

**UNICESUMAR – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ**  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**RESERVA DO POSSÍVEL E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO  
CUSTO PELO ESTADO – A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

**MARCO ANTONIO DOS SANTOS**

MARINGÁ – PR  
2018

MARCO ANTONIO DOS SANTOS

**RESERVA DO POSSÍVEL E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO  
CUSTO PELO ESTADO – A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação da Prof. Me. Lucas Yuzo Abe Tanaka.

MARINGÁ – PR

2018

**FOLHA DE APROVAÇÃO**  
**MARCO ANTONIO DOS SANTOS**

**RESERVA DO POSSÍVEL E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO  
CUSTO PELO ESTADO – A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro  
Universitário de Maringá como requisito parcial para a obtenção do título de  
Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Lucas Yuzo Abe Tanaka.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

# RESERVA DO POSSÍVEL E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO PELO ESTADO – A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Marco Antonio dos Santos

## RESUMO

O presente estudo é resultado de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, cujo objetivo é demonstrar os desafios do Estado em garantir o acesso à Saúde Pública. A Constituição Federal de 1988 garantiu vários direitos fundamentais aos cidadãos, entre eles, a Saúde Pública a todos e, no cenário atual, este direito está sendo tratado com enfoque na Dignidade da Pessoa Humana com base no mínimo existencial, sob o argumento da reserva do possível. Como o direito à Saúde é universal, nasce um problema para a administração Pública, o de garantir de forma efetiva tal direito, sendo de responsabilidade do Poder Executivo prever em dotação orçamentária e criar políticas públicas de acesso à Saúde. Acontece que o poder Executivo encontra dificuldades em efetivar esses direitos para todos, assim a sociedade não viu outra saída se não se socorrer ao poder Judiciário, pleiteando judicialmente pedidos de medicamentos e acesso à Saúde, como meio de ver concretizados os direitos reservados na Carta maior. Este grande volume de ações no Judiciário pleiteando medicamentos, por muitas vezes com sentenças favoráveis, traz um desequilíbrio orçamentário na administração Pública, uma vez que o Estado tem que realocar recurso financeiro para cobrir as sentenças favoráveis. Por fim, tenta-se mostrar que o poder Judiciário, como guardião da Constituição Federal, não tem outra saída, se não aplicar a lei e obrigar o Executivo a efetivar o direito à Saúde, o que se tem dado o nome de judicialização da Saúde Pública. Porém é necessário que as decisões do Poder Judiciário sejam pautadas na razoabilidade e sensibilidade de cada caso, também buscando o apoio científico para suas decisões, para o fim de remediar esse conflito entre a possibilidade do Estado e a necessidade de cada cidadão ao acesso à Saúde Pública.

**Palavras-chave:** Saúde Pública. Direito Fundamental. Judicialização da Saúde

## **RESERVATION OF THE POSSIBLE AND THE PROVISION OF HIGH STATE MEDICINES - THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH**

### **ABSTRACT**

The present study is the result of doctrinal and jurisprudential research, whose objective is to demonstrate the State's challenges in guaranteeing access to Public Health. The Federal Constitution of 1988 guaranteed several fundamental rights to citizens, including Public Health to all, and in the current scenario, this right is being treated with a focus on Human Dignity based on the existential minimum, under the possible. As the right to Health is universal, a problem arises for the Public Administration, to effectively guarantee such right, and it is the responsibility of the Executive Power to provide in budget and create public policies for access to Health. It turns out that the Executive branch difficulties in realizing these rights for all, so the society saw no other way out if it did not succor the judiciary, claiming judicially requests for medicines and access to Health, as a means of seeing the rights reserved in the larger Charter materialized. This large volume of lawsuits in the Judiciary pleading drugs, often with favorable judgments, brings a budget imbalance in the Public Administration, since the State has to reallocate financial resources to cover favorable judgments. Finally, it is tried to show that the judicial power, as guardian of the Federal Constitution, has no other way out, if it does not apply the law and compel the Executive to effect the right to Health, which has been given the name of Health judicialization Public. However, it is necessary that decisions of the Judiciary are based on the reasonableness and sensitivity of each case, also seeking scientific support for their decisions, in order to remedy this conflict between the possibility of the State and the need of each citizen to access Health Public.

**Keywords:** Fundamental Rights; Judicialization of Health; Public Health.

O homem é a medida de todas as coisas, das coisas  
que são, enquanto são das coisas que não são,  
enquanto não são.  
(PROTÁGORAS)

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	<b>9</b>
2.1 DO CONCEITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	9
2.2 DA SAÚDE COMO ACESSO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	10
<b>3 DO ORÇAMENTO PÚBLICO E DA RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	<b>12</b>
3.1 DAS REGRAS ORÇAMENTÁRIAS.....	12
3.2 DA RESERVA DO POSSÍVEL .....	14
3.2.1 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial – O desafio do Estado em concretizar o direito à Saúde Pública .....	16
<b>4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA</b> .....	<b>18</b>
4.1 MOTIVOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA .....	19
4.1.1 Saúde – direito Fundamental essencial à Dignidade Humana.....	19
4.1.2 A Omissão do Poder Executivo .....	21
4.1.3 O Fortalecimento do Poder Judiciário .....	22
4.2 POSSÍVEIS PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO.....	23
4.2.1 O Orçamento Público e a Realocação De Recursos – Ato Que Causa Desequilíbrio Orçamentário.....	23
4.2.2 Interferência do poder Judiciário nos poderes Executivo e Legislativo .....	23
4.3 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO PELO STF .....	25
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>27</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>29</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade analisar o Direito à Saúde Pública e seu acesso aos cidadãos, em especial o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. Acontece que a concretização do direito Constitucional à Saúde Pública vem encontrando dificuldades, entre elas a limitação de recursos orçamentários, o que ocasiona um mal acesso a todos a este Direito. Consequência disso é uma série de demandas Judiciais pleiteando medicamentos e cirurgias, o que se chama no atual cenário de Judicialização da Saúde Pública.

O que se busca saber é o papel do Judiciário na concretização de políticas públicas, como meio de garantir os direitos fundamentais, entre eles a Saúde Pública, traçando um paralelo entre os três poderes e questionando possíveis riscos de interferência de um poder no outro.

A demanda no Judiciário a respeito do acesso à Saúde Pública cresceu demasiadamente nos últimos anos, principalmente por conta da omissão do poder Executivo em efetivar este direito Fundamental.

No cenário atual, entende-se que o Supremo Tribunal Federal não tem mais apenas aquela função de mero controlador e protetor da Constituição Federal, mas tem um papel fundamental de interferir nas políticas públicas com o fim de efetivá-las caso um direito fundamental não esteja sendo respeitado.

Por fim, importante é ponderar o direito à Saúde Pública a todos em relação à impossibilidade financeira alegada pelo Estado, analisando o caso concreto, com o objetivo de atender os mais necessitados.



## 2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

### 2.1 DO CONCEITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com expressa previsão Constitucional, a Dignidade da Pessoa Humana tem fundamento no primeiro capítulo da Carta Magna de 1988, constante em seu artigo 1º inciso III<sup>1</sup>, no capítulo destinado aos Princípios Fundamentais.

Assim sendo, a Dignidade da Pessoa Humana é muito mais que um simples conceito normativo, mas sim um Princípio Constitucional, sendo ela um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (SILVA, 2002, p. 146).

Objeto de longos estudos ao longo dos tempos, a Dignidade da Pessoa Humana ainda hoje é um termo de difícil conceituação. Pode se dizer que a Dignidade da Pessoa Humana constitui um Direito inerente à pessoa, se manifestando em particular em cada ser Humano. Dessa forma, não existe um conceito geral que se enquadra para todos.

Consubstanciando tal raciocínio, Ingo Sarlet cita que:

Cumprindo salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da Pessoa Humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser Humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da Pessoa Humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser Humano como algo que lhe é inerente. (SARLET, 2001, p. 106)

Embora a Dignidade da Pessoa humana seja de difícil definição, é sabido que a Dignidade é um valor natural a todo ser humano, valor este que é base para a formação de todas as leis e um norte para uma vida em sociedade (SILVA NETO, 2013, p. 316).

Para Emanuel Kant, o Homem é, de uma maneira geral, todo o ser Racional, existe como fim em si mesmo, não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que dirigem a ele

---

<sup>1</sup> Art. 1º 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

mesmo como as que se dirigem a outros seres Racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim<sup>4</sup> (KANT, 2007, p. 67-68).

Neste norte, entende Ingo Sarlet que:

Como tarefa imposta ao Estado, a Dignidade da Pessoa Humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de ser perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade). (SARLET, 2001, p. 110).

Com a Promulgação da Carta maior de 1988, os Direitos Fundamentais passaram a ter um avanço significativo, e começaram a ser tratados como núcleo da proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Porém, nem toda lesão aos direitos fundamentais como a vida, liberdade, igualdade, entre outros, serão considerados violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, para ocorrer a lesão, é necessária a violação ao núcleo essencial de um desses direitos (COSTA, 2008, p. 57).

Assim sendo, é clara a relação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, uma vez que os direitos e garantias fundamentais terão como base para sua concretização a Dignidade Humana (SARLET, 2001, p. 115).

## 2.2 DA SAÚDE COMO ACESSO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tendo a Carta Magna adotada como um Princípio Nuclear a Dignidade da Pessoa humana, é necessário salientar que, para que um ser humano tenha o mínimo de Dignidade, é necessário que este tenha o total acesso e proteção à Saúde. O princípio da dignidade da pessoa humana pode também servir como justificativa de imposição quando se restringe os direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde (MENDES, 2013, p. 22).

De início, é importante destacar que o termo Saúde Pública foi, ao longo do tempo, sofrendo mutações em seu real significado, mudanças que foram necessárias para o entendimento atual do que vem a ser o conceito Saúde. Diante disto, em 1946,

foi criada a Organização Mundial da Saúde (OMS) e, no preâmbulo de sua constituição, a saúde foi conceituada como um estado de completo bem-estar físico, mental e social sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social (OMS, 1946, WEB).

No Brasil, a saúde como um direito só foi institucionalizada na carta constitucional de 1988, em seu artigo 6<sup>o</sup><sup>2</sup> o qual a consagrou como um direito social, e no artigo 196, no qual afirmou ser direito de todos (CF/88, art. 6° e 196).

Outra previsão do direito à saúde foi a Lei 8080/90, que regulamentou em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, ratificando que a saúde é um direito fundamental do ser humano e que cabe ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (Lei 8080/90).

Destaca-se que, sem uma Saúde de qualidade, não há em que se falar em dignidade Humana. Para Costa, a dignidade Humana é o fundamento jurídico de inúmeras normas, não se caracterizando apenas em um sentido negativo de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas também enseja em um sentido positivo, o qual refere-se ao o pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser Humano (COSTA, 2008, p. 33-34).

Para Karyna Rocha Mendes:

Não obstante a importância do conteúdo moral desse Princípio, o legislador constituinte preocupou-se em efetivá-lo materialmente, com o escopo de dignificar a vida no plano econômico. Deve-se ser que a dignidade da Pessoa Humana é um Princípio Constitucional e um supraprincípio, uma vez que está ligado à Hermenêutica (MENDES, 2013, p. 22).

O Direito Fundamental à Saúde é um Direito de todos e um dever do Estado, como previsto no artigo 193 da Constituição Federal de 1988. Portanto, se o Estado alega não ter recursos financeiros para contemplar esse Direito Constitucional, que este, o Estado, retire de outra dotação orçamentária recursos para tanto, com fundamento na essencialidade do Direito a Saúde, pois sem Saúde não há vida Digna e sem uma vida digna o Estado deixa de cumprir com seus Princípios Constitucionais (BARLETA, 2010, p. 138).

---

<sup>2</sup> Art. 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.

Nas palavras de Cury:

O direito à saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial (CURY, 2005, p. 123).

Portanto, o Direito à Saúde e o direito a Dignidade da Pessoa Humana estão totalmente próximos um do outro, na medida em que, para concretizar um, é necessário assegurar o outro. Sendo a Saúde um direito de todos e um dever do Estado, é imprescindível que este preserve de todas as formas este Direito e crie meios legais para sua efetivação e, por consequência, a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa humana (SARLET, 2009, p. 47/49).

### **3 DO ORÇAMENTO PÚBLICO E DA RESERVA DO POSSÍVEL**

#### **3.1 DAS REGRAS ORÇAMENTÁRIAS**

Inicialmente, é importante destacar que, segundo Fernando Crepaldi, o termo Orçamento Público significou, originalmente: “bolsa de dinheiro ou bolsa pública. Na Inglaterra, o termo era usado para designar a mala de couro que o chanceler levava ao parlamento para apresentar os recursos e despesas do governo.” (CREPALDI, 2013, p.17).

Porém, o conceito de Orçamento Público foi evoluindo ao longo do tempo, mas, em síntese, o Orçamento Público nada mais é que uma previsão legal de ativos e passivos, ou seja, de quanto a Administração Pública irá arrecadar e quanto ela irá gastar em um determinado período. Assim, é a previsão legal que o Estado faz para gerenciar a máquina Pública, e deve a Administração Pública demonstrar como é feito esse Planejamento, levando em consideração os seguintes aspectos: Quanto arrecada? Como arrecada? Quanto vai gastar? Em que vai gastar? E como vai gastar? (CREPALDI, 2013, p. 16-19).

No mesmo sentido, é o entendimento de MOTA:

O orçamento público, portanto, é um ato administrativo revestido de força legal que estabelece um conjunto de ações a serem realizadas, durante um período de tempo determinado, estimando o montante das fontes de recursos a serem arrecadadas pelos órgãos e entidades públicas e fixando o montante dos recursos a serem aplicados pelos mesmos na consecução dos seus programas de trabalho, a fim de manter ou ampliar os serviços públicos, bem como realizar obras que atendam as necessidades da população. (GLAUBER, 2009, p. 32).

O Orçamento Público pode ser entendido e estudado por diversos pontos, como sua história e características, mas o eixo central para discorrer sobre este tema é o exame dos seus Princípios (CONTI, 2011, p. 82).

Segundo Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como undantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1986, p. 60).

Portanto, resta imperioso, para entender o Orçamento Público, o estudo dos seus princípios. Assim sendo, ensinam Silvio Aparecido Crepaldi e Guilherme Simões Crepaldi: “Os Princípios orçamentários são aqueles voltados especificamente a matéria orçamentária e são encontrados na CF, de forma expressa ou implícita.” (CREPALDI, 2013, p. 42).

Crepaldi destaca os Principais Princípios Orçamentários (CREPALDI, 2013, p. 42-44):

Presente nos artigos 2º, 3º e 4º da Lei 4.320/64 e artigo 165, §5º da CF/88, este Princípio estabelece que para toda despesa e receita deva existir uma previsão legal na lei orçamentária, salvo exceção quando um tributo tiver sido aumentado depois do orçamento (Súm. 66 STF), trata-se do Princípio da Universalidade. Assim, este Princípio tem o objetivo de transparência, clareza e organização ao orçamento Público, além de proporcionar condições de controle por parte dos cidadãos.

Não basta somente uma previsão legal de receita e despesas na lei orçamentária, o artigo 7º da lei 4.320/64 e artigo 165, §8º, D da CF/88 preveem que o orçamento Público deve conter apenas matéria Financeira, sem conter assuntos estranhos à previsão da receita e a fixação da despesa, salvo as previsões

Constitucionais, dando o nome de Princípio Da Exclusividade ou Da Pureza Orçamentária.

Importante é destacar que, para uma boa aplicação das verbas públicas, os gastos devem ser organizados em termos de programas Públicos, de modo que se saiba a finalidade do gasto, objetivando uma melhor organização da Administração Pública, o que se chama de Princípio Da Programação, previsto no artigo 48, II, IV, artigo 165, §4º, ambos da Carta Maior.

O Orçamento Público é uma forma de previsão de gastos sendo que, as despesas não devem ultrapassar as receitas previstas no orçamento, o que chama de Princípio Do Equilíbrio Orçamentário, previsto no artigo 4º, I da Lei de Responsabilidade Fiscal. Porém, atualmente, este Princípio não é mais aplicado com todo o rigor, pois entende-se que não cabe à economia equilibrar o orçamento, mas ao orçamento equilibrar a economia.

Concluindo, existe o Princípio da Não Afetação, previsto no artigo 167, IV da Constituição Federal de 1988, no qual prevê-se a proibição da vinculação de impostos, ou seja, nenhuma receita de impostos poderá ser reservada ou comprometida para atender gastos determinados.

Posto isto, pelo estudo dos principais Princípios acima mencionados, é possível identificar as qualidades e dificuldades encontradas no Orçamento Público. Importante frisar que alguns Princípios se modernizaram, se adequando a um novo modelo de Estado.

### 3.2 DA RESERVA DO POSSÍVEL

Como tratado no capítulo anterior, a efetivação de Políticas Públicas pelo Estado depende de recursos financeiros legalmente previstos em lei Orçamentária para que sejam concretizados. Todo direito possui um custo a sua efetivação, porém, acontece que os recursos para tanto são limitados. Assim, um dos argumentos que norteia a disponibilidade desses recursos para atendimento das necessidades mais importantes do Indivíduo, como exemplo a Saúde, é a chamada reserva do Possível. (NASCIMENTO, 2017, WEB).

Para se entender do que se trata a reserva do Possível, é válido destacar o ensinamento de Jamille Fernanda Ferreira de Souza:

A Reserva do possível trabalha a ideia de que, a efetividade dos direitos sociais está amarrada à capacidade financeira do Estado, de tal forma, a efetivação destes direitos que dependem de prestações positivas do Estado estariam à mercê da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que, estaria localizada no campo da discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento Público (JAMILE, 2010, p. 35).

Sobre a origem do termo reserva do possível, explica Dirley da Cunha Junior:

Derivado originalmente da doutrina germânica, bem assim como da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o “princípio da reserva do possível”, determina que a satisfação de certos direitos exigíveis do Poder Público é condicionada à disponibilidade de recursos financeiros para a sua satisfação material, isto é, sua execução em casos práticos. A doutrina e certas decisões nacionais vêm acolhendo sem incômodo o referido princípio, aceitando-o indiscriminadamente e ensejando verdadeiro obstáculo à efetividade, por exemplo, dos direitos sociais (CUNHA JUNIOR, 2016, p. 123).

A concretização dos direitos sociais, entre eles o direito à Saúde, sem dúvida, tem um alto custo para o Estado. Todavia, esta problemática não é só encontrada no Brasil, também pode defrontar-se com esse conflito em países mais ricos, como nos Estados Unidos. De qualquer forma, deve-se ressaltar que a questão dos custos não seria empecilho se os recursos estatais fossem administrados de forma precisa e planejados (BARLETA, 2010, p. 132-133).

Para Ingo. W. Sarlet, a Teoria da reserva do possível traz a ideia que:

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2007, p. 53).

Complementando o assunto, Maurilio Casas Maia apresenta que: “As limitações decorrentes da teoria da reserva do possível podem derivar de fator econômico (escassez de recursos financeiros) ou jurídico (inexistência de autorização orçamentária para despesa)”. (MAIA, 2013, p. 33). Isso significa que o Estado não pode dispor daquilo que não se encontra dentro do seu orçamento para atender as necessidades razoáveis dos indivíduos.

Dirley Cunha Junior afirma: “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações”. (CUNHA JÚNIOR, 2016, p.16).

Assim sendo, a reserva do possível se tornou um argumento utilizado como justificativa da omissão do dever do Estado em efetivar os direitos sociais previstos na Carta Magna de 1988.

### **3.2.1 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial – O desafio do Estado em concretizar o direito à Saúde Pública**

O mínimo existencial não foi positivado de forma clara na CF/88. A única referência a um mínimo de direitos é o que está positivado no artigo 7º, inciso IV da Constituição de 1988 o qual afirma que o salário mínimo dos trabalhadores deve ser capaz de atender a suas necessidades vitais básicas (Artigo 7º da CF/88). Este está ligado à dignidade da pessoa humana, a ideia tem como escopo assegurar que a reserva do possível seja aplicada respeitando o que se chama de mínimo existencial para uma vida humana digna.

Lobo Torres afirma que não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial:

Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados (TORRES, 1989, p. 36).

A ideia de mínimo existencial está relacionada com o problema da pobreza, principalmente a pobreza absoluta, do qual o Estado não pode se abster. Sem um mínimo indispensável à própria existência, não há em que se falar em vida digna, pois para uma vida digna é necessário um mínimo vital, sendo o direito à saúde um dos alicerces que caracteriza o mínimo vital. Por isso, a necessidade do poder Judiciário em atuar como guardião do direito fundamental (SARLET, 1988, p. 19).



Muitas vezes, recorrer ao poder judiciário pode representar a distância entre a vida e a morte de pacientes que realmente carecem de tratamentos, medicamentos e intervenções cirúrgicas que somente irão ocorrer após a concessão de uma medida judicial. Isso se dá pela realidade da saúde no Brasil, onde frequentemente deixa-se de prestar o seu mínimo para a população (PEREIRA, 2008, p. 326-327).

Em relação a este tema, a jurisprudência afirma que o Estado deve garantir ao cidadão um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais se inclui o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

Colaborando com o tema, ministra Carmém Lúcia:

A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (BRASIL, STF. Recurso Extraordinário com Agravo 684445 (BRASIL, 2012, WEB).

Como forma de mostrar que a sociedade tem direitos assegurados na Constituição Federal e o Estado tem o dever de concretizá-los, mesmo com a limitação do argumento da reserva do possível, é que surgiu o conceito: "mínimo existencial", que é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas intrínsecas a todo o homem, ou seja, "é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana". É nesse conflito de direitos e deveres que se encontra a dificuldade do Estado em concretizar o Direito à Saúde (TORRES, 2002, p. 45).

Assim sendo, entende-se que o conceito de mínimo existencial e a reserva do possível estão conectados um ao outro. O Estado tem o dever de cumprir suas obrigações, porém, tais obrigações devem estar previstas no Orçamento Público, mas a não previsão em orçamento não pode ser óbice à concretização do direito ao mínimo existencial do ser humano, sob pena do Estado está violando a dignidade humana. Por esse atrito entre previsão orçamentária e concretização dos direitos sociais, no caso a Saúde, é que o presente estudo é objeto de discussão no poder Judiciário.

#### 4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

A Príncipe, destaca-se que o termo Judicialização significa o ato de buscar, pelo poder Judiciário, a efetivação de um direito previsto, efetivação que deveria ser feita pelo poder Executivo ou Legislativo, mas por omissão destes é feita pelo Judiciário (BARROSO, 2018, *passim*).

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, Judicialização “é a mera possibilidade de levar conflitos à apreciação do Judiciário. Trata a questão como um fenômeno inevitável, presente nas principais democracias contemporâneas”. (BARROSO, 2018, *passim*).

Nos anos 2000, a Constituição assumiu o centro do sistema jurídico. Em diversas partes do mundo, o direito constitucional passou a se identificar com extensos catálogos de direitos fundamentais, tribunais dispostos a assegurá-los e métodos interpretativos menos formalistas. Finalmente, nos anos 2010, o tema dominante passou a ser a judicialização, os limites e as possibilidades da atuação legítima dos tribunais (BARROSO, 2017, WEB).

Segundo Eduardo Cambi:

O Direito Constitucional Judicializou a política, uma vez que, a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonnegados, passaram a ser temas de direito público. Pode-se dizer que há uma relação de complementariedade entre direito Constitucional e a política (CAMBI, 2009, p. 54).

Neste ponto, torna-se importante destacar a diferença do termo Judicialização do termo Ativismo Judicial, uma vez que são temas que se entrelaçam e algumas vezes se confundem. A primeira significa que algumas questões de grande repercussão política ou social estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, como Congresso Nacional e Poder Executivo. Assim, 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. Já o segundo é uma escolha, de um modo específico e proativo que o Judiciário possui de interpretar a Constituição, é tratada por alguns como interpretação extensiva do texto constitucional, ou seja, além da letra de lei.

Luís Roberto Barroso, explica que:

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 certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>37</sup> (BARROSO, 2017, WEB).

Destaca-se que a Judicialização do direito à Saúde tem aumentado no Brasil nos últimos anos. O principal motivo é a ineficiência do poder Executivo em concretizar, por meio de políticas públicas e previsão orçamentária, a satisfação deste direito. Consequentemente, origina-se um aumento no fluxo de processos judiciais em busca que se tenha satisfeito tal direito, como bem informam Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

Neste sentido, o Judiciário tem sido cada vez mais chamado a arbitrar a solução para os inúmeros conflitos concretos sobre o direito à Saúde e, não podendo responder com o *non liquet*, alargou suas hipóteses de intervenção direta e controle, inclusive sobre as políticas públicas, podendo-se até mesmo falar, em hipótese mais extremas, de uma hipertrofia jurisdicional nesta seara (WOLFGANG; FILCHTINER, 2009, p. 145).

O fenômeno da Judicialização remete a seguinte questão: é possível reclamar judicialmente diante do não cumprimento dos direitos sociais?

Vista a magnitude do Direito à Saúde e pela repercussão que está causando nos últimos anos, importante se faz destacar os motivos para a judicialização da Saúde e os problemas que tal medida pode acarretar.

#### 4.1 MOTIVOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

##### 4.1.1 Saúde – direito Fundamental essencial à Dignidade Humana

O Direito à Saúde é um direito fundamental social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Deste artigo, conclui-se que o Estado deverá, por meio de políticas públicas, concretizar esse direito de forma a garantir aos cidadãos sua eficácia.

O direito à Saúde é um direito essencial à vida Humana, conquistado através dos séculos, uma vez que é a base para uma vida feliz e saudável, pois sem Saúde não há que se falar nem na vida, nem em liberdade.

Bobbio acrescenta que:

Os direitos essenciais à pessoa Humana nascem das lutas contra o poder, das lutas contra a opressão, das lutas contra os desmandos, gradualmente, ou seja, não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhe são propícias, quando se passa a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade uma existência digna (BOBBIO, 2004, p. 6).

Para José Afonso Silva os direitos fundamentais tratam-se de:

[...] situações Jurídicas sem as quais a pessoa Humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais no homem no sentido de que todos por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas corretamente e materialmente efetivados (BONAVIDES, 2004, p. 159).

Portanto, o Direito à Saúde, por estar inserido dentre os direitos fundamentais sociais ou chamado também de direitos prestacionais, é um dos elementos que caracteriza um novo modelo de Estado, qual seja, um Estado social de Direito. Com esse novo modelo de Estado, este tem o dever de propiciar e efetivar esses direitos, uma vez que este Estado não é mais aquele modelo de Estado negativo, de restrição de sua atuação, mas, sim, um Estado de atuação de ações positivas, no qual, deverá efetivar dentre outros, a prestação do direito fundamental à Saúde (DALLARI, 1988, p. 57-61).

Necessário se faz destacar as palavras do defensor público federal e coordenador dos Ofícios de Direitos Humanos e Tutela Coletiva da DPU-RJ, Daniel Macedo:

“Não vemos a judicialização como um problema, mas como efeito”. Ele destacou que considera que está havendo uma inversão no discurso da saúde. Que deveriam ser discutidas as causas que levam à

judicialização. “Pouco se fala sobre a falha na gestão que leva à judicialização”. Indo aos hospitais, descobrimos que a União estava agravando o estado de saúde de milhares pessoas por sua morosidade (CNJ, 2017, WEB).

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, principalmente a Carta maior, deixa clara a garantia a todos os cidadãos o direito à Saúde, sendo este um direito Fundamental. É sabido o caráter de emergência da Saúde, não é um direito que se pode esperar, é um Direito essencial, cujo cumprimento requer agilidade e eficiência. Um enfermo não pode ficar a mercê de previsão orçamentária e burocracias institucionalizadas pelo Estado, para que tenha sua Saúde protegida. Portanto, em razão da essencialidade da Saúde sendo fator primordial para concretização da dignidade Humana, o Judiciário se torna a “válvula de escape”, para que os cidadãos tenham seu direito à Saúde Pública concretizada, ao que se dá o nome de Judicialização (BARLETTA, 2010, p. 139-141).

#### **4.1.2 A Omissão do Poder Executivo**

Preconiza o artigo 2º da Constituição Federal que “os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si”, atribuindo assim deveres e direitos a cada ente (ART. 2º CF/88).

É sabido que o poder Executivo, que tem a função de elaborar e efetivar as políticas públicas, não o faz de forma eficiente, pois não disponibiliza aos cidadãos os recursos necessários para sua fruição. Dada à inércia do poder Executivo, o poder Judiciário, buscando dar efetividade às normas constitucionais, com base no artigo 5º, XXXV da CF/88, vislumbrando lesão ou ameaça a direito, interfere a favor do cidadão para que lhe seja garantida a efetivação de fato das políticas públicas, em especial o Direito à Saúde<sup>45</sup> (artigo conteúdo jurídico, acesso em 06 de out. 2018).

Nesse sentido, afirma a doutrinadora Lucina Ohland:

Houve um vertiginoso crescimento de demandas judiciais cujo objetivo é obrigar o Estado ao fornecimento de determinadas prestações, tanto em ações individuais quanto em coletivas, e no qual, o Poder Judiciário vem assumindo papel decisivo na área da saúde pública, por conta da garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito (OHLAND, 2010, p. 36).

Assim sendo, por conta da omissão do poder Executivo em colocar em prática o direito à saúde a todos os cidadãos conforme previsão constitucional, é que se torna necessário a interferência do poder Judiciário, como espécie de garantidor de um Direito.

#### **4.1.3 O Fortalecimento do Poder Judiciário**

Nos últimos anos, o poder Judiciário deixou de ser aquele poder “inerte”, de somente punir crimes e julgar demandas particulares, e se encontra em um processo de mutação para um poder garantidor, um poder que traga até o cidadão o seu Direito, consistindo assim, em um fator de grande transformação social no Estado Brasileiro.

Um fator muito importante para essa ascensão do Poder Judiciário foi a chegada da emenda nº 45 de 2004, conhecida como reforma do Judiciário, o que alargou a competência do Judiciário. Entre as principais mudanças trazidas pela emenda supra, está a criação da Súmula Vinculante; duração razoável do processo; a constitucionalização de tratados e convenções internacional de direitos humanos aprovados pelo Congresso pelo quorum das Emendas Constitucionais, dentre outras (DIREITO CONSTITUCIONAL, 2018, WEB).

Atualmente, o Poder Judiciário tem revisto o seu verdadeiro papel na sociedade, atuando de forma efetiva como garantidor da Constituição Federal e possibilitando que direitos antes sufragados pela Administração Pública venham a ser verdadeiramente efetivados. As decisões judiciais antes ineficientes e tímidas, agora alcançam patamares diversos, mostrando-se corajosas e desafiando uma estrutura sedimentada na prevalência dos interesses do Poder Executivo em detrimento dos demais Poderes (DIREITO CONSTITUCIONAL, 2018, WEB).

Há de se apontar fatores que colaboram com o fortalecimento do poder Judiciário, entre eles, o crescimento das informações por meio da televisão e internet, influenciando assim os cidadãos, os quais passam a ter uma maior consciência dos seus direitos e como buscá-los. Importante destacar que a criação das defensorias públicas e núcleos de práticas jurídicas nas Universidades de Direito têm um papel fundamental nessa ascensão do Judiciário, principalmente no que concerne a Saúde, pois o cidadão que não tem condições financeiras agora tem um meio para ver seus Direitos apreciados (FRANCO, 2013, WEB).

Portanto, com o fortalecimento do poder Judiciário, a Judicialização tornou-se umas das principais maneiras de se resguardar os direitos sociais fundamentais, entre eles o Direito à Saúde.

## 4.2 POSSÍVEIS PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO

### **4.2.1 O Orçamento Público e a Realocação De Recursos – Ato Que Causa**

#### **Desequilíbrio Orçamentário**

A Carta Maior, em seu artigo 165 e artigo 167, inciso II, prevê a necessidade de fixação de diretrizes orçamentárias para o Estado, com o objetivo de controlar a atividade financeira da Administração Pública, vedando ainda que sejam realizadas despesas públicas fora aquelas já inclusas no orçamento (CF/88, art. 165 e 167, II).

Conseqüentemente, com o fortalecimento do poder Judiciário e o crescimento das demandas e sentenças favoráveis, o Estado tem a necessidade de remanejar recursos financeiros para que pudesse atender as sentenças condenatórias.

Sobre o assunto, a diretora da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Simone Sanches Freire, chamou a atenção para a necessidade de “haver um equilíbrio entre a demanda e os limites orçamentários da saúde”. Esse ponto também foi reforçado pelo vice-presidente do Conselho Nacional de Saúde e secretário de saúde do estado de Goiás, Leonardo Moura Vilela: “Não se pode esquecer que as decisões judiciais, por mais que justas, trazem conseqüências, inclusive negativas ao próprio acesso à saúde, pois nos obrigam a fazer uma realocação de recursos” (CNJ, 2017, WEB).

Portanto, criou-se um problema, o qual é usado pela doutrina como argumento contra a judicialização, que seria o desequilíbrio orçamentário, uma vez que o Estado tem de realocar verbas não previstas em dotação orçamentária para custear sentenças judiciais favoráveis ao acesso à Saúde.

### **4.2.2 Interferência do poder Judiciário nos poderes Executivo e Legislativo**

“Todo Homem que detém o poder tende a abusar dele” (MONTESQUIEU, 1999, p. 25). Para Montesquieu, é necessário que o poder seja dividido para que não haja abuso, conceito chamado de mecanismo de pesos e contrapesos, no qual um poder freia outro poder.

Segundo Montesquieu:

Existem no Estado três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Legislativo “faz as leis para algum tempo ou para sempre e corrige as que estão feitas”. O Judiciário “pune os crimes ou julga as demandas”. E o Executivo, exerce as demais funções do Estado, entre elas a Administração geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral (MONTESQUIEU, 1999, p. 25).

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 prevê que “os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si.” Sendo cada um desses poderes independentes, entende-se que o poder Judiciário não pode intervir na competência do poder Executivo, sob pena de estar desrespeitando o mandamento constitucional da separação dos poderes.

Segundo Keinert:

O Poder Executivo tem a função precípua de praticar atos de chefia de Estado, de governo e administração. Objetiva a administração da máquina pública, por meio de atos e decisões sempre com finalidade de cumprir com o que a lei estabelece, esta função se materializa principalmente pelos chamados atos administrativos (KEINERT, 2009, p. 95).

E ainda, segue a função típica do Judiciário:

Basicamente falando, o Poder Judiciário tem a função de aplicar a lei em casos específicos, para assegurar a isonomia, a imparcialidade e a resolução satisfatória para o estado, para a parte lesada e para a parte culpada, fazendo cumprir, no caso determinado o que reza a constituição do Estado (TRÊS PODERES, SEM ANO, WEB).

Quando o poder Judiciário profere uma sentença favorável e determina a compra de medicamentos ou fornecimento de tratamentos não antecipadamente previsto em dotação orçamentária, estaria invadindo a competência do poder Executivo em concretizar as políticas públicas e ainda de certa forma o Judiciário acabaria atuando como um legislador ordinário, interferindo no poder Legislativo.



Posto isto, entende-se que a Judicialização, de certa forma, fere o princípio da separação dos poderes, uma vez que cada poder tem sua independência e suas competências previstas na lei.

#### 4.3 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO PELO STF

De acordo com o relatório Justiça em Números de 2017, do CNJ, em 2017 tramitavam 1.346.931 demandas judiciais de natureza diversa envolvendo o direito à saúde até 31.12.2016. Além disso, os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceu na ordem de 727% entre 2010 e final de 2016, quando alcançou a cifra de R\$ 3,9 bilhões, isso segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS)<sup>56</sup> (SARLET, 2018, WEB).

Em audiência Pública que aconteceu no dia 11 de dezembro de 2017 ministra do STF Carmem Lúcia afirmou que o número considerável de ações nessa área coloca em campos opostos o cidadão que pede acesso a um medicamento ou tratamento, por exemplo, e o Poder Público, responsável pelo atendimento dessas demandas. “De um lado, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo do direito contemporâneo e dos cuidados do Estado e, de outro, a questão de recursos econômicos financeiros”, disse. (STF, 2017, WEB).

Por esta razão, a presidente do CNJ frisou a relevância de ouvir o maior número de atores envolvidos nesse cenário e destacou as ações desenvolvidas pelo Conselho para auxiliar os juízes na tomada de decisões relativas à saúde. Entre as iniciativas, Cármen Lúcia destacou a implantação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (e-NatJus) nos tribunais e o acordo de cooperação com o Hospital Sírio Libanês para a criação de um banco de pareceres, notas e informações técnicas, que oferecerá base científica para as decisões dos juízes quando precisarem julgar demandas de saúde (STF, 2017, WEB).

Conclui-se que a matéria sobre fornecimento de medicamentos é de alta complexidade, tanto é que a Ministra do STF Carmem Lúcia frisou a parceria multidisciplinar para auxiliar nas decisões Judiciais.

Por conta da complexidade da matéria, encontra-se no STF ainda sem julgamento o Recurso Extraordinário nº566471 e Recurso Extraordinário nº657718, ambos tratando-se da concessão pela via judicial de medicamentos de alto custo.

Em relação ao Recurso Extraordinário 566471, o Estado do Rio Grande do Norte não concedeu o medicamento “citrato de sildenafila” para uma pessoa idosa, na qual era hipossuficiente economicamente. Os argumentos usados pelo estado do Rio Grande do Norte foram o alto custo do medicamento pleiteado e a ausência de previsão em programa governamental.

Em relação ao outro Recurso Extraordinário, qual seja, RE 657718, o estado de Minas Gerais denegou o medicamento “Cloridrato de cinacalcete” argumentando que o medicamento não tinha registro na ANVISA, portanto, o estado não tinha a obrigatoriedade de fornecê-lo.

Embora, tais demandas estejam pendentes de julgamento, frisam-se os votos prolatados até o momento. O Ministro Luís Roberto Barroso tem a seguinte posição:

O Estado não pode ser obrigado por decisão Judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente, (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema (BARROSO, SEM ANO, WEB).

Ainda, o Ministro Marco Aurélio, esclarece que o fornecimento de medicamentos de alto custo que não estão presentes na política nacional de medicamentos necessita da demonstração de sua imprescindibilidade e impossibilidade de substituição, bem como a incapacidade financeira do enfermo e a falta de espontaneidade dos membros da família em custeá-la.<sup>60</sup> (MELLO, SEM ANO, WEB).

Ato contínuo, embora os julgamentos dos Recursos Extraordinários ainda não estejam concluídos, com a observância dos votos proferidos até aqui, é possível entender a possibilidade/necessidade do poder Judiciário intervir no Poder Executivo, com o fim de concretizar os direitos constitucionais garantido aos cidadãos, em especial o direito à Saúde, sendo o Núcleo de apoio técnico (NAT) muito importante para esta concretização<sup>61</sup> (SARLET, 2018, *passim*).

## **5 CONCLUSÃO**

Do presente estudo aqui abordado, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu texto, a proteção de muitos direitos sociais entre eles o Direito à Saúde Pública, porém, não se tem a efetivação desses direitos. Contudo, a não efetividade desses direitos não pode ser arguida como única justificativa para que o Estado forneça medicamentos de alto custo para todos os cidadãos sem antes verificar as condições de cada caso.

O artigo 196 da CF/88 prevê que a Saúde é um direito de todos e dever do Estado, logo, o Estado tem o dever de garantir e prestar esse direito com qualidade a todas as pessoas.

A princípio, é de competência do Poder Executivo efetivar por meios de políticas públicas este direito, o que não se concretiza de uma forma ampla e com qualidade, como se pode observar pelo número de demandas Judiciais pleiteando o acesso à Saúde. Com a ineficiência do poder Executivo em prestar um serviço à Saúde de qualidade, a população não viu outra saída a não ser se socorrer do Poder Judiciário para que este garanta seus Direitos constitucionais, acarretando a chamada Judicialização do direito à Saúde Pública.

Existe de um lado um direito constitucional do acesso à Saúde e de outro lado a problematização que o poder Executivo encontra em concretizar de forma útil e com qualidade este Direito. Com isso, no cenário atual aplica-se a chamada “reserva do possível” como uma forma de limite, com o objetivo que o acesso à Saúde seja baseada na razoabilidade e proporcionalidade.

Se de um lado existe a “reserva do possível”, de outro se criou o termo “mínimo existencial”, o qual está diretamente ligado à Dignidade da pessoa humana, onde se busca um equilíbrio entre a não previsão orçamentária pelo poder Executivo e sua obrigatoriedade de prestar o acesso à Saúde Pública de qualidade, como meio de não infringir a Dignidade Humana.

Embora não se saiba ainda o que é a Dignidade Humana, é sabido o que não é digno para um ser humano. A dificuldade que o cidadão encontra em ter o acesso a uma Saúde Pública de qualidade é tão grande que, muitas vezes, a pessoa além de sofrer por anos vem a falecer por falta de um medicamento ou uma cirurgia e isto está longe de uma vida digna.

O presente artigo não objetiva se posicionar acerca da judicialização da Saúde Pública ser boa ou ruim, o que se tentou mostrar é que muitas vezes o poder Judiciário se vê engessado, obrigado a aplicar a lei, determinando o Estado a cumpri-la.

O tema é de tão alta complexidade que o próprio Supremo Tribunal Federal ainda não tem uma posição unânime sobre a Judicialização da Saúde Pública. O que se tem de mais concreto são alguns requisitos delimitados pelo STJ para a concessão dos medicamentos de alto custo, como demonstrado no presente artigo, e os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio nos Recusos Extraordinários

apresentados aqui. Portanto é imperioso que os Magistrados tenham a sensibilidade de realizar uma análise cautelosa para não ocorrer erros que venham a congestionar ainda mais a Saúde Pública.

Entende-se que, além de uma análise do caso concreto, deve existir uma mudança na Gestão Pública por parte do Poder Executivo, expandindo mais seu orçamento para a área da Saúde, além de novas políticas Públicas e maior fiscalização nas Políticas já existentes. Mas em quanto isto não acontece, é necessário que o Poder Judiciário garanta o Direito à Saúde em especial os de medicamentos de alto custo, sempre aplicando a razoabilidade e o bom senso em cada caso, como forma de garantir o Direito Constitucional do acesso amplo à Saúde Pública

## REFERÊNCIAS

BARLETA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

\_\_\_\_\_. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2008-dez->

22/judicializacao\_ativismo\_legitimidade\_democratica?Pagina=3>. Acessado em: 05 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Luís Roberto. **Voto Proferido no RE 56647/RN**. Disponível em:<<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-01.pdf>> Acessado em: 13 Out. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES. Liliane de Moura. **Efetivação do direito à saúde pública por meio de decisões judiciais**. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,efetivacao-do-direito-a-saude-publica-por-meio-de-decisoes-judiciais,590076.html>>. Acessado em: 06 Out 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em: 11 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n.8.080 de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acessado em: 11 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Com Agravo nº ARE 684445 SP. Relator: Min. Cármen Lúcia. **Recurso Extraordinário Com Agravo 684445**. Brasília, 24 maio 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21819484/recurso-extraordinario-com-agravo-are-684445-sp-stf>>. Acessado em: 02 nov. 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do Judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização ocorre por má gestão da saúde, dizem** especialistas. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85914-judicializacao-ocorre-por-ma-gestao-da-saude-dizem-especialistas>>. Acessado em: 06 Out. 2018.

CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Público E Direito Financeiro**. São Paulo: Editora RT, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo. **A Dignidade Humana**: Teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CREPALDI, Silvio Aparecido Crepaldi; CREPALDI, Guilherme Simões. **Orçamento Público**: Planejamento, elaboração e controle. São Paulo: Saraiva. 2013.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde**: evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolf. **O Direito à Saúde**. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo: Revista Saúde Pública, 1988.

DE SOUZA, Jamille Fernanda Ferreira. A Efetividade Dos Direitos Sociais Na Cf/88. *In* SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (org). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado á sociedade contemporânea. Biririgui: Editora Boreal, 2010.

DIREITO CONSTITUCIONAL. **Emenda Constitucional 45 e a reforma do judiciário**. 2018. Disponível em: <<http://direitoconstitucional.blog.br/emenda-constitucional-45-e-a-reforma-do-judiciario/>>. Acessado em: 06 Out. 2018.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**: a busca pela efetivação de um direito fundamental. 2012. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil>>. Acessado em: 06 Out. 2018.

GLAUBER, Francisco. **Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. Brasília: Cidade Gráfica e Editora LTDA, 2009.

JUNIOR, Cunha Dirley. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Juspodivm, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **Direitos Fundamentais, Direito À Saúde E Papel Do Executivo, Legislativo E Judiciário: Fundamentos De Direito Constitucional E Administrativo**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

MAIA, Maurilio Casas. **O Princípio Constitucional da Igualdade na relação medido-paciente e a diferença de classe no SUS: Entre a reserva do possível e a efetividade máxima do direito à saúde**. São Paulo: RIDC, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **A Judicialização da Vida na visão do Ministro Luís Roberto Barroso**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/patricia-perrone-judicializacao-vida-visao-roberto-barroso>>. Acessado em: 05 dez. 2018.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito da saúde**. São Paulo: Saraiva 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **O Espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Ana Franco do. **Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>>. Acessado em: 25 out. 2018.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.



OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. 1946. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acessado em: 11 nov. 2018.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto alegre; livraria do advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: livraria do advogado. 8ªedição.

\_\_\_\_\_. **STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1)**. 2017. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acessado em: 11 Out. 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 8ªed. São Paulo: saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2002

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministra Cármen Lúcia: acesso do cidadão à saúde precisa de melhores critérios e ferramentas**. 2017. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=364338>>. Acessado em: 11 Out. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. *et all*. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRÊS PODERES. **Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://tres-poderes.info/poder-judiciario.html>>. Acessado em: 11 Out. 2018.

VANONI, Daniel Bofill. **Os direitos sociais na constituição de 1988**. 2008.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11318/os-direitos-sociais-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acessado em: 02 Nov. 2018.

WOLFGANG, Ingo, Sarlet; FILCHTINER, Mariana Figueiredo. **Algumas considerações sobre o direito fundamental a proteção da saúde aos 20 anos da CF/88**. São Paulo: 2009.