamentos no âmbito da saúde pública.

4 DESAFIOS E LIMITAÇÕES ENFRENTADOS PELA JUDICIALIZAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Como apresentado no presente trabalho, constitui tarefa inerente ao poder público a execução de políticas públicas visando a efetivação do direito à saúde, todavia, observa-se que o sistema público de saúde não consegue efetivar um atendimento de forma integral e universal conforme estabelecido no texto Constitucional, em virtude das limitações inerentes aos seus recursos orçamentários. Sendo assim, surge a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário buscando o acesso à medicamentos e procedimentos no âmbito da saúde (OLIVEIRA, 2016, pag. 54).

Nesse contexto, a excessiva judicialização esbarra, inevitavelmente, na precária realidade da saúde pública identificada em muitos Estados da Federação. Analogicamente, o

judiciário passou a ser comparado a um balcão de reclamações, sendo encarado como o recurso mais eficaz à efetivação dos direitos sociais, sobretudo o da saúde. Esse cenário tem se intensificado pela omissão Estatal, a falta, muitas vezes, de instrumentos básicos nos hospitais públicos demonstram bem essa realidade. Observa-se, dessa feita, que grande parte das ações judiciais no âmbito da saúde decorrem da própria falha e ineficiência do sistema público que, em muitas situações, não consegue atender às necessidades básicas dos indivíduos, nessa perspectiva, entende-se que a omissão ou a falha estatal precedem a judicialização (SOUZA, 2019, pag. 10).

Dessa forma, a crescente intervenção e influência do Poder Judiciário nas políticas públicas no contexto da saúde tem encontrado uma série de percalços e desafios, estabelecendo na doutrina e jurisprudência reflexões e discordâncias acerca dos limites da atuação do judiciário na efetivação do direito social à saúde. De um lado, há quem defenda que o Estado poderá valer-se das limitações orçamentárias para o não cumprimento das demandas, todavia, em outra perspectiva, há quem reconheça o dever inerente ao Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais frente às limitações dos recursos.

Debruçando-se nos argumentos favoráveis à administração pública, alega-se que as intervenções do Poder Judiciário nas políticas públicas geram consequências no orçamento público, influenciando na gestão e no planejamento da máquina pública, sobretudo no contexto da saúde (GROBERIO; COURA, 2020, pag. 10).

Dessa maneira, defende-se a impossibilidade de atender a todas as demandas de saúde em razão da insuficiência de recursos financeiros para tanto. Sendo assim, as decisões judiciais no âmbito da saúde, se não realizadas de forma responsável e proporcional, podem prejudicar a realização de outras medidas estatais destinadas à coletividade, que restará prejudicada em detrimento dos recursos destinados às decisões judiciais, sobretudo aquelas de alto custo. Nessa perspectiva, o Judiciário não pode se abster de atuar na efetivação dos direitos fundamentais, até mesmo em observância ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário, entretanto, a sua atuação não poderia ferir aos interesses da coletividade (OLIVEIRA, 2016, pag. 57).

Nesse mesmo sentido, Oliveira (2016, pag. 60) preleciona que quando a decisão judicial é favorável ao indivíduo, o Estado está então obrigado ao seu cumprimento, sob pena de multa ou bloqueio das verbas orçamentárias, ocorre, dessa forma, o remanejamento dos recursos para atender à necessidade daquele indivíduo. Observa-se, com isso, que a judicialização excessiva, de forma desarrazoadas e irrestrita, acaba por desencadear um cílico vicioso, aonde o Estado não detém os recursos financeiros necessários à efetivação das políticas públicas, os indivíduos recorrem ao poder judiciário a fim de obter o seu direito satisfeito, o Estado atende ao pleito

individual, e continua cada vez mais sem os recursos orçamentários necessários ao implemento das políticas públicas.

Ademais, argumenta-se que uma minoria da população que conhecem os seus direitos, bem como detém condições financeiras de acesso à via judicial de maneira mais hábil e qualificada, acabam por se beneficiar em detrimento de uma maioria que, muitas vezes, não tem o conhecimento de seus direitos e acabam por perecer sem o acesso aos medicamentos ou procedimentos que necessitam. Devido a este fato, Barroso explica que ao invés de reduzir as desigualdades sociais, a judicialização, em algumas situações, acaba por atender de forma mais efetiva às camadas mais altas da sociedade em detrimento dos mais pobres. Essa realidade é acentuada quando os recursos financeiros que seriam utilizados em políticas públicas, acabam por ser alocados para o cumprimento das decisões judiciais proferidas em benefício das classes mais abastadas (MORAIS, 2018, pag. 43 *apud* BARROSO, 2009, p.26).

Ante o exposto, é sabido que na implementação de políticas públicas, o Poder Executivo deve atentar-se aos planos orçamentários contidos na Constituição Federal, como prevê os artigos 165 e 167. Constitui vedação Constitucional, entre outras medidas, o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (BERGONZI, 2015, pag. 35).

Dessa maneira, argumenta-se que devem ser observados os planos orçamentários na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), na Lei Orçamentária Anual (LOA) e no Plano Plurianual (PPA), quem objetivam o equilíbrio do orçamento público. Sendo assim, a atuação do Poder Judiciário, de maneira a não observar os limites orçamentários, causaria impactos significativos na gestão e no planejamento público (CAMPOS, 2019, pag. 46).

Nesse raciocínio, observada as dificuldades financeiras enfrentadas pela Administração Pública, tem-se utilizado, de forma corriqueira, da Teoria da Reserva do Possível, no sentido de afastar a responsabilidade do Estado em assegurar os direitos sociais, sobretudo nas demandas concernentes ao fornecimento de medicamentos e procedimentos no âmbito da saúde. Segundo o que estabelece a mencionada teoria, o fornecimento das demandas de saúde por parte dos entes federativos desencadearia um desequilíbrio no orçamento público, desregulando o planejamento financeiro do Estado (GONÇALVES, 2021, pag. 27).

Todavia, em contrapartida a tudo o que fora argumentado anteriormente, parte da doutrina e jurisprudência entendem como inaceitável que a legislação orçamentária, bem como o planejamento das contas públicas se sobreponham à vida e a saúde como direitos

constitucionalmente tutelados, nesse interim, a saúde do indivíduo não pode ser suprimida em razão da ``saúde`` financeira do Estado. (NASCIMENTO, 2019, pag. 34)

Nesse sentido, conforme Campos (2019, pag. 31), o Judiciário não pode ser impedido de determinar que o Estado efetive o implemento de direitos sociais fundamentais, sobretudo no âmbito da saúde, valor imprescindível à manutenção da vida e da dignidade humana. Nessa esteira, Celso de Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, preleciona:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (STF - RE: 393175 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/02/2006, Data de Publicação: DJ 16/02/2006 PP-00054 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 163-166).

Nesse mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux entende pela necessidade de se priorizar a efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais (Recurso Especial nº 811.608/RS, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 15/05/2007, publicado em 04/06/2007).

Ademais, por mais que o dispêndio pecuniário para o cumprimento das decisões judiciais possa causar um desequilíbrio nas contas públicas, inclusive comprometer a implementação de políticas públicas destinadas ao coletivo, o magistrado, ao adotar essa interpretação, estaria rejeitando um direito constitucionalmente tutelado ao sujeito que está sendo ofendido em função de uma abstração, que é o coletivo, sem, inclusive, a certeza se seriam realmente efetivados pela falha e omissa Administração Pública (COSTA, 2021, pag. 63).

Desse modo, por mais que a escassez de recursos financeiros detenha relevância na efetivação das demandas de saúde, o Estado não pode se abster em cumprir o dever constitucional em efetivar esse direito. Tal situação representaria, inclusive, uma afronta aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, no sentido de que apenas os indivíduos abrangidos pelas políticas de saúde teriam o seu direito efetivado, enquanto aqueles não abrangidos pelas políticas públicas, muitas vezes por própria falha ou omissão estatal, e que

necessitam do medicamento ou tratamento, não teria a sua vida preservada (COSTA, 2021, pag. 64).

Assim sendo, o condicionamento do direito à saúde apenas na falta de recursos financeiros mostra-se inconveniente, quando, em muitas situações, não se tem o mínimo necessário ao atendimento dos enfermos, em virtude da ineficiência na aplicação e na devida alocação dos recursos públicos, ocasionando em um Estado de sérios problemas estruturais no tocante à saúde pública (NOGUEIRA, 2017, pag. 42).

Logo, conforme leciona Nascimento (2019, pag. 32), no cenário de escassez de recursos e excesso de demandas, é imprescindível uma destinação e alocação desses recursos de forma responsável por parte da Administração Pública, aprimorando os processos de gestão, fiscalização e monitoramento da máquina pública, promovendo, dessa forma, maior eficiência e efetivação dos direitos sociais, sobretudo aqueles que expressam o básico necessário ao atendimento dos indivíduos.

Nessa perspectiva, tem-se a teoria do mínimo existencial, representando um contraponto à Teoria da Reserva do Possível, no sentido de que o Estado tem o dever de garantir um rol mínimo de direitos, garantindo o básico necessário à obtenção de uma vida digna por parte dos indivíduos. Dessa maneira, comprehende-se que o mínimo existencial detém relação direta com os direitos fundamentais, sobretudo com a dignidade da pessoa humana (NOGUEIRA, 2017, pag. 30).

Nesse diapasão, o mínimo existencial reveste-se dos direitos sociais fundamentais estabelecidos na Constituição, aonde a doutrina, majoritariamente, define os direitos à saúde, à educação e à alimentação como os basilares da teoria do mínimo existencial. Sendo assim, a ineficácia na concretização de qualquer desses direitos representaria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, base do ordenamento jurídico pátrio (PINTO, 2022, pag. 38).

Diante disso, torna-se plenamente exigível a concretização do mínimo existencial por parte do Estado, que tem o dever de implementar todas as prestações positivas para tanto. No contexto da saúde, isso é representado pelo básico necessário ao tratamento e atendimento dos cidadãos, aonde o poder judiciário tem o poder de determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõe o mínimo (PINTO, 2022, pag. 36).

Esse tem disso o entendimento dos tribunais superiores, que tem consolidado a jurisprudência no sentido de permitir a intervenção do poder judiciário em tutelar os direitos fundamentais, sobretudo a saúde, aonde o Estado não pode se eximir em efetivar as medidas necessárias à efetivação desses direitos (CRISTÓVAM; EIDT, 2022, s.p).

Nesse sentido, vejamos os seguintes entendimentos:

FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º, DO CPC - PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). **2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.** 3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. 5. Precedentes da Primeira Seção: (EREsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24. 3.2006). Recurso especial improvido (STJ - REsp: 857502 RS 2006/0138024-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 17/10/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.10.2006 p. 284). [grifo nosso]

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE CONTAS DO ESTADO – POSSIBILIDADE. 1. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. **2. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.** 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp: 878441 RS 2006/0182329-8, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 10/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.04.2007 p. 340). [grifo nosso]

Desse modo, no tocante a teoria da Reserva do Financeiramente Possível, os tribunais superiores têm firmado entendimento no sentido de que aspectos orçamentários não podem constituir obstáculo absoluto suficiente a privar os indivíduos de Direitos Fundamentais, a exemplo da própria saúde, ao passo que detém relação direta com a vida e a dignidade da pessoa humana como preceitos basilares do ordenamento jurídico, devendo-se garantir, sobretudo, o mínimo existencial a todos os indivíduos (CRISTÓVAM; EIDT, 2022, s.p.).

Ademais, resta salientar, a jurisprudência tem entendido que a ausência de incorporação dos medicamentos aos atos normativos do SUS não constitui óbice ao seu fornecimento pelo Poder Público, conforme decidiu o STJ em Recurso repetitivo 106, desde que observados alguns requisitos cumulativos, sendo eles a 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, a incapacidade financeira do indivíduo em arcar com o custo do medicamento prescrito e a existência de registro do medicamento na ANVISA, observado os usos autorizados pela agência (CRISTÓVAM; EIDT, 2022, s.p).

Imperioso ressaltar, em regra, os tribunais superiores entendem pela impossibilidade de exigir do Estado o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, em proteção aos próprios jurisdicionados, ao passo que a ANVISA é uma autarquia responsável pela comprovação da segurança dos medicamentos. Todavia, em sede de repercussão geral, o STF já cunhou uma exceção a essa regra, senão vejamos: (CRISTÓVAM; EIDT, 2022, s.p).

Ainda, conforme preleciona Cristóvam; Eidt, (2022, s.p) é possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. (STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

Dessa maneira, na decisão das demandas por parte do magistrado, é imprescindível a efetiva utilização de todos os recursos que estão ao seu alcance, com o apoio Interdisciplinar do Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NAT) e o Núcleo de Apoio Técnico ao Poder Judiciário (NAT-JUS), visando o auxílio necessário na análise das demandas concernentes à saúde, possibilitando aos juízes decisões com maior habilidade e respaldo técnico (SOUZA, 2019, pag. 12 *apud* CARDOSO, 2017, p. 86)

Ante todo o exposto, tem-se que as limitações orçamentárias advindas da escassez de recursos financeiros, que fundamentam a teoria da Reserva do Possível, por mais que sejam relevantes no contexto fático nas demandas de saúde, não podem constituir óbice ao deferimento das demandas bem como à concretização do direito social à saúde, sobretudo no que se refere ao mínimo existencial, ora, a população não pode arcar com a própria vida em face de um Estado que não concretiza medidas fundamentais. Nessa perspectiva, tais circunstâncias orçamentárias representam um alerta ao poder judiciário enquanto necessidade de decidir de forma ponderada, atuando de forma responsável e proporcional, buscando sempre atender às necessidades do indivíduo analisando ao caso concreto, buscando alternativas menos onerosas ao erário público, utilizando-se, para tanto, de todas as ferramentas de auxílio à sua

disposição, promovendo, dessa maneira, o equilíbrio do Sistema Único de Saúde (COSTA, 2021, pag. 64).

4.1 A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ANTE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da Separação dos Poderes encontra positivação na Constituição Federal, estabelecendo, em seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Constitui-se como elemento essencial à democracia, criando mecanismos de controle mútuo entre os poderes, limitando, dessa forma, o poder estatal (BERGONZI, 2015, pag. 34).

Segundo Costa (2021, pag. 56), frequentemente, no que diz respeito ao direito a saúde e a sua judicialização, busca-se fundamentar sua inviabilidade no princípio ora tratado. Nessa perspectiva, justifica-se a impossibilidade da efetivação das políticas públicas pela via judicial, ao passo que o judiciário, nessa atuação, estaria intervindo de maneira equivocada em matéria que deveriam ser deliberadas pelos poderes Executivo e Legislativo, afrontando, dessa maneira, o princípio da separação dos poderes.

Argumenta-se, ainda, além de ser função típica dos poderes Executivo e Legislativo, conforme leciona Galvão (2013, pag. 25), estes detêm maior capacitação à implementação das políticas públicas de saúde, possuindo todos os recursos e auxílio técnico para tanto, já os juízes, na apreciação das demandas individuais, não detém o conhecimento técnico tampouco a dimensão de todo contexto político social, inviabilizando, por parte destes, a implementação de políticas públicas e a distribuição dos recursos.

Em contrapartida, há uma corrente doutrinária que defende que a intervenção do poder judiciário nessas questões não representaria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, no sentido de que estaria atuando na preservação dos direitos fundamentais instituídos constitucionalmente que estariam sendo ofendidos pela omissão dos demais poderes, sobretudo no que concerne à saúde, como núcleo essencial da vida e da dignidade humana. O poder judiciário, nesse sentido, não atuaria na criação de políticas públicas, mas na concretização das já existentes, que não estariam sendo efetivadas pelo Estado. Ademais, comprehende-se que o judiciário estaria concretizando uma das premissas da própria teoria da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” é cabível a intervenção do judiciário em controlar os abusos cometidos pelos poderes Executivo e Legislativo no exercício de suas atribuições e competências (BERGONZI, 2015, pag. 32 *apud* GANDINI 2010, p. 76-77).

Nesse mesmo sentido tem sido o entendimento dos tribunais superiores:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, consoante determina o art. 196 da Constituição Federal, não configurando escusa válida a esse mister a suposta ausência de recursos orçamentários. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, asseguratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 3. Agravo regimental não provido. (STF - AI: 742734 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 30/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014). [grifo nosso]

Desse modo, resta cabível a intervenção judicial nos demais poderes a fim de que cumpram o seu dever de suprir as necessidades da sociedade, sobretudo as inerentes aos direitos fundamentais essências a preservação da vida, cuja eficácia imediata não se discute. Defende-se, nesse interim, a atuação do poder judiciário por força do princípio da inafastabilidade judicial, bem como do acesso à justiça para a proteção dos direitos fundamentais, ora, não é o judiciário quem bate às portas da população para oferecer ajuda, mas sim o próprio cidadão que recorre até ele, submetendo à sua tutela o bem da vida (GOMES, 2018, pag. 4).

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se analisar os desafios e limitações enfrentados pelo poder judiciário nas demandas referentes à saúde pública. A partir das pesquisas documentais, constatou-se um significativo aumento das ações judiciais pleiteando a disponibilização, por parte do Estado, de medicamentos, tratamentos e procedimentos no âmbito da saúde, com vistas a garantir a efetivação deste direito fundamental, desencadeando, dessa maneira, o fenômeno conhecido como judicialização da saúde.

Nessa toada, foi possível constatar que a Constituição Federal de 1988 representou um marco significativo no tocante ao direito à saúde, concretizando-o como um Direito Social Fundamental inerente a todos os indivíduos, bem como um dever estatal. Ademais, ficou evidenciado que, tratando-se de um direito prestacional, a efetivação da saúde no contexto social depende de políticas públicas, sociais e econômicas, necessitando, para tanto, de recursos financeiros para sua implementação.

Nesse contexto, observou-se uma série de desafios e limitações no tocante à atuação do poder judiciário, sobretudo no que se refere às questões orçamentárias, tendo em vista a escassez de recursos financeiros necessários à implementação das políticas públicas de saúde, esbarrando-se na Teoria da Reserva do Possível, constantemente utilizada pela administração pública para eximir-se em concretizar as demandas de saúde pública. Somado a isso, observou-se a falha no planejamento e na distribuição do orçamento público para a efetivação dos direitos sociais, assim como a insuficiência das políticas públicas no âmbito da saúde, demonstrando-se ineficazes ao suprimento das necessidades da população, faltando, muitas vezes, o básico necessário à efetivação do mínimo existencial. Ademais, constatam-se as críticas acerca do ativismo judicial representado pela intervenção do judiciário na efetivação das políticas públicas, o que representaria uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Todas essas circunstâncias torna desafiadora a atuação do magistrado na decisão das demandas de saúde.

Ante o exposto, questionou-se no presente trabalho: O Poder Judiciário deve atuar de maneira a intervir na concretização das políticas públicas no âmbito da saúde quando o Estado for inerte? Quais os limites, obstáculos e possibilidades para a efetivação do direito fundamental à saúde por intermédio do Poder judiciário?

Diante disso, apesar das divergências doutrinárias acerca do tema, conclui-se que o direito à saúde é dotado de uma carga de fundamentalidade máxima, sendo assim, quando houver omissão estatal na efetivação desse direito fundamental, será plenamente viável a intervenção do poder judiciário para a sua devida efetivação, devendo-se garantir, de forma inquestionável, o mínimo existencial no âmbito da saúde, representado pelas necessidades mais preliminares e básicas imprescindíveis à preservação da vida dos indivíduos.

No tocante às limitações orçamentárias, conclui-se que, por mais que sejam relevantes no contexto fático social e administrativo, não podem constituir óbice absoluto suficiente à não concretização dos direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde, dotado de impescindibilidade à manutenção da vida e da dignidade humana, valores máximos do ordenamento jurídico. Todavia, tais circunstâncias orçamentárias não podem ser totalmente ignoradas, representando um alerta ao poder judiciário quanto a necessidade de ponderação, atuando de forma responsável, razoável e proporcional, promovendo alternativas que possibilitem uma menor oneração ao erário público, analisando a possibilidade da implementação de medicamentos alternativos, com menor custo e que detenham a mesma eficácia, analisando criteriosamente os pedidos com observância ao caso específico, utilizando-se, para tanto, de todas as ferramentas de auxílio à sua disposição para a construção de uma

decisão coerente e bem fundamentada, empenhando-se, dessa maneira, em promover o equilíbrio do Sistema Único de Saúde, sobretudo nos momentos de crise social e econômica.

Dessa feita, a sociedade não pode ficar refém da omissão estatal e de má gestão pública, que demonstram-se insuficientes à concretização dos direitos fundamentais consagrados pelo próprio Estado. Desse modo, na colisão do direito à saúde e à vida com os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes, sobrepõe-se o direito à vida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barreto de. Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 217 p., 2014. P. 2.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO, 2019 – Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 857502 RS 2006/0138024-6. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, DF, 17 de outubro de 2006. **Superior Tribunal de Justiça Stj - Recurso Especial**. Brasília, 30 out. 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/32881>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 878441 RS 2006/0182329-8. Relator: Ministra ELIANA CALMON. **Superior Tribunal de Justiça Stj - Agravo Regimental no Recurso Especial**. Brasília, 20 abr. 2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21861>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 742734. Relator: Ministro DIAS TOFFOLI. Brasília, 14 nov. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/25313883>. Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Recurso Extraordinário nº 393175. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Brasília, 16 fev. 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14784469>. Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 811608. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão: 15/05/2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/22934001>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRANDÃO, Mariana Kaires Alves. Judicialização do direito à saúde, mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, Piauí, v. 2, n. 1, p. 219-238, dez. 2021. Disponível em:

<https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/06/Judicializac%CC%A7a%CC%83o-do-direito-a%CC%80-sau%CC%81de-mi%CC%81nimo-existencial-e-o-princi%CC%81pio-da-proibic%CC%A7a%CC%83o-ao-retrocesso-social.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

BERGONZI, Géssica. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DA EFETIVADA DE DIREITO FUNDAMENTAL. 2015. 72 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário Univates, Lajeado, 2015. Disponível em: <https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/c8266869-23cd-4311-a3a0-d1e9c24f9110/content>. Acesso em: 20 set. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.

BULOS, Uadi L. Constituição Federal Anotada. 5. ed., Editora Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Um ponto cego do direito?. 1. Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COSTA, Patrycia Becker. **Limites e potencialidades da judicialização como ferramenta de efetivação do direito à saúde no Brasil.** 2021. 85 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/237718/001139512.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 set. 2022.

CAMPOS, Lara Machado de Carvalho. **INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.** 2019. 53 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/16479/TCC%20e%20Ata%20de%20Defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 set. 2022.

COSTA, Marina Emilio da. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A IMPORTÂNCIA DO SUS COMO POLÍTICA PÚBLICA.** 2018. 64 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/7162/1/MECosta.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. A tutela da saúde e a reserva do possível na jurisprudência do STF e STJ. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6861, 14 abr. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/97083>. Acesso em: 10 out. 2022.

DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; CARNEIRO NETO, Manoel de Castro. Judicialização da saúde pública brasileira. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 6, n. 2, p. 126-137, 23 out. 2016. Centro de Ensino Unificado de Brasília.

[http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v6i2.4012.](http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v6i2.4012) Disponível em:
<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4012/pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

GANDINI, João A.D.; BARIONE, Samantha F.; SOUZA, André E.de. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2010.

GONÇALVES, Juliana Costa. **DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DA ALEGAÇÃO DE ESCASSEZ ORÇAMENTÁRIA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.** 2021. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense - Uff, Niterói, 2021. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/24289/JULIANA%20COSTA%20GON%C3%A7ALVES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 out. 2022.

GOMES, Márcia Lindsay Cabral. **A JUDICIALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A DEFINIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ATIVISMO JUDICIAL.** 2018. 16 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/MarciaLindsayCabralGomes.pdf. Acesso em: 15 set. 2022.

GROBERIO, Sônia do Carmo; COURA, Alexandre de Castro. **RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL: LIMITES E APORIAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE.** Revista Reflexão e Crítica do Direito, Ribeirão Preto, v. 8, n. 1, p. 214-232, jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1743/1717>. Acesso em: 15 ago. 2022.

GALVÃO, Márcia Fernanda Silva Macêdo. A intervenção do Poder Judiciário no acesso a medicamentos no Rio Grande do Norte: uma análise sob a ótica das políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN, 2013. 115p. P. 25

INSTITUIÇÃO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER. Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, Distrito Federal. 2019. P. 15

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais / George Marmelstein – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

MORAIS, Leandro Fernandes. **DIREITO À SAÚDE E A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: características, peculiaridades e controvérsias jurídicas.** 2018. 53 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/853/1/Monografia%20-20Leandro%20Fernandes.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

MONSORES, Ricardo Gomes. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL.** 2021. 74 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Amazonas – Uea, Manaus, 2018. Disponível em:

<http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/bitstream/riuea/1836/1/Judicializa%c3%a7%c3%a3o%20da%20Sa%c3%bade%20e%20a%20efetiva%c3%a7%c3%a3o%20do%20Direito%20Fundamental.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

NASCIMENTO, Josiene Maria do. **O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE X O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**. 2019. 38 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Doctum de Caratinga, Caratinga, 2019. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3286/1/Monografia%20Josi-%20Vers%c3%a3o%20Final%202018-11-19.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

NOGUEIRA, Millena Paula Costa. **IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA GESTÃO PÚBLICA: CONFLITO ENTRE DIREITO FUNDAMENTAL E INTERFERÊNCIA ORÇAMENTÁRIA**. 2017. 78 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará Faculdade de Direito, Fortaleza, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/28255/1/2017_tcc_mpcnogueira.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

OLIVEIRA, Leila Paula Silva Araujo de. **A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**. 2016. 70 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília – Uniceub, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10568/1/21172411.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

PINTO, Cleis da Silva. **O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2022. 60 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/237646/Cleis%20da%20Silva%20Pinto%20-%20TCC.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 28 set. 2022.

POTTUMATI, Eduardo Carlos; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A Judicialização da Saúde e seus Desafios. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 12, n. 16, p. 130-146, dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unicchristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/255/144>. Acesso em: 02 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional, 7^a ed. p. 318
SILVA, Wilians Cristian da. **A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2021. 45 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Santo Amaro, São Paulo, 2021. Disponível em: <http://200.229.206.179/bitstream/handle/123456789/797/TCC%20-%20Wilians%20Cristian%20da%20Silva.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 20 set. 2022.

SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS PARÂMETROS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CRITÉRIOS PARA A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL**. 2019. 226 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/256/TESE%20-%20CLENIO%20JAIR%20SCHULZE.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.

SOUZA, Ana Paula de Jesus. O DUPLO PAPEL DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: LIMITES E DESAFIOS. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 44-59, jun. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/232939775.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

VINHOLI, Caroline Paes. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: LIMITES E CONSEQUÊNCIAS DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**. 2021. 44 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário São Judas Tadeu – Campus Unimonte, Santos, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18705/1/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

