

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO CERRADO
PATROCÍNIO
Graduação em Direito**

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Meliny Sara de Paula Souza

**PATROCÍNIO - MG
2017**

MELINY SARA DE PAULA SOUZA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Cerrado de Patrocínio - UNICERP - Patrocínio (MG), como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Izabel Rosa Moreira

**PATROCÍNIO - MG
2017**



Centro Universitário do Cerrado Patrocínio
Curso de Direito

Trabalho de conclusão de curso intitulado "**Judicialização da Saúde**", de autoria da graduanda **Meliny Sara de Paula Souza**, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Ma. Izabel Rosa Moreira – Orientadora

Instituição: UNICERP

Prof. Ma. Júnia Gonçalves Oliveira

Instituição: UNICERP

Prof. Ma. Natália Scartezini Rodrigues

Instituição: UNICERP

Data de aprovação: 11/12/2017

Patrocínio, 11 de dezembro de 2017

DEDICO este trabalho primeiramente a Deus, que durante toda essa caminhada esteve ao meu lado, me sustentando a cada dia. Aos meus pais, em especial à minha mãe que sempre me apoiou em tudo. Aos irmãos da Igreja Cristã Maranata, que estiveram em oração pela minha vida, sempre me ajudando. Aos meus amigos, que nunca me deixaram desistir. À minha família, que sempre me apoiou para mais uma conquista na minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me ajudar nessa longa caminhada; mesmo com muitas dificuldades, foi o meu sustento nos momentos mais difíceis, sempre estando ao meu lado. Aos meus pais, pela ajuda e pelas palavras de conforto e de encorajamento, principalmente minha mãe Eny, sempre me apoiando em tudo nessa longa caminhada, cuidando, dando amor e sendo compreensiva. Aos meus irmãos Nickson e Ester, que estiveram ao meu lado também sempre me apoiando. A todos da Igreja Cristã Maranata, que sempre estiveram em oração em favor da minha vida, para que tudo desse certo, e para que essa caminhada fosse um grande aprendizado na minha vida. Aos meus amigos, que sempre me apoiaram e estiveram ao meu lado todo o tempo durante esses cinco anos, sempre ajudando, dando conselhos. Às amigas que ganhei nesse curso: Ana Luiza, Janete e Aline, que passaram tudo ao meu lado, uma apoiando a outra, sustentando e aconselhando nos momentos difíceis. À minha orientadora Prof.^a Izabel Rosa Moreira, que esteve desde o início ao meu lado, com sua paciência, dedicação e carinho, que me ajudou a chegar aqui, e com suas instruções que me deram a direção de prosseguir até o final. E a todos os professores que estiveram ao meu lado, passando seus conhecimentos, nos ajudando a sermos pessoas diferentes, pessoas que pensam no seu próximo, que buscam a igualdade e respeitam a todos, sem qualquer distinção. Enfim, a todos que estiveram ao meu lado, participando desse momento. Obrigada a todos!

“Deus, agradeço por nos dar força todos os dias e pelas nossas conquistas. Sabemos que a batalha é árdua, mas as vitórias são certas!”.

Paulo Locateli

RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma pesquisa referente à aplicação do Direito no que diz respeito à Saúde. Tem por finalidade estudar a Judicialização no contexto democrático, apresentando esse fenômeno por meio de reivindicações e modos de atuação dos cidadãos, em busca dos direitos previstos na lei. De acordo com os Direitos Humanos, todos os seres devem ser tratados igualmente, sem distinção de cor, raça, sexo, e o legislador deve tratar as desigualdades, fazendo com que se cumpra a lei por meio de atos concretos. Com a Constituição de 1988, a Dignidade da Pessoa Humana foi colocada como um valor supremo, e o Direito à Saúde está regulamentado no artigo 196 da Constituição Federal e assegura a todos os cidadãos saúde plena, sem restrições. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que trouxe uma explanação sobre os Direitos Fundamentais, o desenvolvimento da Saúde, a Judicialização da Saúde e outros aspectos. Visa demonstrar a realidade e os caminhos que o cidadão pode percorrer para ter assegurado o seu Direito à Saúde.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Dignidade da Pessoa Humana. Saúde. Judicialização da Saúde.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	11
2.1	Conceito.....	12
2.2	Direitos Individuais ou de Primeira Dimensão.....	15
2.3	Direitos de Segunda Dimensão.....	16
2.4	Direitos de Terceira Dimensão.....	17
2.5	Direitos de Quarta e Quinta Dimensão.....	18
3	DO DIREITO À SAÚDE	21
3.1	Princípios Jurídicos.....	25
3.1.1	Princípio da Preservação.....	25
3.1.2	Princípio da Universalidade.....	26
3.1.3	Princípio da Igualdade.....	26
3.1.4	Princípio da Integralidade.....	27
3.2	Teoria do Princípio da Reserva do Possível.....	27
3.3	Teoria do Mínimo Existencial.....	29
3.4	Solidariedade Passiva dos Entes Públicos.....	30
4	DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	33
4.1	Intervenção do Poder Judiciário na efetivação da Saúde.....	35
4.2	Separação dos Poderes.....	37
4.3	Posicionamento dos Tribunais.....	40
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a situação da Saúde Pública no Brasil ante a omissão do Poder Público, com enfoque na necessidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir a prestação de serviços relacionados à Saúde por parte do Estado, ponderando os limites existentes para a atuação judicial nesses casos.

O estudo justifica-se pela relevância do tema, uma vez que é notório o descaso que a sociedade vem sofrendo atualmente no que se refere aos direitos e garantias mínimas que devem ser propiciados pelo poder Público, em especial em relação à Saúde. Por se tornar necessária, discute-se a possibilidade de atuação do poder Judiciário para garantir os dispositivos legais relacionados à Saúde, pontuando os limites que existem na sua atuação.

Face disto, a problemática apresentada no presente trabalho é: A separação dos Poderes pode ser causa de impedimento de atuação do Poder Judiciário nas causas envolvendo Direito à Saúde?

Tem por objetivos verificar se o Poder Executivo tem cumprido com sua função; se o Poder Judiciário pode interferir nos outros Poderes se eles não tiverem cumprido com suas funções; se a função do Poder Judiciário é limitada.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que se utiliza por método o dedutivo, que se utiliza de informações que estão embasadas em diversos livros, artigos, no texto Constitucional e em acórdãos que tratam sobre a Saúde como um Direito Fundamental e sobre a possibilidade de efetivação desse direito por meio da Judicialização em casos de omissão dos Poderes e Entes Públicos.

No primeiro capítulo, aborda-se a evolução dos Direitos Fundamentais, trazendo o seu conceito e acompanha o desenvolvimento dos direitos de acordo com as necessidades da sociedade. Nesse capítulo, percebe-se que os direitos não se perdem com a evolução da sociedade e com o passar dos anos, mas se somam, formando, assim, o que a Constituição é hoje. Nela constam os direitos dos cidadãos, sendo que um não se sobrepõe ao outro.

No segundo capítulo, trata-se da Saúde, abordando a forma como ela é tratada no texto constitucional. A Saúde é apresentada como um direito social e o Estado tem o dever de agir para que esse direito possa ser garantido a todos. Nesse capítulo, mostra-se que o Direito à Saúde é um direito fundamental, que deve ser garantido a todos, indistintamente. Aborda-se também a Reserva do Possível, que tem sido uma das alegações usadas pelos Entes da Federação para a não-garantia desse direito. Por outro lado, apresenta-se que o Estado deve garantir o Mínimo Existencial para que a pessoa viva com o mínimo de dignidade.

Já no terceiro capítulo, faz-se uma análise de como o cidadão pode exigir o cumprimento dessa prestação do Estado com relação à Saúde. É apresentada a Judicialização e vários aspectos relacionados a ela, verificando se ocorre uma infração à separação dos Poderes e qual o posicionamento dos Tribunais em relação a esse acionamento da Prestação do Estado através do Poder Judiciário.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os Direitos Fundamentais nasceram de uma evolução histórica que ocorreu por meio de lutas e com rupturas sociais, que buscavam a Dignidade da Pessoa Humana e também a consolidação desses direitos.

A Declaração de Direitos do Homem e dos Cidadãos, proclamada em 1793, foi inovadora, pois, além da reafirmação dos direitos naturais do homem, da igualdade, da liberdade, da segurança e da propriedade, promoveu a incorporação dos direitos sociais. Esses direitos são os relativos ao trabalho, aos meios de existência, à proteção contra a indigência, à instrução, dentre outros.

O grande marco para os Direitos Fundamentais foi a Declaração Universal do Homem de 1948, que procurou promover a igualdade e proteção, em um plano global, dos direitos do homem.

Os Direitos Fundamentais nascem com o indivíduo e, por isso, não podem ser considerados como uma concessão do Estado, da Constituição ou do Governo. É por essa razão que, no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos, aprovada pelos estados membros da Organização das Nações Unidas, não se diz que tais direitos são outorgados ou mesmo reconhecidos, preferindo-se dizer que eles são proclamados. Essa é uma afirmação clara de que eles preexistem a todas as instituições políticas e sociais; não podendo, assim, ser retirados ou restringidos por essas instituições.

No dia 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição, que trouxe como fundamentos para o Estado a soberania, a cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana. Seu objetivo principal é construir uma sociedade mais igualitária, com

erradicação da pobreza, redução das desigualdades e construção de uma sociedade justa, livre e solidária, promovendo o bem de todos, sem distinção de cor, raça, sexo e idade.

Verifica-se, portanto, que a Constituição Federal está em sintonia com a Declaração Universal de Direitos Humanos. Isso fortalece a proteção dos direitos fundamentais..

2.1. Conceito

Existem inúmeras expressões que são utilizadas para designar os Direitos Fundamentais. Dentre elas, estão: direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos do cidadão, direitos civis, direitos políticos, liberdades individuais, direitos de personalidade, garantias institucionais. Porém, a mais adequada para se utilizar é a expressão “direitos humanos”, que foi utilizada na Constituição Federal brasileira.

Os Direitos Fundamentais são fruto de uma grande luta da sociedade de cada época e são os direitos humanos constitucionalizados, ou seja, são direitos que estão positivados no ordenamento jurídico. Entretanto, os Direitos Fundamentais não se limitam ao texto constitucional. Nesse sentido, Sarlet (2007, p. 89) afirma que:

É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais.

Segundo José Afonso da Silva (2010, p. 178), “direitos fundamentais são direitos

positivados, cujo conteúdo varia conforme os valores, princípios e estruturas de determinada sociedade, os quais buscam concretizar a vida digna, livre e igual de todas as pessoas”.

O conteúdo dos Direitos Fundamentais apresenta valores e princípios que estão positivados no ordenamento jurídico brasileiro, para proporcionar ao cidadão uma vida mais digna e uma sociedade igualitária.

Para Ingo Sarlet, os direitos mais elementares da dignidade da pessoa humana são os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, como ele mesmo aponta:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.(SARLET, 2001, p. 60)

Nesse aspecto, existe uma obrigatoriedade do Estado em garantir esses direitos. Deve-se garantir aos cidadãos uma vida em que sejam respeitados os fundamentos da Constituição, construindo, assim, uma sociedade sem distinção e com a redução das desigualdades.

Os Direitos Fundamentais têm várias características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, limitabilidade e concorrência.

O Direito Fundamental é histórico, porque ele não surgiu de uma vez, mas foi se consolidando gradativamente e ao longo da história, em consonância com a necessidade da população.

É universal, porque não é somente para um grupo, mas para todos da sociedade; nasce com a pessoa, conforme descreve Araujo e Nunes Junior (2005, p. 110):

Os direitos fundamentais, por natureza, são destinados a todos os seres humanos. Constituem uma preocupação generalizadora à raça humana. Logo, é impensável a existência de direitos fundamentais circunscritos a uma classe, estamento ou categoria de pessoas.

Têm a característica de limitado, pois nenhum direito é superior; todos têm sua importância. Conclui-se que os direitos fundamentais não são absolutos.

Há também a característica da concorrência, segundo a qual o indivíduo pode acumular vários direitos. Demonstram muito bem essa situação Araujo e Nunes Junior (2005, p. 113):

Tal predicado indica que os direitos fundamentais podem ser acumulados. Exemplo dessa situação é o jornalista, âncora de um jornal falado, que, após transmitir a informação, faz uma crítica. A um só tempo, exerceu os direitos de informação, opinião e comunicação. Esse fenômeno é que recebe a denominação de concorrência de direitos fundamentais.

Os Direitos Fundamentais têm como característica a irrenunciabilidade, porque um indivíduo não pode renunciar ao seu direito. Ele pode, em algumas situações, deixar de exercê-lo, mas não renunciar, uma vez que os Direitos Fundamentais são irrenunciáveis e indisponíveis.

São inalienáveis, porque não possuem característica econômica e nem patrimonial. São indisponíveis, porque são conferidos a todos, sem distinção de cor, raça e sexo. São também imprescritíveis, porque o direito do indivíduo não prescreve, por ser de caráter personalíssimo.

Assim, os Direitos Fundamentais surgiram da necessidade da sociedade de cada época, existindo deficiência naquele momento. Motivo pelo qual estudiosos dividem os direitos em gerações ou dimensões.

2.2. Direitos individuais ou de Primeira Dimensão

Os Direitos Fundamentais surgiram e se fortaleceram com a evolução da sociedade, em eventos históricos. Tais eventos desempenharam papel relevante para o reconhecimento desses direitos, conforme explica José Afonso da Silva (1996, p. 172):

Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direito. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação.

Houve uma evolução gradativa dos Direitos Fundamentais e todos estão ligados, porque um direito não exclui outro, mas eles se somam.

Doutrinadores afirmam que a divisão está de acordo com o surgimento dos Direitos Fundamentais na história. Com isso, parte da doutrina tem evitado o uso da expressão “geração” e usado “dimensão”.

Isso tem acontecido porque o termo geração passa a ideia de substituição de uma fase por outra, mas os Direitos Fundamentais não são substituídos. Quando surge um novo direito, aquele que já existia não se extingue: eles estão ligados, apenas surgiram em épocas diferentes, mas com a mesma relevância.

A primeira dimensão dos Direitos Fundamentais foi uma grande conquista frente ao Estado absolutista. Foi um mecanismo de proteção do indivíduo frente ao Estado, garantindo-lhe o mínimo de condições de sobrevivência.

Essa dimensão impõe ao Estado uma abstenção de não fazer, garantindo, assim, ao indivíduo a liberdade e a vida. Houve uma colocação de limites para a atuação estatal. Como explica Brega Filho (2002, p. 22):

A princípio, os direitos fundamentais constituíam uma limitação do poder estatal, pois buscavam delimitar a ação do Estado. Tais direitos definiam a

fronteira entre o que era lícito e o que não era para o Estado, reconhecendo liberdades para os cidadãos, pois o que ficasse fora do alcance do Estado seria lícito. Eram chamados de direito de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado (negativos). Esses direitos exigiam uma abstenção e não uma conduta positiva.

Os direitos de primeira dimensão têm como principal característica uma ação de não fazer do Estado frente aos direitos dos indivíduos, que correspondem basicamente, aos direitos civis e políticos e visam à defesa do cidadão. São chamados também de liberdade negativa, já que o Estado não deve interferir, mas deve abster-se.

Em síntese, a primeira dimensão dos Direitos Fundamentais buscou liberdade. Resultou daí um grande leque de direitos posteriormente adquiridos, como, por exemplo: o direito à vida, à propriedade, à participação na política, à liberdade e todas as suas derivadas, ao devido processo legal, e um dever de não fazer do Estado.

2.3. Direitos de segunda dimensão

Os direitos de segunda dimensão referem-se aos direitos sociais, culturais e econômicos e determinam um fazer ao Estado. Os direitos de primeira dimensão conferem abstenção ao Estado, mas os de segunda já requerem uma ação para que os direitos sejam resguardados.

Isso ocorre porque não basta apenas o cidadão ter um direito, o Estado deve garantir as condições nas quais ele pode gozar desse direito. Um exemplo é o direito à Saúde. Não basta declará-lo se não forem dadas condições e possibilidades para que seja efetivado esse direito.

Nesse sentido, os direitos de segunda dimensão requerem uma atuação do Estado para garantir o mínimo de condições ao indivíduo, para que ele tenha seus direitos efetivados. Conforme descreve George Marmelstein (2008. p.50.)

[...] Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

Os direitos de segunda dimensão atribuíram ao Estado um comportamento ativo para implementação de políticas públicas, objetivando uma efetiva prestação de serviços sociais, como: saúde, educação, trabalho, assistência social, dentre outros.

Dessa forma, esses direitos traduzem a obrigação de fazer ou de dar do Estado. Essa dimensão cumpre com a finalidade de garantir ao indivíduo a dignidade inerente ao ser humano, que lhe é assegurada por meio da saúde, do trabalho, do lazer, da educação, da cultura, dentre outros.

2.4. Direitos de Terceira Dimensão

Os direitos de terceira dimensão não estão relacionados ao homem individual e não somente a uma classe, mas a toda a coletividade. São eles: a paz, a qualidade de vida, o direito à comunicação, o direito ao meio ambiente e à conservação do patrimônio cultural. E são direitos não somente para a geração atual, mas também para as próximas gerações. São empregados os princípios da fraternidade e da solidariedade.

São direitos fundamentais que foram buscados pelo indivíduo devido ao processo legal de descolonização do segundo pós-guerra e pelos avanços da tecnologia. Podem também ser denominados direitos difusos e coletivos. Visam ao desenvolvimento de uma nova ordem econômica mundial. Apela para o direito ao patrimônio comum da humanidade, à paz, à proteção do meio ambiente, conservando-o sadio e saudável. Como afirma Bonavides (2008, p. 569):

“[...] direitos da terceira geração não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, [...], têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

Os direitos de terceira dimensão transcendem o indivíduo, passando para a coletividade. Esses direitos, de modo especial, têm uma implicação universal, ou, no mínimo, transindividual. Podem exigir responsabilidades mesmo mundiais para sua efetivação. Fernanda Luiza Medeiros aponta que (2004. p. 74-75):

Os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados.

Assim, os direitos de terceira dimensão direcionam-se à coletividade, buscando alcançar não somente a geração atual, mas também as vindouras. São direitos que exigem esforços de todos os cidadãos, tendo uma abrangência tanto nacional como internacional.

2.5. Direitos de Quarta e Quinta Dimensão

Os direitos de quarta e quinta dimensão surgiram na última década, em decorrência do grande desenvolvimento tecnológico. Os doutrinadores que defendem os direitos

de quarta dimensão ainda aguardam a sua consagração na esfera do direito internacional, por não haver um consenso sobre o conteúdo dessas dimensões.

A quarta dimensão refere-se à manipulação da genética, biotecnologia e a bioengenharia. Mas ainda não se trata de uma dimensão aceita por toda a doutrina. No Brasil, quem sustenta a existência de uma quarta dimensão é Paulo Bonavides. Segundo ao autor (2003, p. 571), “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

O estudioso indica como integrantes dessa dimensão os direitos relacionados às novas tecnologias, à informática, à clonagem, à manipulação genética e questões relacionadas à mudança de sexo.

Diferentemente do que ocorre em relação às outras dimensões (a primeira, segunda, terceira), na quarta não há unanimidade entre os doutrinadores sobre o conteúdo que abrange essa dimensão. E nem há consenso sobre sua existência. O direito de quarta geração aguarda uma identidade, para resguardar os direitos que estão em evolução.

Não diferente da quarta dimensão, a quinta não é uma unanimidade em relação à doutrina. Esse direito pode ser definido como sendo a paz, no seu sentido mais amplo. A paz é necessária para que um país possa concretizar os outros direitos e, conseqüentemente, seja efetivado o respeito à dignidade da pessoa humana. Segundo descreve Bonavides (2011, p.590).

(...) a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar, por intangíveis, as regras, princípios e cláusulas pétreas da comunhão política. O direito à paz é o direito natural dos povos. Valores, portanto, providos de inviolável força legitimadora, única capaz de construir a sociedade da justiça, que é fim e regra para o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos.

A paz, dessa forma, está ligada à efetivação dos Direitos Fundamentais. Se ela não for promovida e não for efetiva na sociedade, esta poderá ser prejudicada, porque os cidadãos não terão seus direitos fundamentais garantidos na totalidade. Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992, p112) afirma:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Portanto, para efetivação dos Direitos Fundamentais, o país precisa estar em paz. Ao longo da história, constata-se que o período em que houve maior perda de direitos foi nos momentos de guerras e lutas. Nesses momentos, os cidadãos não podiam exprimir suas vontades, não tinham resguardado o seu direito à liberdade. Pode-se afirmar, então, que o direito à paz está ligado a uma efetivação dos Direitos Fundamentais.

Há uma divergência em se tratando dessa dimensão, uma vez que, para muitos doutrinadores, o direito à paz já está inserido na terceira dimensão.

Assim, os Direitos Fundamentais foram construídos ao longo da história do homem. Em observância das necessidades de cada época, foram surgindo direitos que estão interligados e que devem ser efetivados na sua totalidade. Em alguns casos, cabe ao Estado a sua efetivação, por meio de políticas e ações públicas; em outros, são inerentes ao homem, devendo o Estado apenas resguardar esses direitos para que não se percam.

3. DO DIREITO À SAÚDE

O Direito à Saúde está relacionado a melhores condições de vida e bem estar social. Constitui o chamado Direito Social. Pode-se afirmar que a Saúde está associada à Dignidade da Pessoa Humana, e que esse direito passa a ser legítimo decorrente de um Estado Democrático de Direito, com a Constituição de 1988.

A caracterização da Saúde como um dos Direitos Fundamentais foi um dos elementos que marcou a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social. Impõe ao Estado cumprir uma prestação positiva para a eficácia do Direito à Saúde.

O Estado Democrático de Direito tem a função de garantir os direitos aos cidadãos, e os Direitos Fundamentais constituem pressupostos para a vida de qualquer indivíduo, pois sem eles não há dignidade humana. Dessa forma, o Direito à Saúde exige do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia. E, com isso, a Saúde, juntamente com a previdência e assistência social, vem compondo o Sistema da Seguridade Social no Brasil.

A palavra Saúde origina-se do adjetivo latino *salute*, cujo significado é salvação, conservação da vida.

Temos uma diversidade de conceitos sobre a Saúde. Dentre elas, uma que é bastante conhecida e tem referência tanto nacional como mundial é a da Organização Mundial da Saúde (OMS), que define a Saúde como “um estado completo de bem-estar físico e mental do ser humano, e não apenas a ausência de enfermidade”. Para Scliar (2002, p.56):

Mostra que este conceito possui duas partes, sendo que a segunda parte, 'e não apenas ausência de enfermidade' precede a primeira historicamente, vez que no passado as pessoas se contentavam com o fato de não estar doente, ausência de sinais e sintomas.

Em relação ao “o estado de mais completo bem-estar físico, mental e social,”, esse conceito tem sido bastante criticado por ser pouco operacional, pois o termo “bem-estar” envolve um componente subjetivo, de difícil quantificação, semelhante à felicidade. Portanto, a conceituação de Saúde formulada pela OMS não satisfaz, pois é altamente subjetivo e de difícil quantificação. A concepção de Saúde que permeia as relações humanas não pode ser compreendida de maneira abstrata ou isolada.

A Constituição Federal de 1988 reafirma a dimensão política e social da saúde em seu art.196:

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 (BRASIL, 2005, p. 39).

Apesar de o Direito à Saúde derivar do direito à vida, direito este primordial da pessoa humana, que implica tanto manter-se viva quanto ter um nível de vida digno à sua condição humana, os documentos legislativos antigos até o século XIX não contemplam expressamente a proteção do Direito à Saúde, mas revelam a preocupação com os direitos do homem.

Para Dallari (1995, p. 31), a Carta Magna orientou o conceito jurídico de Saúde, “tanto como ausência de doença, como bem-estar, enquanto derivado das políticas públicas que o têm por objetivo”

Os direitos do homem, entendidos como quaisquer direitos atribuídos a seres humanos, já constituíam uma preocupação antes mesmo de serem positivados em leis ou constituições, como revelam os documentos da Antiguidade. Ainda de acordo com Dallari (1995, p. 31), “a compreensão dos conceitos jurídicos contidos na Lei

Maior implica adaptá-los à realidade onde estão inseridos, para que possa determinar a correta interpretação da norma jurídica”.

Os níveis de Saúde da população expressam a organização social e econômica do país. Depreende-se, dessa forma, que a Saúde está relacionada à forma como se organiza a sociedade para produzir bens e serviços e como se estrutura para colocá-los ao alcance de todos.

Diante disso, a concretização da Saúde como bem-estar implica entender a Saúde como expressão de qualidade de vida que apresenta como fatores condicionantes e determinantes, dentre outros: alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e o acesso aos serviços de saúde. Segundo Giovanne Berlinguer (1987, p. 590):

Assim, não se pode mais considerar a saúde de forma isolada das condições que cercam o indivíduo e a coletividade. Falar, hoje, em saúde sem levar em conta o modo como o homem se relaciona com o seu meio meramente biológico, desprovido de qualquer outra interferência que não fosse tão somente o homem e seu corpo.

Impõe ao Estado o dever de prover o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de Saúde, mas também de implementar e executar políticas públicas intersetoriais capazes de reverter os níveis de Saúde, por conseguinte contribuir para a melhoria da qualidade de vida da população brasileira.

Nesse contexto, a implantação da atual Constituição viabiliza o acesso universal à Saúde, a qual forneceu abertura à implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pelas Leis Federais nº 8.080/1990 e 8.142/1990, no título das disposições gerais, artigo III da Constituição Federal/88.

O SUS – Sistema Único de Saúde no Brasil é um sistema que possui como objetivo promover a saúde de toda a população brasileira, oferecendo a todos de forma indistinta qualidade de vida e dignidade ao ter direito ao acesso à saúde pública e de qualidade (BRASIL, 2010).

O Sistema Único de Saúde é constituído pelo conjunto de ações e serviços de Saúde prestados por órgãos e instituições públicos federais, estaduais e municipais. Tem por finalidade alterar a situação de desigualdade na assistência à Saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sendo proibidas cobranças em dinheiro, em quaisquer circunstâncias.

Sendo assim, as transformações econômicas e sociais apontam e colocam grandes desafios para o Sistema de Saúde. A formulação e a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) é resultado de um expressivo movimento de reforma sanitária, inserido no movimento mais amplo de redemocratização do país, quando foram estabelecidas grandes diretrizes para a reorganização do sistema de saúde no Brasil.

Nesse processo, o país passou a ter uma política de Saúde claramente definida constitucionalmente no sentido de política pública, como política social; implicando, portanto, mudanças substantivas para sua operacionalização nos campos político-jurídico, político-institucional e técnico-operativo.

Entende-se políticas públicas como sendo o conjunto de diretrizes e referências ético-legais adotados pelo Estado para fazer frente a um problema que a sociedade lhe apresenta. Política Pública é a resposta que o Estado oferece diante de uma necessidade vivida ou manifestada pela sociedade.

Dessa maneira, as políticas públicas são gestadas e implementadas pelo Estado para o enfrentamento de problemas sociais, principalmente os relacionados à Saúde. No entanto, na conjuntura atual, percebe-se que há uma discrepância entre o conjunto de problemas sociais e a capacidade do Estado de enfrentá-los. As políticas públicas tornaram-se objeto de disputa entre diversos grupos, sendo por eles controladas em algumas situações.

Nesse caso, para efetivação do Direito à Saúde, o Estado deve implementar políticas públicas que atendam ao interesse da sociedade e por meio das quais se

obtenham resultados efetivos, com melhora na qualidade de vida e bem-estar da população.

3.1. Princípios Jurídicos

O Direito à Saúde está relacionado ao princípio basilar da dignidade humana, mas há outros princípios também relevantes para a sua efetivação. A Saúde integra a seguridade social e, por isso, a ela se aplicam os princípios do artigo 194 da Constituição Federal/88. Outros princípios também de suma importância para o Direito à Saúde são: da prevenção, da universalidade, da igualdade e da integralidade.

3.1.1. Princípio da Prevenção

O Princípio da Prevenção está relacionado à conscientização que o Poder Público deve fazer para instruir a sociedade sobre a importância da prevenção de doenças. O Poder Público não tem apenas a função na seara curativa, mas também de promover informações para manter a população informada sobre algumas doenças que podem ser prevenidas. E, assim, a população ser estimulada a assumir o papel de controle das doenças que atingem a sociedade.

Esse princípio tem um papel relevante, porque pode evitar que alguma doença atinja um número grande de pessoas; evitando, dessa forma, grandes prejuízos para todos. Esse deve ser o principal objetivo da política pública.

Esse princípio não traz só benefício para a população, mas também para os cofres públicos devido à redução de gastos propiciada pela prevenção.

2.1.2. Princípio da Universalidade

O Princípio da Universalidade mostra que a Saúde é para todos, não somente para um grupo ou para uma parte da população. A Saúde deve ser prestada a todos, tanto brasileiros como estrangeiros que estão em território nacional, sem distinção de cor, raça, credo ou poder aquisitivo.

Mas o que se percebe, na realidade, é que as pessoas de menor poder aquisitivo estão sofrendo para poder usufruir dos serviços de Saúde no Brasil. O SUS, muitas vezes, não tem capacidade para atender a quantidade de pessoas que necessitam devido ao não repasse de verbas para suprir os gastos com profissionais e medicamentos.

E, assim, as pessoas que mais precisam de atendimento ficam lesadas. Isso contradiz a Constituição Federal/88, segundo a qual todos têm Direito à Saúde, mesmo que não tenham condições financeiras.

Devido a isso, muitos cidadãos têm ingressado no Poder Judiciário buscando a efetivação dos seus direitos, que não estão sendo garantidos pelo Estado. Solicitam, por exemplo, um leito de hospital, um medicamento que não é fornecido pelo Estado ou Município. Esses cidadãos estão, na realidade, buscando ser tratados com um mínimo de dignidade. Esse ponto específico será tratado no capítulo seguinte.

3.1.3. Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade é relevante no Direito à Saúde porque busca isonomia, de forma que todos possam ser bem atendidos, ter acesso a medicamentos, a um leito de hospital. Como todos são iguais perante a lei, devem ser tratados de forma igualitária.

Pode-se afirmar que esse princípio visa a retirar as desigualdades e proporcionar um tratamento igualitário aos cidadãos, para que não se sintam desamparados devido à sua condição financeira. Essa igualdade é substancial, pois tem por finalidade igualar os cidadãos, proporcionando justiça aos que dela necessitam.

3.1.4. Princípio da Integralidade

O Princípio da Integralidade declara que a Saúde deve ser efetivada no todo e não apenas em partes. Deve ser resguardada tanto a prevenção de doenças com políticas públicas de conscientização como também a forma individual, como tratamento e recuperação do paciente.

Com a criação do Sistema Único de Saúde, essa integralização tornou-se mais forte, porque proporciona tratamento gratuito para aqueles que não têm condições de pagar um médico ou um hospital. Porém, o SUS ainda necessita de aprimoramento para que possa ser o sistema que realmente a sociedade busca.

Muitas vezes, o SUS não tem como efetivar o Direito à Saúde observando os Princípios da Igualdade e da Integralidade porque faltam recursos como medicamentos e aparelhos, e também profissionais. Assim, o Estado deve prover tanto bens materiais quanto humanos para efetivação desse princípio.

3.2. Teoria do Princípio da Reserva do Possível

A Teoria da Reserva do Possível tem origem germânica. Surgiu após um caso ter sido levado à Corte Constitucional da Alemanha, e esta concluiu que podem existir

limitações para se atender um determinado direito, que ele não é absoluto, mas pode ser limitado.

No Brasil, após a Constituição de 1988, a Teoria da Reserva do Possível tem sido adotada pelo Estado em sua defesa contra ações judiciais que se referem à efetivação de algum Direito Fundamental. Essa teoria demonstra que o Estado tem limitação econômica de recursos e que existem várias necessidades a que ele deve atender. Portanto, o Estado chama a Teoria a seu favor, alegando limitações para os gastos. Nesse sentido, escreve Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 250-251),

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade. (MENDES, 2007).

Os Entes Federativos devem planejar a aplicação de verbas, de forma a cumprir as metas dos direitos sociais que estão fixadas na Constituição de 1988, dando ênfase ao orçamento dos programas e das políticas públicas.

Em virtude da má distribuição ou não aplicação de verbas (ou aplicação inadequada), os cidadãos precisam recorrer à Justiça para efetivação de seus direitos.

Os Tribunais não estão considerando a defesa que o Estado tem feito usando a Teoria da Reserva do Possível; estão exigindo que se apresentem provas para todas as alegações. Sendo assim, está prevalecendo a jurisprudência, demonstrando que somente alegar não é suficiente; é necessário comprovar. Com esse mesmo entendimento, defende Flávia Danielle Santiago Lima (2008, p. 3):

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos

sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Portanto, a Teoria da Reserva do Possível constitui-se como uma defesa da Administração Pública, baseando-se na alegação de não ter recursos para uma efetiva prestação de um direito. Mas para essa teoria ser aceita nos processos judiciais, a Administração Pública deve comprovar que não é possível atender tal direito por não ter orçamento e deve demonstrar que os orçamentos foram feitos de forma correta.

É preciso, assim, que tais órgãos planejem o orçamento, controlem as despesas para que possam efetivar os direitos sociais.

3.3. Teoria do Mínimo Existencial

A Teoria do Mínimo Existencial traz busca de igualdade, de proporcionalidade de forma que as condições mínimas sejam garantidas a todos os cidadãos. A dignidade do ser humano deve ser resguardada e o Estado deve dar o mínimo para que a pessoa possa viver com dignidade. Conforme descreve Ricardo Lobo Torres (2005, p. 375), é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Assim, o Mínimo Existencial é uma prestação mínima que o indivíduo precisa para sobreviver e que deve ser prestada pelo Estado através de políticas públicas e de ações que garantam esse direito. A não garantia do Mínimo Existencial fere a Dignidade Humana e interfere diretamente em outros direitos, pois a Dignidade Humana é o alicerce e ponto de partida para o alcance desses direitos.

Deve haver um equilíbrio entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. Os Tribunais têm entendido que a Teoria da Reserva do Possível não impede a aplicação das garantias fundamentais. Por essa razão, o Poder Público deve garantir o Mínimo Existencial, que são os direitos mínimos.

Esses direitos mínimos devem ser garantidos por políticas públicas realizadas pelo Estado, que deve fazer um orçamento na busca da concretização dos Direitos Fundamentais para a sociedade. E esses direitos devem ser resguardados para todo cidadão, não havendo distinção de raça, cor, sexo ou credo; devem atender, assim, a coletividade.

3.4. Solidariedade Passiva dos Entes Públicos

Conforme está disposto no artigo 23 da Constituição Federal, há uma competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios; não excluindo a competência de nenhum Ente, de forma que todos são solidários para assegurar o Direito à Saúde. Os Tribunais Superiores não têm dúvida sobre a competência comum dos Entes, havendo assim solidariedade entre eles. Essa solidariedade deve buscar a aplicação das políticas públicas, para se chegar a um fim, que será a efetivação da Saúde na sua integralidade. Segundo José Afonso da Silva (2007, p. 273):

O significado da expressão competência comum é de que a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra—até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviço à população.

Existe, portanto, uma competência comum entre os Entes. Sendo assim, havendo necessidade, o cidadão poderá recorrer ao Poder Judiciário, para que seu Direito à Saúde seja assegurado com o mínimo de dignidade. Como está descrito no artigo 23 e também no artigo 198 da Constituição Federal de 1988:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

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.

§1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Há uma discussão em relação às políticas públicas já implantadas que repartem as competências. Entretanto, essa divisão não pode ser entendida como uma imposição, mas como um modo de executar com mais facilidade o que está determinado pela Constituição Federal, evitando dificuldades no cumprimento.

As jurisprudências dos Tribunais, tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça, também são pacíficas:

EMENTA: CONSTITUCIONAL AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. 2. Ressalva da posição pessoal em sentido contrário, manifestada em voto proferido na 1ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 888975/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel.p/Acordão Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 22/10/2007). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF-ARE:803274 MG, Relator: Min.Teori Zavaski, Data de Julgamento: 13/05/2014, SegundaTurma, data de Publicação: DJe-101 DIVULG 27-05-014 PUBLIC 28-05-2014).

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO DA UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DSITRITO FEDERAL. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE DO MEDICAMENTO. SUMULA 7/STJ. 1. É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. Dessa forma, qualquer um destes entes tem legitimidade ad

causam para figurar no polo passivo da demanda. Agravo regimental improvido (STJ-AgRg no AREsp: 476326 PI 2014/0036282-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de julgamento: 01/04/2014, T2-SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/04/2014).

Percebe-se que há uma solidariedade entre os Entes, e todos são responsáveis pela prestação dos serviços de Saúde. Se esse direito não for garantido com o mínimo de dignidade, o cidadão poderá requerer que seja efetivado por qualquer ente da federação, porque são responsáveis solidariamente.

4. DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A Judicialização, no contexto democrático contemporâneo, traduz-se na expressão de reivindicações que os cidadãos e instituições fazem para a garantia dos direitos e da cidadania amplamente afirmados nas leis. Essas reivindicações ocorrem por meio do Poder Judiciário, que intervém para que possam ser garantidos esses direitos. Esse fenômeno envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários.

Trata-se de uma mudança de atuação, que deveria ser realizada pelo Poder Executivo ou até mesmo pelo Legislativo, e que, na realidade, está sendo cumprida pelo Poder Judiciário, quando o cidadão se socorre, entrando com uma ação judicial. Como descreve Alexandre de Moraes (2008, p. 82):

O inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Portanto, sempre que houver violação do direito, o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, será chamado a intervir e aplicar o direito ao caso concreto.

O Poder Judiciário tem o dever, no caso de violação ou não cumprimento de algum direito, de intervir para que a Constituição possa ser cumprida na sua integridade e para que o cidadão tenha suas garantias constitucionais garantidas.

Na visão de Eros Roberto Grau, o Poder Judiciário é o último aplicador do direito. Isso quer dizer que se todos aqueles que são competentes para legislar e para aplicar a lei, como o Poder legislativo e o Executivo, não o fizerem ou até mesmo não aplicarem corretamente o que está previsto, o Poder Judiciário poderá interferir para que seja cumprido o que está na lei. Segundo Eros Roberto Grau (2004, p. 335),

O Poder Judiciário é o aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo - de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo.

Nas últimas décadas, o vínculo do Direito com a Saúde intensificou-se por meio da consolidação de jurisprudências e da intervenção do Poder Judiciário na gestão de Saúde, inclusive no que se refere à Assistência Farmacêutica.

O processo judicial, individual e coletivo, contra os Poderes Públicos teve início na década de 90, com as reivindicações de pessoas portadoras de HIV/Aids solicitando medicamentos e procedimentos médicos. Essas reivindicações fundamentam-se no Direito Constitucional à Saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à Saúde individual, de forma integral, universal e gratuita no Sistema Único de Saúde (SUS), sob a responsabilidade conjunta da União, dos Estados e dos Municípios

Pode-se dizer que a Judicialização tem três causas, a saber: redemocratização, constitucionalização abrangente e sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

A redemocratização pode ser entendida como uma mudança que ocorreu com a entrada em vigor da Constituição de 1988. O Judiciário deixou de ser um departamento e passou a ser um Poder, que tem como uma de suas competências resguardar a Constituição e o seu cumprimento. Com a redemocratização, os cidadãos passaram a ter mais informações sobre seus direitos. Outra mudança foi a ampliação da atuação do Ministério Público, que antes atuava mais na área penal. Também houve um aumento na atuação da Defensoria Pública, que foi estendida para os cidadãos que não têm condição econômica para pagar um advogado particular.

A constitucionalização abrangente refere-se ao fato de a Constituição de 1988 prever, em seu texto, direitos que antes eram descritos apenas em leis. Isso proporcionou maior proteção para os direitos fundamentais, que agora são garantidos na Carta Magna e são dotados de maior abrangência e garantia.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade dispõe que todas as leis criadas devem estar de acordo com a Constituição Federal. Caso não estejam, o Juiz ou Tribunal poderá deixar de aplicá-las. Assim, todas as leis, antes de entrarem em vigor, devem passar por um controle de constitucionalidade, para verificar se não há nada em desacordo com a Constituição.

O Poder Judiciário não pode criar normas nem Políticas Públicas. Mas cabe a ele garantir a efetivação das normas e das políticas, de forma que os cidadãos tenham seus direitos resguardados, quando estes não forem observados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

4.1. Intervenção do Poder Judiciário na efetivação da Saúde

Com a Constituição de 1988, o ordenamento jurídico passou por um processo de evolução. Antes, não havia meios para a efetivação dos direitos, o conteúdo era meramente programático. Mas, com a Constituição, foi instituído o Estado Social e Democrático de Direito, e o que está positivada na Carta Maior passou a ser resguardado e ser um direito subjetivo, que é um atributo da pessoa que faz do sujeito garantidor de direito e deveres, e que deve ser protegido e garantido por todos os Entes da Federação.

Diante dessa evolução, os cidadãos titulares de um direito que não for cumprido ou não for efetivado por uma ineficiência do Poder Executivo, podem buscar amparo no poder público para que seu direito possa ser prestado com um mínimo de dignidade.

A Constituição traz como um direito social o Direito à Saúde, conforme está disposto no artigo 6º:

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.

O Direito à Saúde está ligado ao Princípio da Dignidade Humana e também ao Princípio do Mínimo Existencial, que diz respeito ao mínimo que o cidadão precisa para viver bem e com dignidade. Constitui-se como um dever do Estado, no âmbito de todos os poderes. Cabe ao Poder Legislativo legislar e dar amparo para que esse direito possa ser efetivado; ao Poder Executivo executar as leis; e ao Poder Judiciário verificar se o direito está sendo efetivado.

Mas sobre o assunto há divergências. Questiona-se se o Poder Judiciário pode ou não tomar uma decisão que obriga outro Poder a cumprir uma sentença. Por exemplo, se deve ser fornecido um medicamento, tratamento, vaga em hospital, cirurgia, dentre outros procedimentos. E também questiona-se em que medida é justo a União, Estado ou Município, mesmo não tendo verba para cumprir uma decisão, e com isso tem-se a alegação da Reserva do Possível, deva destinar verbas a um medicamento ou tratamento caro que favoreça a uma única pessoa em detrimento de aplicar esse mesmo valor a um hospital, por exemplo, que atenderia várias pessoas.

O Direito à Saúde é de extrema importância por ser um direito social que se aplica a todos os cidadãos. Porém, na prática, esse direito constitucional não vem sendo assegurado na sua totalidade, o que leva os cidadãos a recorrerem ao Poder Judiciário para o seu cumprimento. E cabe a esse Poder interferir, verificando se o Direito está sendo cumprido e se as Políticas Públicas estão sendo cumpridas, conforme descreve Kellen Cristina de Andrade Avila:

(...) Ou seja, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim a responsabilidade de garantir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias. Dessa forma, exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente possa controlar a ineficiência das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciarem dos fins almejados pela Constituição. (AVILA,2013).

Dessa forma, o Poder Judiciário deve intervir para o cumprimento do Direito à Saúde, buscando a efetivação dos direitos garantidos na Constituição Federal. Deve exigir que o Poder Legislativo e o Poder Executivo cumpram o que está disposto na Lei Maior, para que a sociedade possa ter o mínimo de dignidade.

É relevante salientar que a não observância do Direito à Saúde interfere diretamente no Direito à Vida. E já que esses são direitos positivados, o Poder Judiciário deve resguardar o seu cumprimento.

4.2. Separação dos Poderes

Com o surgimento de um Estado Moderno, houve a necessidade da separação dos Poderes, passando de um Estado Absolutista, que estava concentrado nos monarcas, para o Liberalismo Constitucional. Essa separação foi implementada como uma forma de distribuir responsabilidades e também como uma forma de proteção para os Direitos Fundamentais. Conforme descreve Nelson Saldanha, (1987, p. 122-113):

A separação dos poderes, na concepção clássica, era vista como uma garantia. A divisão garantia que se evitasse a concentração de atribuições, e conseqüentemente, um governo autocrático. A separação, como fundamento da ordenação constitucional clássica, protegia os súditos contra o arbítrio do soberano e lhes oferecia uma visão clara das competências de cada órgão.

Desde a Constituição de 1824, no Brasil, tem-se adotado o Princípio da Separação dos Poderes. Mas essa Constituição era imperial e a divisão era feita em quatro poderes: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. Essa separação quadripartida estava muito distante da separação clássica, a tripartida. Nessa divisão, o Rei detinha o poder, que era inviolável e sagrado; prevalecia, assim, a vontade do rei. Conforme podemos citar Elival da Silva Ramos (2005, p. 173-174):

[...] Isso não significa, contudo, que não existia nenhuma forma de controle da constitucionalidade das leis sob o domínio da Constituição de 1824. Havia sim o controle político preventivo que ao Imperador, no exercício indelegável do Poder Moderador, cabia manejar no bojo do processo legislativo (art. 62 e 101, III), podendo recusar sanção aos projetos aprovados pelas duas Casas da Assembleia Geral, em formula genérica que abarcava, por certo, razões de inconstitucionalidade.

Assim o Imperador detinha o poder em suas mãos, não tendo uma separação de poder justa, mas o Poder do Rei era indelegável, sagrado e inviolável.

A Constituição posterior à Imperial, a de 1891, não favorecia mais esse formato na forma de Monarquia, já que o governo passou ao Presidencialismo. Houve a tripartição dos Poderes em: Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo todos dependentes e harmônicos entre si. Também houve a divisão de competências entre a União, Estado, Município e Distrito Federal para não sobrecarregar os Entes e não haver a monopolização do poder. O mecanismo de equilíbrio entre os entes denomina-se freios e contrapesos, que indica que o poder deve ser exercido de forma separada por cada ente, mas deve haver harmonia entre eles.

Essa Constituição esteve em vigência até 1934, ano em que foi promulgada a terceira Constituição do Brasil, que ficou vigente por apenas três anos. Mas o seu texto contemplava a forma tripartite, com algumas mudanças. Uma das mudanças diz respeito ao Poder Legislativo: o Senado não tinha mais ampla iniciativa legislativa, que passou a cargo da Câmara dos Deputados. O Senado tinha a função de coordenar os Poderes, manter a continuidade administrativa e ser competente em fazer valer as leis da Constituição.

No ano de 1937, o Presidente Getúlio Vargas outorgou um novo texto constitucional, que tinha influência nazi-fascista. Foi uma época de autoritarismo. Por essa Constituição, o Poder Legislativo era submisso ao Presidente da República e o Poder Judiciário podia declarar uma lei inconstitucional e fazer com que ela fosse extinta. O Senado foi substituído por um Conselho Federal, que era formado por representantes do Estado-Membro. Foi criado também um Conselho de Economia

para ajudar o Legislativo. Conforme descreve Elival da Silva Ramos (2005, p.190-191):

(...)ao invés de aperfeiçoar o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos legislativos e normativos em geral, cuidou o Constituinte estadonovista de estabelecer um mecanismo de controle político, a ser manejado pelo Presidente da República e pelo Parlamento, que permitia que fossem infirmadas as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de lei, após o seu trânsito em julgado. Referimo-nos, nesse passo, ao insólito parágrafo único do artigo 96 da Constituição de 1937, de acordo com o qual o Presidente da República podia submeter ao Parlamento as leis declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, no âmbito do controle difuso-incidental (...).

Com isso houve um retrocesso para o Estado Democrático, onde os Poderes eram submissos ao Presidente da República. Com a Constituição de 1946, voltou a Democracia e foi retomada a separação tripartida do poder, retornando a ideia de poderes harmônicos. Houve também a volta do sistema bicameral e a vedação expressa de exercício de funções estatais a um mesmo cidadão.

A Constituição vigente, promulgada em 1988, tem o nome de Cidadã por resguardar direitos dos cidadãos. Por meio dela, houve a reafirmação do Princípio da Separação dos Poderes. O Poder Judiciário teve reforçado o seu papel e aumentou o campo de atuação do Ministério Público.

Com a Separação dos Poderes não quer dizer que há um rompimento entre eles e nem mesmo uma relação de superioridade, uma vez que isso não é permitido pela Constituição vigente, que é democrática. Mas há uma forma de colaboração e harmonia entre eles, prevista no artigo 2º da Constituição. No artigo 60, §4º, inciso III, essa Separação foi apresentada como Cláusula Pétrea, não podendo ser suprimida ou retirada do texto constitucional. Conforme está descrito na Constituição Federal no seu artigo 2º,

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a Saúde como um dos Direitos Fundamentais. Sendo assim, havendo um direito mas não havendo instrumentos para que ele possa ser exercido, o cidadão pode recorrer ao Poder Judiciário para solucionar o impasse. O Poder Judiciário, por sua vez, não pode, querendo se eximir, alegar a Separação dos Poderes. O Judiciário deve decidir observando o Mínimo Existencial previsto na Lei Maior.

Verifica-se que os Poderes não se rompem, eles são ligados e harmônicos entre si. A atuação do Poder Judiciário é legítima porque ele tem como função proteger de lesão ou ameaça os direitos; não podendo a Separação de Poderes ser um impedimento para sua atuação em casos de omissão dos outros Poderes para efetivação do que está previsto na Constituição Federal. Os freios e contrapesos, por sua vez, auxiliam para que o Poder não fique somente nas mãos de um Ente e para que o cidadão possa ser amparado por todos os Poderes em harmonia.

4.3. Posicionamentos dos Tribunais

Os Tribunais têm sido unânimes nas decisões sobre a Judicialização da Saúde: tem prevalecido a Saúde como uma prerrogativa fundamental a que todos os cidadãos têm direito e esta deve ser resguardada com um mínimo de dignidade, não sendo empecilho a Separação dos Poderes, nem a alegação da Reserva do Possível para o seu não cumprimento.

A Separação dos Poderes não é empecilho porque, se o Poder Legislativo ou o Executivo não estiverem cumprindo suas competências, deve o Poder Judiciário, como garantidor da Constituição, resguardar o seu cumprimento. E os Entes Federativos não podem se esquivar, alegando não serem responsáveis, uma vez

que, conforme já verificado, há uma solidariedade entre eles, sendo todos responsáveis, pelo cumprimento da Constituição.

Para que seja alegada a Reserva do Possível, devem ser comprovadas, por meio de provas, todas as alegações que estão sendo feitas. Não basta apenas os Entes Federativos alegarem não ter dinheiro para um determinado tratamento; ele deve comprovar, porque a Saúde constitui um Direito Fundamental e, nessa condição, deve ser resguardado.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos acórdãos que foram julgados, apresenta decisões pacíficas:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE. ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DEVER DE DISPONIBILIZAR O MEDICAMENTO PLEITEADO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Especificamente, como forma de consecução da política pública de saúde, estabelece a Lei Federal nº. 8.080/90 a sua instituição de forma padronizada, de modo a atender a critérios de igualdade e racionalização da utilização dos recursos. Daí a formulação de listas de medicamentos postos à disposição dos cidadãos, a fim de orientar a prestação da assistência farmacêutica. 2. Não obstante, é certo que existirão situações em que o medicamento disponibilizado pelos entes não será adequado ou eficaz com relação ao quadro clínico do cidadão, o que dá ensejo a demandas como esta. Todavia, não se devem desprestigiar os critérios técnicos e políticos do administrador, que orientaram a escolha de determinados insumos para serem disponibilizados à população, salvo se, no caso concreto, existir prova da ineficácia ou inadequação do fármaco previsto na lista padronizada ou, a depender da ponderação dos princípios envolvidos - efetivação do direito à saúde, garantidor da dignidade da pessoa humana, versus racionalização orçamentária, denominada reserva do possível - houver relevantes razões para o fornecimento do equipamento pleiteado. 3. Se o indivíduo comprova a necessidade do fármaco pleiteado, e o ente não produz qualquer prova séria quanto à escassez financeira da Administração ou à existência de alternativa terapêutica disponível pelo SUS, impõe-se analisar a questão sob a vertente positiva do direito à saúde ainda que em sede de juízo prelibatório. (TJ-MG - AI: 10000170426506002 MG, Relator: Bitencourt Marcondes Data de Julgamento: 17/09/0017, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/09/2017).

Nessa decisão, foi negado o recurso. O relator, com base no Princípio da Dignidade Humana, apoiou-se no Mínimo Existencial para que a pessoa viva com dignidade. Foi alegada, para não cumprir essa obrigação, a Reserva do Possível, porém não foi

aceita, uma vez que deve ser comprovada a inexistência de recursos para que o Estado não efetive esse direito constitucional, que é garantido a todos os cidadãos.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE. ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DEVER DE FORNECIMENTO DO INSUMO PLEITEADO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O direito à saúde insere-se no rol dos direitos sociais - direitos fundamentais de segunda geração - apresentando uma dupla vertente: de um lado, consubstanciam-se em mandamentos de natureza negativa, impondo à coletividade o dever de abstenção de atos que frustrem sua efetivação; por outro, apresentam-se como exortação a um Estado prestacionista para fomentar a implementação de prestações positivas. 2. Com o objetivo de racionalizar a atuação estatal, a Administração tenta estabelecer diferentes eixos de atribuições para cada um dos entes federados. O que se observa, em regra, é que a União tende a assumir atribuições mais genéricas e diretivas, as quais se tornam mais específicas em relação aos Estados e mais ainda em relação aos Municípios. 3. Essa repartição inter-federativa de atribuições não repercute, contudo, na legitimidade ou na obrigação da prestação de assistência à saúde, como vem reiteradamente decidindo o STJ, não se podendo exigir do cidadão que navegue o tortuoso caminho da repartição de competências entre os entes federados para obter a prestação que necessita. Precedentes: Resp. 999.693 e Resp. 996.058. 4. Não se devem desprestigiar os critérios técnicos e políticos do administrador, que orientaram a escolha de determinados medicamentos para serem disponibilizados à população, salvo se, no caso concreto, existir prova da ineficácia ou inadequação daqueles previstos na lista padronizada ou, a depender da ponderação dos princípios envolvidos - efetivação do direito à saúde, garantidor da dignidade da pessoa humana, versus racionalização orçamentária, denominada "reserva do possível" - houver relevantes razões para o fornecimento do fármaco especificamente pleiteado. 5. Desse modo, se o autor se desincumbe do ônus de comprovar a necessidade e imprescindibilidade do medicamento ou insumo pleiteado, e o ente não produz qualquer prova séria quanto à escassez financeira da Administração ou à existência de outros pacientes com demanda semelhante e direito de precedência em relação ao paciente, impõe-se analisar a questão sob a vertente positiva do direito à saúde. 6. Constatada a necessidade do insumo pleiteado para garantia da saúde e integridade física da parte autora, a confirmação da decisão que deferiu a tutela de urgência é medida que se impõe. (TJ-MG - AI: 10000160696001001 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 13/12/0016, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/12/2016).

O Direito à Saúde está no rol dos Direitos Fundamentais, sendo um direito social que o Estado deve garantir e, ao mesmo tempo, constitui-se como um dever prestacional do Estado, que deve fazê-lo cumprir por meio de políticas públicas e por uma distribuição melhor das receitas. As decisões do Superior Tribunal de Justiça estão também sendo unânimes em relação à Judicialização da Saúde:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. MULTA DIÁRIA. REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem consignou que "é de ser mantida a multa diária fixada pelo juízo de primeiro grau (R\$ 1.000,00/dia de descumprimento), posto que ao Estado não interessa o recebimento da multa, mas sim o cumprimento efetivo, a tempo e modo, da obrigação de fazer, consistente no custeio do serviço de atendimento médico domiciliar solicitado". 2. Rever o entendimento do Tribunal de origem, quanto à redução da multa diária, implica o reexame das provas dos autos, o que é defeso em recurso especial, conforme disposto na Súmula 7/STJ.3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1077861/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 20/10/2017)

O Direito Fundamental deve ser garantido a todos os cidadãos. Não sendo, o Poder Judiciário deve punir o Estado pelo descumprimento da decisão que obriga a prestação desse direito. Sendo assim, o Poder Judiciário pode interferir quando aqueles que teriam o dever prestacional não cumprem suas funções. Quando o Poder Judiciário é acionado, verifica-se se não está sendo cumprido o que está previsto na Constituição ou se está sendo cumprido em parte. Esse Poder, então, pode intervir para que a Constituição seja cumprida em sua totalidade e seja resguardado o direito do cidadão.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSA DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. ENTENDIMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. PRECEDENTES DO STJ. 1. Conforme entendimento desta Corte Superior, não há falar em sobrestamento de recurso por tratar-se de matéria repetitiva quando não superado o juízo de admissibilidade recursal. Precedente: "Não se cogita do sobrestamento do feito para aguardar a solução da questão de mérito submetida ao rito dos recursos repetitivos, quando o apelo não ultrapassa os requisitos de admissibilidade" (AgRg nos EREsp 1.275.762/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 3/10/2012, DJe 10/10/2012). 2. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de que, nas ações que versem sobre fornecimento de medicamentos, quaisquer dos entes federativos possuem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo da demanda, haja vista a responsabilidade solidária a eles atribuída pelo funcionamento do Sistema Único de Saúde. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1098653/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017).

No acórdão, consta mais uma decisão em que os Entes são solidários, compartilhando responsabilidade, e podem ser demandados, se for verificado algum descumprimento do direito. Assim, qualquer ente pode configurar como parte no polo passivo da demanda.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO FORA DA LISTA DO SUS. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO EM AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 2. O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. 3. Não consta da petição de recurso extraordinário a alegação de que o medicamento não consta na lista da Anvisa, sendo suscitada somente nesta via recursal. Constitui-se, portanto, em inovação insuscetível de apreciação neste momento processual. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973. (RE 939351 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 11-10-2017 PUBLIC 13-10-2017).

O Supremo Tribunal Federal tem autorizado a intervenção do Poder Judiciário em demandas que se referem ao Direito à Saúde, porque o Judiciário deve resguardar o cumprimento da Constituição, fazendo intervenções quando for necessário.

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo e Processual Civil. Direito à saúde. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Ação civil pública. Limites territoriais da eficácia da decisão. Repercussão geral. Ausência. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal. 2. O Supremo Tribunal Federal, no exame do ARE nº 796.473/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 21/10/14, concluiu pela ausência de repercussão geral da questão relativa aos limites territoriais da coisa julgada, tendo em vista a execução de sentença proferida em ação civil pública, dado seu caráter infraconstitucional. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve fixação prévia de honorários advocatícios na causa. (RE 1021895 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 19-10-2017 PUBLIC 20-10-2017).

Nesse acórdão, está sendo alegado que o Estado não pode se eximir de cumprir um dever. E, se esse dever não for cumprido, cabe ao Poder Judiciário impor que ele cumpra suas funções e garanta o Mínimo Existencial para que o cidadão possa viver com dignidade.

Portanto, constata-se que o Poder Judiciário pode interferir para que a Constituição seja cumprida quando houver algum descumprimento, seja ele total ou parcial. Esse Poder deve resguardar o direito do cidadão para que todos possam ter acesso a ele com igualdade e sem distinção, respeitando o Mínimo Existencial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Constituição de 1988, houve grandes conquistas na área da Saúde. O texto constitucional reconhece o Direito à Saúde e dispõe sobre a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS). Porém, essa implantação não foi suficiente para garantir a assistência necessária aos cidadãos, seja por falta de recursos, seja pela má utilização deles.

Em alguns Municípios, mesmo estando garantido pela Constituição, o Direito à Saúde ainda não está totalmente efetivado, sendo necessária que seja garantido por outros agentes, como políticos da localidade, ONG's, e pela intervenção judicial. Sem esses agentes, os cidadãos estariam desamparados em relação a esse direito.

Os Direitos Humanos, por sua vez, pregam que todas as pessoas devem ter acesso aos Direitos Fundamentais, dentre eles a Saúde, independente de cor, raça, sexo ou credo.

Constatou-se, por meio deste trabalho, que garantir a todos esse acesso à Saúde sem distinção e com isonomia é complexo, pois envolve tanto o bem-estar físico, social como também o direito de não ficar doente. Ou seja, além de tratamento para os problemas de Saúde, há que se implantar políticas de prevenção de doenças. Essas políticas de prevenção devem ser garantidas por meio da conscientização de cada indivíduo da sociedade.

Por outro lado, se os cidadãos estiverem conscientes de seus direitos, poderão reivindicar melhorias. Uma sociedade consciente, que luta por seus direitos, pode afetar a posição do Estado, que pode ver-se forçado a fazer melhor distribuição do orçamento para atendimento da população no quesito Saúde.

A Judicialização da Saúde tornou-se uma peça importante para a efetivação do Direito à Saúde. É dever do Estado garantir a todos uma Saúde de qualidade, mas não sendo cumprida ou cumprida em parte essa prerrogativa, cabe ao cidadão reivindicar esse direito através do Judiciário, que, constatando violação do direito constitucional, deve agir, para que uma garantia prevista na Lei Maior não seja violada.

O Estado tem o dever de oferecer os mecanismos para que sejam resolvidos os problemas relacionados à Saúde. Deve-se buscar uma responsabilização do Estado para que possa cumprir com sua função, que é garantir o mínimo de Saúde para que todo indivíduo possa viver com dignidade. Também é dever do Estado distribuir melhor os recursos, contemplando melhorias para a saúde no orçamento. Faz-se necessário também uma conscientização da sociedade em preservar a Saúde, buscando formas de melhorar a sua qualidade de vida.

A Separação dos Poderes não pode ser uma justificativa para o não cumprimento devido da Saúde. Vemos através do entendimento dos Tribunais que o Princípio da Dignidade Humana está sobreposto à Separação dos Poderes, sendo assim os Entes Federativos não podem alegar que o Poder Judiciário não pode interferir nos outros Poderes, com a justificativa de não ser de sua competência. O Poder Judiciário é responsável por resguardar a Constituição Federal e não sendo cumprida cabe a ele interferir, uma vez que a Saúde é um Direito Fundamental que deve ser resguardado a todos sem distinção.

A Saúde também reflete nos aspectos de desenvolvimento de um país. Assim, deve ser preocupação do Estado desenvolver medidas e programas que contemplem esse fator, levando ao cidadão maior qualidade de vida e dignidade.

Deve o Estado, ciente de que deve haver isonomia e igualdade de tratamento entre os cidadãos, resguardar o Direito à Saúde. Para isso, seria necessário que se fizesse melhor distribuição orçamentária, de forma a proporcionar maior quantidade de médicos no Sistema Único de Saúde(SUS), melhorias em hospitais públicos,

medicamentos para todos que não têm condições e políticas públicas de prevenção de doenças. Dessa forma, seriam garantidos os direitos previstos em lei e a Saúde dos cidadãos, em todos os aspectos, seria preservada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42130&seo=1>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERLINGUER, Giovanna. **Medicina e Política**. 3. ed. São Paulo: Hucited, 1987.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Dicionário de Política**. 2. ed. Torino: Editora UTET, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Declaração de Direitos do Homem e dos Cidadãos. **Evolução dos direitos humanos no mundo**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 29 out 2017.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1793. História dos direitos humanos no mundo. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. **Manual da ouvidoria geral da União**. 3. ed. Brasília: [s.e], 2006.

_____. Ministério da Saúde. **Conheça a história e como funciona oSUS**. Disponível em: <<http://www.sinmedrj.org.br/clipping/clip/sus.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **O SUS de A a Z: garantindo saúde nos Municípios**. Ministério da Saúde, Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde. 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

_____. Ministério da Saúde. OPAS/OMS. **Avaliação da Assistência Farmacêutica no Brasil: estrutura, processo e resultados**. Brasília, 2005 (Série Medicamentos e Outros Insumos Essenciais para a Saúde).

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ- **Agravo em Recurso Especial-476326/ PI**, Relator: Ministro Humberto Martins, Data Do Julgamento: 01/04/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 07/04/2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25038900/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-476326-pi-2014-0036282-0-stj/relatorio-e-voto-25038902>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ- **Agravo em Recurso Especial-1077861/PE**, Relator: Ministro OG Fernandes, Data de Julgamento: 17/10/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 20/10/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451454664/agravo-em-recurso-especial-arep-1077861-pe-2017-0070994-4>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ- **Agravo em Recurso Especial-1098653/PR**, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 21/09/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 27/09/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464619392/agravo-em-recurso-especial-aresp-1098653-pr-2017-0114308-0>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal STF- **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário-787314/RS**, Relato: Ministro Teori Zavascki, Data do Julgamento: 13/05/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 28-05-2014. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25100484/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-787314-rs-stf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal STF- **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário-787314/SC**, Relato: Ministro Dias Toffoli, Data do Julgamento: 29/09/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 20/10/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+1021895%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zzx5r8b>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal STF- **Recurso Extraordinário- 939351/DF**, Relator: Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 29/09/2017, Primeira Turma, Data de Publicação: PUBLIC 13-10-2017. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311054580/recurso-extraordinario-re-939351-df-distrito-federal-0011308-5620138070018>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG- **Agravo de Instrumento-10000170426506002/AI**, Relator: Bitencourt Marcondes, Data do Julgamento: 17/09/0017, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/09/2017. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501076267/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000170426506002-mg>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG- **Agravo de Instrumento-10000160696001001/AI**, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 13/12/0016, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/12/2016. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415998129/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000160696001001-mg>> Acesso em: 10 set. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais**. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2177>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

MARMELSTE IN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p.50.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 74-75.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 250-251.

MORAES. Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 82.

RAMOS, Elival da Silva. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. Tese apresentada à faculdade de direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao departamento de direito do Estado – área de direito constitucional. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.122-113.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. São Paulo: SENAC, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 3.Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 273.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ricardo L. **Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 09 out 2017.

_____. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Resende de. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.