

EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

Paulo Roberto Teixeira

RESUMO

Este trabalho trata o direito de saúde e sua efetivação através do poder judiciário. O direito à saúde se trata de um direito fundamental e social previsto na Constituição Federal da República do Brasil de 1988. O estudo da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais é extremamente importante para a correta interpretação do texto constitucional. As finalidades dos direitos fundamentais permitem aos cidadãos que reiviniquem o cumprimento de prestações sociais do Estado e busquem ao judiciário sempre que necessitarem de proteção. O direito à saúde está inserido nos direitos sociais, que consistem em liberdades públicas que visam de forma geral tutelar as pessoas menos favorecidas, proporcionando condições melhores de vida. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe ao Estado o dever de garantir a saúde a todos, afirmando que a saúde será prestada através de um regime de cooperação entre os entes da Administração Direta, implicando que União, Estados, Municípios e Distrito Federal concorram para o incremento do atendimento geral da saúde da população. Tal abordagem se faz necessária, pois é um assunto de extrema relevância ao Direito, já que a judicialização na busca da efetivação do direito à saúde é cada vez maior pela população. O objetivo geral do trabalho é demonstrar a responsabilidade solidária dos entes federados na efetividade da saúde, garantida na maioria das vezes pelo poder judiciário. O artigo foi desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Saúde. Direito social. Direitos fundamentais. Judicialização.

***THE EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH BY THE JUDICIAL
POWER***

ABSTRACT

This work deals with the right to health and its effectiveness through the judiciary. The right to health is a fundamental and social right provided for in the Federal Constitution of the Republic of Brazil of 1988. The study of the general theory of fundamental rights and guarantees is extremely important for the correct interpretation of the constitutional text. The purposes of fundamental rights allow citizens to claim the fulfillment of State social benefits and seek the judiciary whenever they need protection. The right to health is part of social rights, which consist of public freedoms that generally aim to protect disadvantaged people, providing better living conditions. The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil imposes on the State the duty to guarantee health to all, stating that health will be provided through a cooperation regime between the entities of the Direct Administration, implying that the Union, States, Municipalities and the Federal District contribute to the increase in the general health care of the population. Such an approach is necessary, as it is a matter of extreme relevance to the Law, since the judicialization in the search for the realization of the right to health is increasing by the population. The general objective of the work is to demonstrate the joint responsibility of the federated entities in the effectiveness of health, guaranteed in most cases by the judiciary. The article was developed through bibliographical, doctrinal and jurisprudential research.

Keywords: *Health. Social law. Fundamental rights. Judicialization.*

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho trata do direito social à saúde, previsto constitucionalmente como um direito fundamental, abordando a judicialização como alternativa a sua devida efetivação.

Tal abordagem se faz necessária já que a busca ao Poder Judiciário, na maioria das vezes, é a única alternativa para garantir a concretização do direito fundamental constitucional à saúde.

Inicialmente, a pesquisa aborda sobre os direitos fundamentais, fazendo um estudo sobre a natureza, a finalidade e as gerações das liberdades públicas. Posteriormente, a fim de introduzir o assunto principal, o trabalho traz ao leitor um estudo acerca dos direitos sociais, destacando a classificação trazida no texto constitucional.

Por fim, o direito à saúde é analisado sob o enfoque constitucional, enfatizando a responsabilidade estatal em garantir esse direito.

A judicialização do direito à saúde é tratada no último capítulo, objetivando demonstrar a legitimidade do Poder Judiciário em atuar em prol de um direito constitucional, pressuposto fundamental à vida.

Ressalte-se que alguns limites do Poder Judiciário, bem como as consequências das decisões judiciais desfavoráveis ao executivo também são mencionadas.

O trabalho não pretende esgotar toda a amplitude do tema, mas sim de frisar a importância do direito à saúde, garantido constitucionalmente, além de examinar a atuação do Poder Judiciário como papel fundamental na garantia desse direito.

O assunto será abordado ao leitor por meio de pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são definidos pela doutrina como:

[...] o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social (BULOS, 2015, p. 526)

A teoria geral dos direitos e garantias fundamentais identifica, classifica e estuda a disciplina constitucional das liberdades públicas, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana.

O estudo da teoria em comento é indispensável à interpretação da Constituição Federal.

Nesse sentido, importante relembrar o preâmbulo da Carta Magna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A doutrina também denomina os direitos fundamentais como direitos humanos fundamentais, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, direitos humanos, liberdades públicas ou fundamentais, dentre outras nomenclaturas (BULOS, 2015).

O doutrinador José Carlos Vieira de Andrade define as liberdades públicas em três perspectivas:

José Carlos Vieira de Andrade, por sua vez, detectou as liberdades públicas em três perspectivas: filosófica ou jusnaturalista (direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares), universalista ou internacionalista (direitos de todos os homens em todos os lugares, num certo tempo) e estadual ou constitucional (direitos dos cidadãos num Estado concreto) (ANDRADE, 1976 apud BULOS, 2015, p. 527)

Noutro giro, o renomado autor constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos (2015) sugere o uso do termo liberdades públicas de forma ampla, com a subdivisão nas

seguintes dimensões: direitos da pessoa humana, direitos de participação de ordem democrática e direitos econômicos e sociais.

2.1 Natureza e finalidade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais têm a natureza de normais constitucionais positivas, uma vez que são derivadas de uma linguagem prescritiva do constituinte.

Com aplicação direta e integral, quando possível, as liberdades públicas são aplicadas, vide regra, imediatamente, ou seja, sem providências legislativas ulteriores.

Os direitos fundamentais possuem natureza de normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos que investem seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem executadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma (LEAL, SABINO, SOUZA, 2017, p. 1)

As finalidades dos direitos fundamentais são resumidas em direito de defesa e de instrumentalização.

A finalidade de defesa permite a busca do judiciário por pessoas que necessitam proteger bens lesados de modo que limite o Poder Público na esfera privada.

Lado outrem, o direito instrumental permite aos cidadãos que reivindiquem cumprimento de prestações sociais do Estado; se protejam de atos de terceiros e se resguardem contra a discriminação.

No mesmo sentido, a doutrina:

A finalidade instrumental das liberdades públicas permite ao particular reivindicar do Estado:

- o cumprimento de prestações sociais (saúde, educação, lazer, moradia etc.);
- a proteção contra atos de terceiros (segurança, inviolabilidade de domicílio, dados informáticos, direitos de reunião, etc.); e
- a tutela contra discriminações (desrespeito à igualdade, proibição ao racismo, preconceito religioso, distinção de sexo, origem, cor etc.) (BULOS, 2015, p. 527).

A defesa instrumental permite que mecanismos de tutela sejam sobrepostos a outros interesses, consagrando princípios como a isonomia, legalidade e devido processo legal.

2.2 Gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais se evoluíram durante o tempo, atravessando etapas reconhecidas pela doutrina majoritária e jurisprudência como gerações, ou seja, demonstrando a ideia de conexão de uma geração/etapa à outra. Outras denominações também são utilizadas como famílias e dimensões¹.

A primeira geração surgiu no final do século XVII, sustentando-se em direitos clássicos, em prestações negativas por parte do Estado, ou seja, gerando um dever estatal de não fazer.

A doutrina conceitua os direitos fundamentais de primeira geração da seguinte forma:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário (GOMES, 2011, p. 1)

Os direitos de primeira geração têm por objetivo resguardar o direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, religião, dentre outros.

Os direitos fundamentais de segunda geração, reconhecidos após a Primeira Guerra estão ligados ao valor de igualdade, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais.

Em relação ao Estado, a segunda geração de direitos estabelece uma obrigação positiva, ou seja, um dever estatal em fazer algo de natureza social em favor do homem (BULOS, 2015).

A terceira geração compreende os direitos de solidariedade e fraternidade, explicados pela doutrina da seguinte forma:

Os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano (GOMES, 2011, p. 1)

¹ A maior parte dos autores hoje prefere se valer da expressão “dimensões” de direitos fundamentais, em detrimento de “gerações”, partindo da premissa de que esta poderia induzir à falsa ideia de que uma categoria de direitos substitui a outra que lhe é anterior. Uma geração, definitivamente, não sucede a outra. Pelo contrário, haveria um acréscimo no catálogo de direitos fundamentais (ZOEIN, 2019)

Acerca das três primeiras gerações, diferencia o Ex-Ministro Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MELLO. MS 22.164, dje 1995 apud ZOUEN, 2019, p. 1)

Os direitos fundamentais de quarta geração são denominados como direito dos povos, uma vez que foram introduzidos pela globalização política refletindo as alterações na vida e no comportamento do homem.

Para Bulos:

Referimo-nos aos direitos fundamentais de quarta geração, relativos à saúde, informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão de filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética (BULOS, 2015, p. 530)

A quinta geração de direitos fundamentais tem como destaque o direito à paz.

Para a doutrina:

[...] a força normativa do direito à paz está sedimentada em preceitos legais e fundamentais, e, até, em diplomas internacionais, a exemplo da Declaração das Nações Unidas e na organização para a proscricção nas Armas Nucleares na América Latina (OPANAL) (BULOS, 2015, p. 531)

O direito à paz também está previsto expressamente e tacitamente na Constituição Federal da República de 1988:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
III - autodeterminação dos povos;
IV - não-intervenção;
V - igualdade entre os Estados;
VI - defesa da paz;
VII - solução pacífica dos conflitos;
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (BRASIL, 1988)

Ressalte-se que a paz também se encontra tacitamente no artigo 1º da Carta Magna² com traduz o Estado Democrático de Direito, uma vez que se não existir paz, a democracia estará ausente ou mitigada.

Para finalizar a explicação da quarta geração, a conclusão do doutrinador Bulos, que brilhantemente fala sobre a paz. *In verbis*:

Onde não há paz, não há amor; onde não há paz, não predomina a retidão no coração; onde não há paz, não há verdade; onde não há paz, não há Deus. Deus está em tudo, embora nem todos os homens – alguns dos quais artifícios dos poderes constitucionais dos Estados – estejam Nele, e, por isso, sofrem. Mas, se há beleza no caráter, reinará harmonia no lar. Havendo harmonia no lar, haverá ordem nas nações. Se reina ordem nas nações, haverá paz no mundo (BULOS, 2015, p. 531).

Por fim, em relação à sexta geração, há pontos divergentes na doutrina. Para Boulos (2015) os direitos fundamentais da sexta geração são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Já para Paulo Bonavides (*apud* ZOUENIN, 2019) esses direitos fazem parte da quarta geração.

No entendimento de Bernardo Gonçalves (2019) a sexta geração consiste no direito à água potável.

2.3 Direitos sociais

Os direitos sociais estão expressos na Constituição Federal de 1988, no artigo 6º. O capítulo II (Dos direitos sociais) está inserido no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais).

² 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

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.

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Os direitos sociais consistem em liberdades públicas que objetivam tutelar as pessoas menos favorecidas a fim de proporcionar condições mais decentes de vida, se aproximando da igualdade ideal.

Conforme abordado no tópico anterior, os direitos sociais refletem em obrigações positivas pelo Estado, que tem o dever de realizar serviços validando tais direitos, também chamados de direitos de crédito³.

Nesse sentido, complementa a doutrina:

A finalidade dos direitos sociais é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real.

Partem do princípio de que incumbe aos Poderes Públicos melhorar a vida humana, evitando tiranias, arbítrios, injustiças e abusos de poder.

Visam, também, garantir a qualidade de vida, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados (BULOS, 2015, p. 809).

Os direitos sociais foram classificados pelo constituinte em:

- a) direitos do trabalhador;
- b) direitos da seguridade;
- c) direitos relacionados à educação, cultura, lazer, segurança, moradia e alimentação;
- d) direitos da família, da criança, do adolescente e do idoso e
- e) direitos dos grupos.

O direito à saúde, tema principal do presente trabalho, está inserido nos direitos da seguridade juntamente com o direito à previdência social e o direito à assistência social.

³ Pois envolvem poderes de exigir o direito através de prestações positivas do Estado.

O sujeito passivo a assegurar os direitos sociais é o Estado, uma vez que seu dever assegurar a saúde, promover a educação, incentivar a cultura, dentre outros deveres desdobrados em outras prescrições constitucionais.

3 DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe ao Estado o dever de garantir a saúde a todos, *in verbis*:

Art. 6 - São direitos sociais a educação, a **saúde**, 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.

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 sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de **saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988, grifos nossos)

Corroborando com a Constituição, o Ministério da Saúde se manifestou a respeito:

Saúde é um direito universal garantido pela Constituição Federal de 1988. Isso quer dizer que todos têm direito a tratamentos adequados, fornecidos pelo poder público. Na prática, ao criar esse direito, a Carta Magna criou também um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, que faz desde procedimentos simples, como medir a pressão arterial, aos mais complexos, como transplante de órgãos.

A Constituição é bem clara e diz que “Saúde é direito de todos e dever do Estado”. Antes dela, o sistema público atendia a um público limitado: prestava atendimento somente aos trabalhadores vinculados à Previdência Social, cerca de 30 milhões de brasileiros. O restante da população tinha de apelar ao setor privado ou entidades filantrópicas. Em 1988, com a Constituição, nasce o Sistema Único de Saúde (SUS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019, p. 1)

O constituinte também é cuidadoso ao estabelecer o regime de cooperação entre os entes federados, implicando que à União, Estados, Municípios e Distrito Federal concorram para o atendimento geral da saúde da população. *In verbis*:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Na inteligência do dispositivo citado, o Estado, compreendido pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, tem a obrigação de disponibilizar instrumentos para a garantia do direito à saúde, direito fundamental social constitucionalmente garantido.

Nesse sentido, a doutrina:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito-Federal e Municípios) [...] O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e repercussão da saúde está expresso no art. 196. Essa é uma atribuição comum dos entes federados, consoante art. 23, II, da Constituição (BRANCO, MENDES, 2014, p. 643, grifo nosso).

Também sobre o assunto, lição do professor Kildare Gonçalves Carvalho:

[...] Quer isto significar que não mais haverá a difusa administração da matéria na esfera da União, nem a dispersão e superposição de órgãos e atribuições em esfera estadual e municipal. Sendo único, o sistema deverá possuir um específico modelo de relações entre o todo e as partes que o integram [...] **Cada uma dessas esferas de governo deve agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra** (CARVALHO, 2005, p. 817, grifo nosso)

Observa-se que a Carta Magna relaciona o direito fundamental à saúde ao mínimo existencial, o que por lei é garantido a todos os brasileiros, de forma isonômica e igualitária.

Trata-se, pois, de regra geral, posteriormente complementada pela Lei nº 8.080/1990⁴, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Para a melhor efetivação do direito à saúde, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), abrangendo todas as esferas federativas, definindo-se a hierarquia e descentralização das suas atribuições, a fim de viabilizar à população um serviço gratuito, eficiente, amplo, integral e regionalizado.

Ressalte-se que o SUS engloba a integralidade da assistência, incluindo-se neste conceito de assistência terapêutica integral o fornecimento de medicamentos, que deverá ser prestada por todos os entes da federação.

⁴ Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

[...]

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema

[...] (BRASIL, 1990, grifo nosso)

O Superior Tribunal Federal pacificou entendimento no julgamento do RE 855.178/RG, prevendo que a assistência *lato sensu* no âmbito da saúde pública compete aos entes estatais de forma solidária, ou seja, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios devem prestar os serviços de saúde, disponibilizando os tratamentos médicos necessários, de forma solidária, afastando-se a tese de responsabilidade subsidiária.

No mesmo entendimento, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA/APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER- REEXAME COM FULCRO NO ART. 1.040, II, DO CPC - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ENTES FEDERADOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INCLUSÃO DA UNIÃO - DESNECESSÁRIA. Em observância aos artigos 6º e 196, da Constituição Federal, os municípios, assim como os estados-membros e a própria União Federal, estão obrigados, ainda que por intermédio de prestações positivas, a promover o direito fundamental à saúde. Considera-se que a responsabilidade pela dispensação de medicamentos, insumos e realização de tratamentos é solidária entre os entes públicos, sendo possível à parte, por força de tal modalidade obrigacional, escolher contra qual dos entes litigar. (TJMG - Apelação Cível 1.0525.18.011243-1/001, Relator(a): Des.(a) Maurício Soares , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Alberto Diniz Junior , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/10/2022, publicação da súmula em 05/10/2022, grifo nosso)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - RANIBIZUMABE - EXCLUSÃO DO MUNICÍPIO DA LIDE - IMPOSSIBILIDADE - INCLUSÃO DA UNIÃO - DESNECESSIDADE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS - MEDICAMENTO COM REGISTRO NA ANVISA - DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE - POSSIBILIDADE - REQUISITOS ATENDIDOS - LAUDO MÉDICO COM PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.

O direito à saúde consiste em um direito fundamental que deve ser garantido pelo Poder Público, sendo que questões relacionadas aos limites orçamentários não devem constituir impedimento para a satisfação dessa que é uma garantia constitucional. Celebrando a jurisprudência do STF, verifica-se que a competência assistencial *lato sensu* no âmbito da saúde pública é dos entes estatais, solidariamente, ou seja,

União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem prestar serviços de saúde e disponibilizar tratamentos médicos de forma solidária em favor dos necessitados hipossuficientes. Precedentes (RE n.º 855.178 e ED no RE n.º 855.178). O laudo médico prescrito por profissional especializado é suficiente para demonstrar a necessidade do insumo pleiteado cujo registro na ANVISA restou demonstrado. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.063179-0/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/09/2022, publicação da súmula em 13/09/2022, grifo nosso)

Diante o exposto, é claro que, no que tange à prestação da saúde, não há entre os entes políticos somente obrigação solidária, mas também competência administrativa comum com fulcro nos 6º, 23, II e 196, todos da Constituição Federal de 1988.

4 JUDICIALIZAÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Depois de demonstrada a responsabilidade solidária entre os entes federados, importante frisar que o direito à saúde, assegurado constitucionalmente, não pode sofrer embaraços ou atos protelatórios impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzir ou dificultar o seu acesso.

No que pese a Constituição Federal de 1988 concretizar a universalização do direito à saúde por meio dos dispositivos normativos já mencionados, após a negativa administrativa por parte da administração pública, não resta outra saída aos necessitados a não ser recorrer ao poder judiciário.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2009, p. 3)

A competência administrativa relaciona-se à execução e ao cumprimento das normas e à prestação dos serviços públicos. Portanto, pela competência administrativa comum, cada ente federativo prestará a saúde, dentro da sua esfera de interesse, como se único responsável fosse. Ressalte-se, entretanto, que considerando a competência solidária identificada no tópico anterior, faculta-se ao postulante direcionar a lide em face de todos, ou de apenas um dos responsáveis, com fins a viabilizar seu acesso à justiça e a garantir o seu direito constitucional.

A atuação do poder judiciário é legítima sempre que for capaz de preservar um direito fundamental, senão vejamos:

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador (BARROSO, 2009, p. 18)

Ademais, o Poder Judiciário é competente para controlar ações desmedidas ou omissões dos demais poderes.

Assim confirma a doutrina:

Do ponto de vista estritamente gramatical, é inegável que o art. 196 da Constituição possui pouca densidade, na medida em que deixa de definir aspectos importantes do direito que parece instituir: sujeito passivo, prioridades, extensão da saúde assegurada, custeio etc. Entretanto, como salientado linhas acima, é possível sustentar-se, na esteira dos ensinamentos de Canotilho e Ingo Sarlet, que mesmo normas *prima facie* programáticas podem ter um núcleo jurídico-positivo: embora não se possa obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir que ao menos alguma atitude, dentre as eficazes, seja tomada diante de um certo problema de saúde. Ressalte-se novamente que, a nosso juízo, a definição do aparelhamento mínimo para direitos com campo de ação amplo, como ocorre com a assistência à saúde, encontra-se inextricavelmente ligada à compreensão que a comunidade de princípios possui do mínimo existencial, compreensão esta que é influenciada por uma série de fatores (econômicos, históricos, culturais, políticos, religiosos etc.). Existindo apenas uma opção de atuação eficaz, que permita a melhoria das condições de saúde ou a manutenção da vida da pessoa interessada, é esta mesma a conduta que deve ser adotada pelo poder público (GOUVÊA, 2015, p. 1)

Sobre a intervenção do poder judiciário, a jurisprudência afirma ainda que:

[...] A determinação judicial para que os entes públicos da Federação cumpram o dever constitucional de disponibilizar aos cidadãos necessitados o tratamento médico adequado ao restabelecimento da saúde não constitui indevida ingerência do Poder Judiciário no âmbito de atuação do Poder Executivo e nem se afigura como ato violador ao princípio da isonomia entre os usuários do sistema público de saúde (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0317.18.011403-3/002, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/09/2022, publicação da súmula em 05/10/2022)

A jurisprudência mineira acima afasta a judicialização de qualquer tipo de violação ao princípio dos três poderes.

Noutro giro, outras teses defensivas estatais que ressaltam a previsão orçamentária e o princípio da reserva do possível em demandas judicializadas de saúde, devem ser tratadas com cuidado e de forma adequada, pois: “[...] poderá gerar prejuízos, não só aos cidadãos, como também ao Estado, em razão da desestruturação do orçamento público e, até mesmo, diante da possibilidade de um colapso do sistema público de saúde” (RUDIMCH, s.d *apud* BERGONZI, 2015, p. 43).

No que pese a interferência no orçamento público das decisões judiciais favoráveis aos particulares no âmbito da saúde, o poder judiciário tem ficado cada vez mais sensível às demandas. Deste modo os argumentos da administração pública não são suficientes para rebater a judicialização.

[...] tais argumentos não levam em conta que o maior problema do sistema de saúde pública no Brasil está relacionado com a sua gestão inoperante, não havendo que se falar, ainda, na ausência ou limitação de recursos para essa área quando os gastos em outros setores como publicidade e festas institucionais são significantes (FRANCO, 2012 *apud* BERGONZI, 2015, p. 44).

Os avanços judiciários são notáveis em concretizar a saúde, realizando assim, a vontade do constituinte e materializando uma resposta jurisdicional em problemas reais vividos pela sociedade.

5 CONCLUSÃO

As ações relacionadas à saúde aumentam gradativamente ao passar dos anos, ocasionando certo desconforto entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

O Poder Judiciário ao dar procedência a uma ação judicial proposta por um particular à busca do direito à saúde efetiva o direito constitucional do cidadão que não foi concretizado através de políticas públicas.

Certo é que, a judicialização adiciona uma carga extra de tarefas e empenhos de todas as entidades federativas, envolvendo uma grande quantidade de agentes públicos.

No que pese os pontos contrapostos do Poder Público, como a intervenção da economia e o Princípio da Reserva Legal, o Poder Judiciário tem o dever de tratar do direito da saúde, quando tal demanda não for efetivada pelo Estado.

Esse encargo é atribuído ao judiciário sempre que os órgãos competentes descumpram encargos políticos e jurídicos comprometendo os direitos individuais e coletivos constitucionais.

A omissão dos entes estatais em relação ao direito à saúde frustra as expectativas coletivas, já que supressão de direitos é controversa à própria lei constitucional.

Por fim, a pesquisa conclui que os limites interpostos pelo Estado à efetivação do direito à saúde não podem se sobressair ao direito inerente à saúde e conseqüentemente à saúde, direitos inestimáveis e fundamentais à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13.set.2022.

BERGONZ, Géssica. **A judicialização da saúde como garantia da efetivação de direito fundamental.** 2015. Disponível em: <<https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/c8266869-23cd-4311-a3a0-d1e9c24f9110/content>>. Acesso em: 10.ago.2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30.jul.2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 30.jul.2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG - **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.063179-0/001.** Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/09/2022, publicação da súmula em 13/09/2022. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.063179-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 30.set.2022.

_____ - **Apelação Cível 1.0525.18.011243-1/001.** Relator(a): Des.(a) Maurício Soares , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Alberto Diniz Junior , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/10/2022, publicação da súmula em 05/10/2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=3889&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=safade%20responsabilidade%20solid%20ria%20entes%20obriga%20faz%20er&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20upa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 06.out.2022.

_____ - **Ap Cível/Remessada 1.0317.18.011403-3/002.** Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/09/2022, publicação da súmula em 05/10/2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=11&totalLinhas=3889&paginaNumero=11&linhasPorPagina=1&palavras=safade%20responsabilidade%20solid%20ria%20entes%20obriga%20faz%20azer&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%2>

Olupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisa
Palavras=Pesquisar&. Acesso em: 06.out.2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CARVALHO, Keldare Gonçalves. **Direito constitucional**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2019.

GOUVÊA, Marcos M. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. 2015. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id2.htm>>. Acesso em: 12.set.2015.

LEAL, Fábio Gesser. SABINO, Rafael Giordani. SOUZA, Klauss Correa de. **Direitos fundamentais: uma breve visão panorâmica**. 2017. Disponível em: <[MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Constituição Federal reconhece saúde como direito fundamental**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/constituicao-federal-reconhece-saude-como-direito-fundamental#:~:text=Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20reconhece%20sa%C3%BAde%20como%20direito%20fundamental,-Compartilhe%3A&text=Sa%C3%BAde%20%C3%A9%20um%20direito%20universal,adequados%2C%20fornecidos%20pelo%20poder%20p%C3%ABlico>. Acesso em: 02.agosto.2022.](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-fundamentais-uma-breve-visao-panoramica/#:~:text=nem%20mesmo%20sobrevive.-,Os%20direitos%20fundamentais%20possuem%20natureza%20de%20normas%20constitucionais%20definidoras%20de,outro%20eventual%20destinat%C3%A1rio%20da%20norma.>>. Acesso em: 02.agosto.2022.</p></div><div data-bbox=)

ZOUËIN, Luiz Henrique Linhares. **Em que consistem e quais são as “gerações” de direitos fundamentais?** 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/#_ftn4>. Acesso em: 25.agosto.2022.