

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E HUMANAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JULIANA SUSAN MARÇAL ROCHA

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

VILA BELA DA SANTÍSSIMA TRINDADE- MT

2020

JULIANA SUSAN MARÇAL ROCHA

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Monografia Jurídica apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Curso de graduação em Direito, da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT).

Orientador: Prof.º Irio Gonçalves Boraschi.

PONTES E LACERDA - MT

2020

JULIANA SUSAN MARÇAL ROCHA

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Monografia Jurídica apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Curso de graduação em Direito, da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT).

Pontes e Lacerda –MT, __ de __ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Titulação e Nome Completo Nota

Orientador: Prof. Titulação e Nome Completo Nota

Orientador: Prof. Titulação e Nome Completo Nota

À minha família e a todos aqueles que se entregam conscientemente, dedicadamente, por imperativos altruístas, à propagação e defesa dos valores da solidariedade, da liberdade, da justiça e da dignidade humana. Aos que choram pelos filhos com fome, frio e doenças. A estes e a todos os outros, que não há páginas para os recensar dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Com muito amor e gratidão eterna agradeço aos meus pais, Zelma F. Marçal, exemplo de mulher que trabalhou arduamente para que eu pudesse percorrer esse caminho, ao meu pai Antônio Carlos da Silva Rocha, que hoje descansa na glória ao lado do nosso Senhor Jesus Cristo, as minhas tias maternas Ivone, Vanda, Vilma e Zilma que sempre acompanharam e prestigiaram minha vida acadêmica, aos meus irmãos, primos e sobrinhos, Eliza Sophia, Maísa, Gabriele e Gabriel, alegria de nossas famílias.

Ao pensar em minha trajetória acadêmica, não poderia deixar de registrar aqui, também, meu muito obrigada, a meu orientador Professor Irio Boraschi, pelas sugestões e orientações científicas que me fizeram refletir, sinto-me grata pela confiança que depositou em meu trabalho e pelas discussões acadêmicas e conversas fraternas que, ao final levaram à realização dessa pesquisa.

Por fim, expresso imensa gratidão aos meus amigos pelo apoio e incentivo nos caminhos por mim trilhados.

“A política não se situa no polo oposto ao de nossa vida. Desejemos ou não, ela permeia nossa existência, insinuando-se nos espaços mais íntimos”.

(Angela Davis)

RESUMO

O presente trabalho monográfico, pauta-se na análise jurisprudenciais de julgados a respeito de ações com a matéria de acesso à saúde. Partindo do conceito de saúde, presente no estatuto da OMS, em que entende a saúde como sendo “o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”, estudamos e analisamos o direito à saúde dentro do ordenamento jurídico. Para tal, foi necessário fazer um percurso histórico do conceito, assim como o modo em que Estado promove este direito social à população brasileira. Dessa forma, é notória a evolução das políticas públicas e da atuação do judiciário para garanti-la a todos que dela carecem. Pois, ao considerar a condição socioeconômica da população no país, entendemos a necessidade da intervenção estatal para a garantia efetiva da acessibilidade gratuita à saúde, no entanto diante das análises feitas das jurisprudências presenciamos o conflito entre um direito constitucionalmente garantido e as ações do Estado quando da interferência do Poder Judiciário em julgar procedente os pedidos de tutelas de urgências que visam o cumprimento dos artigos 6º e 196 da CF/1988. Para a realização desse estudo, recorremos a leituras de pesquisas feitas na área, em decisões majoritárias da suprema corte, dentro do período de 2010 a 2020, nesse ínterim, usamos para sustentação das abordagens os autores que seguem, Reynaldo Mapelli Júnior, Júlio César Ballerini Silva e Vanessa Rocha Ferreira e demais referenciados.

Palavras-chave: direito à saúde; direitos sociais; sistema de justiça; tutela de urgência;

ABSTRACT

This monographic work is based on the jurisprudential analysis of judgments regarding actions related to access to health. Based on the concept of health, present in the WHO statute, in which health is understood as being “the state of complete physical, psychological and social well-being”, we study and analyze the right to health within the legal system. For this, it was necessary to make a historical journey of the concept, as well as the way in which the State promotes this social right to the Brazilian population. Thus, the evolution of public policies and the performance of the judiciary to guarantee it to all who need it is notorious. Because, when considering the socioeconomic condition of the population in the country, we understand the need for state intervention to effectively guarantee free access to health, however in view of the analysis made of the jurisprudence we witness the conflict between a

constitutionally guaranteed right and the actions of the State when the interference of the Judiciary Branch in upholding requests for emergency relief seeking compliance with Articles 6 and 196 of the Constitution / 1988. To carry out this study, we resorted to readings of research done in the area, in majority decisions of the supreme court, within the period from 2010 to 2020, in the meantime, we use the following authors to support the approaches, Reynaldo Mapelli Júnior, Júlio César Ballerini Silva and Vanessa Rocha Ferreira and others referenced.

Keywords: right to health; social rights; justice system; urgent protection;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	10
1.1 HISTÓRICO	10
1.2 O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	11
1.3 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE.....	13
1.4 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE.....	14
2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	
2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.....	15
2.2 TUTELA ESPECÍFICA DO DIREITO À SAÚDE.....	16
3 DIREITO À SAÚDE: GARANTIA E PROTEÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO	17
3.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	22

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é apresentar o direito à saúde como resultado do direito à vida. Analisando a garantia desse direito pela via judicial, tratando da acessibilidade do direito à saúde e da responsabilidade estatal na realização desse direito, observando os direitos humanos e as normas constitucionais e legais em vigor no Brasil.

Visa-se identificar problemas relacionados à judicialização desse direito a partir das correntes, investigando as exposições doutrinárias que se completa com invocação de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal que apontam a responsabilidade do Estado na efetivação do direito à saúde nos casos individuais trazidos à apreciação do Judiciário.

Para alcançar a finalidade, o trabalho foi dividido em três seções. Na primeira, procura-se apresentar as origens do direito à saúde, sua natureza jurídica e o consequente conceito. Na segunda, são trazidas algumas reflexões a respeito da judicialização da saúde e a prática do instituto da tutela de urgência existente na doutrina brasileira. E, na terceira seção, busca-se apontar alguns aspectos relevantes sobre os fundamentos utilizados pelo STF, a respeito da judicialização de políticas públicas, em relação ao dever do Estado e a necessidade do autor.

Não há pretensão, com estas linhas, de se esgotar o tema, cuja complexidade é incontestável. Busca-se, apenas, trazer alguns argumentos para viabilizar discussões.

No que tange ao método utilizado para a pesquisa foi a proposta do raciocínio dedutivo, partindo-se de generalizações ou premissas já aceitas para casos ou fenômenos concretos, fazendo uma análise normativa do direito à saúde.

Para demonstração da relação lógica entre a conclusão e as premissas, analisou-se as correntes favoráveis e contrárias, ao posicionamento na suprema corte. Em seguida utilizo-me, especialmente de julgados da corte para analisar os acórdãos em que se verifica o entendimento do STF, no tangente a realização do direito à saúde.

Por fim, destaca-se a importância desta pesquisa em atingir o plano concreto para permitir uma crítica a atuação dos poderes, sob argumento de que o direito à saúde é condição básica para o exercício dos demais direitos fundamentais.

1 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

1.1 HISTÓRICO

A eclosão da Revolução Industrial e o compromisso com a melhoria de questões sociais culminaram na Revolução Russa de 1917, o que configurava a possibilidade de uma ruptura do Estado Liberal. Apoiado pela Burguesia, esse movimento pregou ideais com a finalidade de afastar os trabalhadores da revolução, a partir do surgimento do Estado Social ou Estado do Bem-Estar.

Essa forma de Estado foi uma resposta às novas questões sociais surgidas a partir da Revolução Industrial, ante a incapacidade do Estado Liberal de solucionar os novos problemas trazidos pela crescente transformação do sistema capitalista, de acordo com José Afonso da Silva¹, este novo Estado surge diante da necessidade de se aprimorar o liberalismo, pois, a intervenção estatal para a valorização de direitos coletivos, tornou-se de suma importância para a adaptação de novas estruturas políticas, econômicas e sociais da época.

Dessa forma, destacam-se as suas principais características: o forte intervencionismo estatal na sociedade civil, atuando em diversos setores, tais como a economia e o mercado e na promoção e garantia dos direitos sociais. É importante perceber que o papel do Estado é ampliado para assegurar direitos que ultrapassam a condição individual do ser humano. O Estado passa a prestar um grande número de serviços públicos com o intuito de promover a justiça social, tentando assegurar a equidade entre as pessoas, no acesso aos bens e serviços.

O surgimento do Estado social encerra exigências concretas do particular frente ao poder público e faz referência ao dever que tem a administração de assegurar o bem-estar da sociedade através da igualdade material. Esse Estado social se justifica historicamente por tentar reduzir as desigualdades materiais existentes entre os seus cidadãos, em regra, submetidos a leis de mercado que costumam gerar grandes desigualdades sociais.

1.2 O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A cláusula de Estado Social foi acrescentada na maioria das Constituições após a II Guerra Mundial. Ao conquistar a independência, o Brasil passou a contar com um sistema

¹ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 116-115.

jurídico próprio, tendo como marco da história constitucional brasileira, a promulgação da Constituição Imperial de 1824².

O texto da constituição política do Império do Brasil, foi confeccionado em período em que a população tinha baixa expectativa de vida, com grandes índices de mortalidade infantil, no entanto, não previa o direito à vida ou à saúde, estes não foram contemplados na categoria de direitos fundamentais, notadamente no disposto no art. 179, as garantias fundamentais estavam localizadas ao lado das disposições transitórias e eram tratadas sem relevância alguma para exigir uma atuação positiva do Estado.

Alguns autores evidenciam através da expressão “socorros públicos”, no inciso XXI do referido artigo 179, a inserção da proteção, ainda que precária, de um direito à saúde, seria a prestação de assistência social inerente aos deveres do Estado monárquico então vigente.³

Buscando uma melhor compreensão, *o caput* do artigo somente se refere à proteção da liberdade, segurança individual e propriedade dos “cidadãos”, portanto não incluía expressamente o direito à vida como um *sobreprincípio*. Os direitos fundamentais eram limitados a um grupo de pessoas, os chamados “cidadãos” que disputavam o poder político após o fim do regime português, especialmente os escravocratas, que temiam revoltas da população escrava, havendo fortes interesses econômicos para que esses grupos ficassem de fora da proteção jurídica do Estado, naquele contexto somente as pessoas incluídas no artigo 6^a do referido diploma legal, poderiam ter a pretensão de invocar tais tutela em juízo.

Não obstante a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, continuou a não reconhecer o direito à vida ou à saúde. O mesmo ocorreu com a Constituição de 16 de julho de 1934, a primeira Constituição a prever em seu texto os direitos sociais, no entanto igualmente silencia a respeito desses direitos e garantias individuais, porém abre caminho a uma interpretação mais ampla, eis que insere no *caput* do artigo 113, que estende os direitos e garantias individuais, não mais apenas aos cidadãos, mas também aos estrangeiros residentes no país.

Importa destacar que, doutrinariamente, a Constituição de 1934 vem sendo mencionada como a precursora da inclusão, no ordenamento pátrio, da proteção dos direitos de amplitude social, fruto da inspiração na Constituição de Weimar (Alemanha).⁴

² CAMPANHOLE, Hilton Lobo e CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas S/A, Brasil, 2000, p. 809-813.

³ BALERA, Wagner, apud RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde, de acordo com a constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin Brasil, 2.005, p. 137-139.

⁴ SILVA, Júlio César Ballerini, *Direito à Saúde na Justiça*, Leme, SP: Imperium Editora, 2020.

Conforme muito bem ressaltado por Daniel Sarmento:⁵ “As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho.”

A primeira lei a revelar a preocupação do Estado brasileiro com a questão da saúde foi a chamada Lei Elói Chaves, no plano infraconstitucional, que instituiu um seguro saúde previdenciário, sem pretender ser universal, pois era dirigida a uma pequena parcela da população que descontava parte de seu salário em *holerite*, tendo como contraprestação, a proteção de sua saúde pelo Estado.⁶

Mais tarde, surge a Constituição de 1946, uma nova ordem no país que trouxe através do art. 141, os direitos fundamentais do indivíduo. A carta política passou a prever o direito à vida, no entanto essa positivação não bastou para que o direito à vida fosse concretizado. A referida carta política deixou a cargo da União (art. 5º, inciso XV, alínea “b”), o dever de legislar sobre normas de proteção à saúde, a quem coube estabelecer importantes regulamentos para a política sanitária.

Nesta linha, a Constituição de 24 de janeiro de 1967, manteve o texto da carta política de 1946, no entanto, ampliou a competência para legislar em matéria de saúde aos estados, deixando de ser competência privativa da União. Nesse período surgiu o primeiro Sistema Nacional de Saúde, instituído pela Lei nº 6.229/75, em seguida o Decreto nº 94.657/87, criou o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, que descentralizou a gestão da saúde entre os Estados e os municípios.

Por derradeiro, com uma extensa lista de direitos fundamentais em seu corpo, que demonstra seu caráter pluralista, solidário e cidadão, a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, promulgada em 05 de outubro de 1988, elevou o direito à saúde ao status de direito fundamental, passando a tratá-lo como significado do direito à vida.

O direito público subjetivo à saúde passou a representar bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que

⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen

⁶ ELIAS, Paulo Eduardo. **A saúde como política social no Brasil**. Direitos Humanos – Visões Contemporâneas. São Paulo: Saraiva, Brasil, 2000, p. 62.

visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas preventivas e de recuperação, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar efetividade ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

Os marcos iniciais dessa mudança de paradigma, ocorreram entre as décadas de 1970 e 1980 e trouxeram a Reforma Sanitarista Brasileira, originada pela Conferência Nacional de Saúde. A CRFB, reconheceu à saúde como direito universal e igualitário de todos os cidadãos⁷, se faz necessário ainda, destacar a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, por meio da Lei nº 8.808/90, que expressou enorme resultados à função estatal em assegurar o pleno exercício do direito à saúde aos cidadãos.

O modelo institucional do SUS, deve ser espelho para a aplicação da lei ao caso concreto pelo juiz de direito, obrigatoriamente toda análise jurisdicional deve partir do modelo constitucional do SUS, não somente em razão dos princípios da Constituição de 1988 (dignidade humana, solidariedade, justiça social, direito à saúde etc.), mas também porque as regras constitucionais que desenharam as políticas públicas de saúde possuem imperatividade, devendo ser centrais na interpretação jurídica.

No novo paradigma constitucional, que se contrapõe ao antigo sistema de serviços fragmentados e contratados pelo Poder Público em comandos diversos, o conjunto de ações e serviços públicos de saúde federais, estaduais e municipais deve ser articulado para integrar uma rede regionalizada e hierarquizada que garanta a universalidade e a igualdade de acesso a tratamento, impedindo-se distorções e privilégios (art. 196, CF). A organização e a estruturação dos programas governamentais são pensados de forma articulada e pactuada que permite a constituição de um sistema único (art. 198, caput, CF).

1.3 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE

Como já elucidado anteriormente, a Constituição de 1988, proporcionou a possibilidade de se oferecer o bem-estar e a justiça social aos seus cidadãos, e, portanto, elencou no em seu art. 6º, um rol de direitos sociais voltados a amparar os indivíduos nas suas

⁷ LUCENA, Cintia. Direito a saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna** Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 247-259.

necessidades espirituais e materiais, de modo a resguardar-lhes um mínimo de segurança social, como exigência da própria dignidade humana.

O advento do constitucionalismo foi marcado por uma intensa preocupação com a normatização da relação entre o Estado e os indivíduos que integravam. Bem por isso, ao longo de seu desenvolvimento notou-se uma paulatina evolução dos direitos fundamentais. Num primeiro momento, preordenados à defesa das liberdades individuais, mas, em segundo momento, direcionados à proteção material destes, ou seja, voltados à consolidação de um propósito de diminuição das desigualdades.

Nesse cenário, surgem os direitos sociais, em especial o direito à saúde e é exatamente dele que tratamos neste verbete, procurando desvendar sua origem, natureza, conceito e características. Em primeiro lugar, devemos fixar que os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais, cujo objetivo é promover a adequada qualidade de vida a todos, colocando o ser humano “a salvo” da necessidade, promove uma “fundamentalização” dos direitos, uma vez que não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos ao ser humano, sem que um “mínimo vital” esteja garantindo à própria vida em sociedade.

A partir da concepção de um Estado Social, é que surgem os direitos sociais, intimamente relacionados ao princípio da solidariedade, denominados de direitos humanos de segunda dimensão ou “direitos de segunda geração”, considerados direitos de conteúdo econômico e social, que almejam melhorar as condições de vida e trabalho da população, exigindo do Estado uma atuação positiva, compreendendo o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação, entre outros.

Surgidos a partir de meados do século XIX, essa etapa conhecida como fase garantista, trata da conquista dos direitos sociais, econômicos e culturais (direitos coletivos), tem como referência o princípio da igualdade no sentido material, exigindo uma conduta proativa do Estado perante a sociedade para a realização da justiça social.

Os direitos de segunda geração, exigem do Estado a prestação de políticas públicas, tratando-se, portanto de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

Traçando um paralelo entre os direitos de primeira e segunda geração, George Marmelstein⁸ afirma que “os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo,

⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p 42.

possibilitar limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. 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.”

Seguindo os mesmos caminhos traçados pelo contexto acima relacionado, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet⁹ "(...) os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico."

Bonavides¹⁰ ao fazer referência aos direitos de segunda geração afirmou que "(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram atrelado ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula". Independentemente do ordenamento jurídico, patrocinando este a ideia de estado democrático de direito, há de se considerar como certamente existente, ainda que de maneira implícita, o direito a um mínimo vital.

Muito embora seja clara a noção de interdependência entre os vários direitos fundamentais, é importante ressaltar que a própria ideia de direitos inerentes à condição humana como o direito à saúde, gera a conclusão de que esta deve receber um mínimo de proteção material, sob pena de se desestruturar toda a lógica de formação desta categoria jurídica.

Diante disso, é possível reconhecer no direito à saúde a natureza de direito fundamental, pois caracteriza-se como prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição. Neste caso, o bem protegido é a própria vida.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2001. p. 49-50

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993

Ademais, a estreita relação que os direitos sociais guardam com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, evidencia sua importância para a construção da cidadania e a garantia de uma ordem jurídica justa. O princípio da dignidade da pessoa humana “constitui-se no direito prolífero por excelência” (Castro, 2003, p. 20), ensejando o surgimento de novos direitos que conquistaram o status de fundamentalidade constitucional. Assim, os direitos sociais “são também fundamentais, com todas as consequências dessa sua natureza” (Krell, 2002, p. 48-49).

Esse sentido de fundamentalidade do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196), promoveu indiretamente um maior acirramento entre os três Poderes. O Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos na CRFB, o que será objeto de nosso estudo do capítulo II.

1.4 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE

A delimitação conceitual dos direitos sociais não é uma tarefa simples, tampouco que comporte reducionismos, como o de traduzi-los singelamente como direitos prestacionais. São muitas as tentativas de conceituação do direito à saúde que não se trata simplesmente da ausência de doença.

Sueli Dallari¹¹ salienta que o atual conceito de saúde pública firmou raízes no período em que gregos e romanos tinham interesse pela busca do conhecimento, quando se construíram as primeiras políticas concretas de saneamento, que propiciaram o que hoje se conhece por Direito Internacional Sanitário, relativas a cuidados das cidades com os doentes pobres e de combate às epidemias pelo risco social. A autora destaca que as concepções da época, defendiam a aproximação com a natureza e valorizavam também o exercício físico ao ar livre como elemento essencial para uma vida saudável.

Em uma visão mais estreita e antiquada a saúde significava exclusivamente a ausência de doenças. o referido conceito teve preponderância na denominada “era terapêutica”, a qual teve início, conforme Márcia Faria Westphal, com a descoberta da insulina e sulfamidas, no anos 30. A partir de então até o princípio dos anos 70, “as políticas públicas em saúde, tanto no países desenvolvidos como naqueles em desenvolvimento, estiveram dominadas por essa orientação, concentrando as ações de saúde em grandes hospitais com super especialistas (Westphal, 2008).

¹¹ DALLARI, Sueli Gandolf. Direito sanitário. 2006, Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26843-26845-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

Nessa época, o conceito de saúde estava ligado apenas a medicina curativa e não trazia interfaces com outras vivências humanas. Essa definição, com a evolução do conhecimento científico mostrou-se incompleta, o que deu lugar a uma visão menos centrada no indivíduo e mais voltada à coletividade, ao meio ambiente e às interações humanas.

Sobre a necessidade de um conceito jurídico da saúde, pondera Reynaldo Mapelli Júnior¹², que é possível identificar a elaboração do conceito jurídico de saúde na legislação brasileira, o que deve ser entendido como a prestação de assistência terapêutica integral (art. 198, II, CF) a ser garantida pelas políticas públicas de saúde. Sergio Pinto Martins¹³ entende que o “o sistema de saúde deve abranger três categorias: prevenção, proteção e recuperação”, deste modo, o conceito de saúde ultrapassa a mera ausência de doença.

O conceito mais abrangente, preciso e objetivo está no preâmbulo da constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS)¹⁴, datada de 26 de julho de 1946, ao considerar como saúde "o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social". Reconhecendo sadia e saudável não apenas a pessoa que se apresenta em perfeitas condições de higiene física e mental, mas aquela que se acha integrada na convivência social, como elemento participante e receptivo dos benefícios da vida comunitária” sendo não só reconhecido como direito fundamental, mas também como um princípio basilar para a felicidade dos povos.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

A saúde constitui direito social, como já assinalado, estando circunscrita ao título constitucional de direitos e garantias fundamentais, voltado a amparar os indivíduos nas suas necessidades espirituais e materiais, de modo a resguardar um mínimo de segurança social, como parte da própria dignidade humana e, sendo este direito público subjetivo, portanto, pode ser exigido pelos instrumentos judiciais adequados, quando falte o Poder Público.

O tema da judicialização da saúde no Brasil vem sendo marcado pela radicalização de posicionamentos antagônicos. De um lado juristas que se utilizam de conceitos filosóficos

¹² Mapelli Júnior, Reynaldo. Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017. p 35-37..

¹³ MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 514.

¹⁴ Organização Mundial da Saúde <Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>

e da teoria geral do direito para defender a judicialização da saúde como uma forma legítima de concretização do direito social garantido pela Constituição Federal, pressupondo que a via judicial se justifica pelas omissões da Administração Pública. Flávia Piovesan¹⁵, representa bem esse pensamento jurídico tradicional, ao defender a judicialização da saúde como o “único meio” de garantir maior transparência e responsabilidade do Estado na garantia do direito à saúde.

De outro lado, juristas da saúde sanitarista especializados, argumentam desfavoráveis a judicialização da saúde, denunciando uma intervenção ilegítima do Poder Judiciário, que reconhece apenas direitos individuais, sem observar as consequências práticas das ordens judiciais nas políticas públicas, uma vez que pode representar uma ingerência sobre as prioridades das políticas sanitárias, causando aumento dos custos da saúde e a realocação de recursos.

No dizer de Reynaldo Mapelli Júnior¹⁶ “a judicialização da saúde no Brasil estaria se mostrando uma intervenção ilegítima e perniciosa do Poder Judiciário em setor para o qual não está preparado, pois geralmente são reconhecidos apenas direitos indivíduos e os juízes desconsideram por completo as políticas públicas. A falta de maior embasamento estatístico para fundamentar suas conclusões, tem possibilitado certa desconfiança na comunidade jurídica.”

Para essa corrente de juristas, quando uma ação é manejada pelo Ministério Público em benefício de um direito individual em vez de manejar uma ação coletiva em prol de todos os demais cidadãos que se encontrem na mesma situação fático-jurídica, o resultado é o aumento do número de processos em curso no Poder Judiciário, reduzindo, assim, a eficiência e a celeridade da prestação jurisdicional, com prejuízos, ainda, à isonomia.

A questão é contudo complexa, mas também a legislação ordinária e os atos normativos da Administração, tanto os propriamente administrativos quanto aqueles essencialmente públicos, oferecem critérios indispensáveis para orientar os magistrados nessas ações. De fato, a busca da satisfação dos direitos sociais no Judiciário parece sugerir uma ineficiência da atuação dos demais poderes, o que tem levado ao Poder Judiciário questões que antes não eram por ele tratadas, por serem consideradas questões políticas.

¹⁵ Piovesan, Flávia. *Temas de direitos humanos* – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012

¹⁶ Mapelli Júnior, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017. p 6-9.

Luís Roberto Barroso¹⁷ explica este fenômeno ao afirmar que “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, cujo âmbito se encontram no Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral”.

Neste contexto, o Judiciário tem assumido papel relevante na efetivação de direitos sociais, o que tem acarretado queixas dos demais poderes, que defende descabida essa interferência do judiciário em demandas que implicam decisões políticas e administrativas, alegando que essas ações afrontam o princípio da separação dos poderes (art. 2º, da CF).¹⁸

De todo modo, fato é que a realização do direito à saúde é extremamente custosa. Como afirma Alexy¹⁹, mesmo os direitos sociais ditos mínimos “quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros”. Este, claramente, é o caso do Brasil: um país em que os índices de concentração de renda são tão elevados que apenas uma pequena parcela pode recorrer a tratamentos pagos em hospitais particulares.

2.2 TUTELA ESPECÍFICA DO DIREITO À SAÚDE

Outro aspecto importante sobre a judicialização da saúde é a prática dos pedidos de tutela de urgência que se fundamentam no direito à saúde como garantia do mínimo existencial, nessa prática processual o direito à saúde está em óbvia simbiose, com o direito à vida, o que implica em dizer que grande parte das normas que disciplinam a questão deva ser tida como cogente ou de ordem pública, há em jogo evidente direito existencial, não diretamente patrimonial.

A conquista de direitos sociais, em especial o direito à saúde, na grande maioria das vezes, perpassa por uma longa batalha judicial entre o representante processual do substituído quer seja, a Defensoria, o Ministério Público, OAB e até mesmo o Poder Judiciário em face dos Estados e Municípios.

Sobre a tutela de urgência nos ensina Alexandre Freitas Câmara²⁰ “a observância de um sistema de vinculação a precedentes, especialmente no que concerne às causas repetitivas;

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

¹⁸ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL, Constituição da República Federativa. 1988. Op. cit)

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert (2008, p. 512).

²⁰ Câmara, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* / Alexandre Freitas Câmara. - São Paulo: Atlas, 2015. cit. p. 25.

a construção de mecanismos de antecipação de tutela, tanto para situações de urgência como para casos em que a antecipação se funda na evidência; a melhoria do sistema recursal, com diminuição de oportunidades recursais, tudo isso contribui para a duração mais razoável do processo. É, porém, sempre importante ter claro que só se pode cogitar de duração razoável do processo quando este é capaz de produzir os resultados a que se dirige. E estes são resultados que necessariamente têm de ser constitucionalmente legítimos, pois resultados constitucionalmente legítimos exigem algum tempo para serem alcançados”. Como bem pontuado no Acórdão 1270582²¹:

A tutela provisória de urgência é instituto que permite ao Poder Judiciário efetivar, de modo célere e eficaz, a proteção dos direitos pleiteados na inicial, estando sua concessão condicionada à demonstração de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bem como à reversibilidade dos efeitos da decisão.

Na mesma linha é o Acórdão 1271652²²: “A concessão de tutela provisória de urgência está condicionada, conforme disposto no art. 300 do Código de Processo Civil, à demonstração da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

A realização da garantia desse direito exige uma atuação urgente por parte do sistema de justiça, pois está interligado ao direito à vida, e por isso se justifica o uso do instituto da tutela de urgência nas ações que envolvam demanda de saúde. Para o convencimento do juiz, é necessário que o representante processual do paciente, demonstre por meio de documentos comprobatórios tais como, laudos médicos, a urgência do fornecimento de medicamentos, tratamento ou acompanhamento para o restabelecimento da saúde do assistido.

A própria atuação do Poder Judiciário tem gerado excepcionais expectativas da sociedade como um todo, até mesmo porque se tem observado uma jurisdicionalização dos interesses sócio-políticos do Estado, estando a questão do direito à saúde no vórtice desses

²¹ **Acórdão 1270582**, 07026995320208070000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 5/8/2020, publicado no DJE: 13/8/2020. Julgados do TJDFT.

²² **Acórdão 1271652**, 07072187120208070000, Relator: ANA CANTARINO, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 5/8/2020, publicado no PJe: 14/8/2020. Julgados do TJDFT.

questionamentos como vem sendo observado pelos julgamentos dos tribunais superiores o que será objeto de nossa análise no capítulo seguinte.

3. DIREITO À SAÚDE NA JUSTIÇA

3.1 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Neste capítulo, analisaremos algumas decisões do STF, para confrontar os argumentos das fundamentações dessas decisões com a garantia constitucional do direito à saúde. Essa análise objetiva examinar a experiência brasileira de controle judicial em saúde revelando com clareza as contradições próprias dos momentos de mudança de paradigmas.

De um lado, o Estado que ao se deparar com um direito fundamental amparado pelo mínimo existencial, alerta que deve ser observada a reserva orçamentária que ele tem disponível, ou seja, o Estado realiza somente o que está dentro de sua capacidade econômica e possibilidade financeira, de modo que o Poder Judiciário ao reconhecer direitos individuais, por meio de ordens judiciais, prejudica os planos e ações elaborados pelos entes governamentais para a efetivação de políticas pública no âmbito da saúde, para além de confrontar o princípio da separação de poderes.

De outro, o Poder Judiciário, que justifica sua atuação sob a dicção de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, invocando o art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, que consagra a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo.

Acerca do método, foram analisados julgados do STF, apenas reconhecidos como tema de repercussão geral, escolhidos em razão de sua relevância para a garantia do direito à saúde. Convém mencionar que foram excluídos da pesquisa as decisões monocráticas, pois o interesse não é o posicionamento isolado de um único Ministro, mas sim o entendimento da Corte. Também foram excluídos da pesquisa os acórdãos proferidos pela 1ª e 2ª turma, tendo em vista que eles não retratam necessariamente o entendimento da Corte.

Tem-se como marco temporal o lapso de 10 anos (desde 2010, até maio de 2020), em virtude dos parâmetros estabelecidos na *Audiência Pública nº 04 de 2009*²³, evento intitulado de *Judicialização do Direito à Saúde*, convocada em 5 de março de 2009, para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde,

²³ Audiência Pública nº 04 de 2009. Abertura. <anexo> Recomendação nº 31/2010 <anexo> Resolução nº 107/202 <anexo>

proposta com objetivo de esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, inclusive de questões relativas à responsabilidade dos entes da Federação e ao financiamento do Sistema Único de Saúde.

A *Recomendação nº 31/2010*, também é instrumento importante para a atuação dos magistrado para análise das ações de saúde. A normativa enumera as medidas a serem adotadas pelos Tribunais visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. A partir dos resultados da referida audiência, o Conselho Nacional de Justiça constituiu um grupo de trabalho através da Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009, para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Dos estudos realizados pelo Grupo de Trabalho, o Plenário do CNJ aprovou a *Resolução nº 107/2010*, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, podendo monitorar, propor e elaborar estudos para o aperfeiçoamento de procedimentos que visem a efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Importa também destacar a Lei nº 12.401/2011, que trata da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Os instrumentos jurídicos supramencionados, em suma, tratam de parâmetros para as decisões judiciais em matéria de fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo sistema público de saúde, elaborados para orientar os magistrados quando da análise de demandas que envolvam o direito à saúde.

Para a seleção dos acórdãos foram utilizados, os seguintes termos de busca: “direito à saúde”, “tutela de urgência”, “saúde”, “SUS”, “tratamento”, “medicamentos”, “união”, pesquisados no site do STF na seção de jurisprudência de acordo com limite temporal já referenciado e no campo de repercussão geral. Algumas decisões foram descartadas por não abordarem o tempo proposto. Assim, a pesquisa foi estruturada a partir das decisões válidas, ou seja, que foram discutidas no tribunal pleno da corte..

Para tanto, foram analisados os seguintes parâmetros 1 – responsabilidade solidária dos entes federados, parâmetro 2 - obrigação do Estado de fornecer medicamentos ou tratamentos não registros na ANVISA, parâmetro 3 - Obrigação do Estado de fornecer medicamento previsto nas listas do SUS.

De acordo com os parâmetros estabelecidos, para o parâmetros 1 – responsabilidade solidária dos entes federados, foi considerado válido o seguinte acórdão do tribunal pleno *Recurso Extraordinário nº 855.178/SE*²⁴.

A discussão jurídica presente no recurso ora apreciado diz respeito, à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde, nomeadamente a da União. O Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, de relatoria do ministro Luiz Fux, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 13 de fevereiro de 2015, foi interposto diante do inconformismo da União quanto à ordem de ressarcimento do custeio de medicamento ao Estado de Sergipe, em acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a União ficou obrigada ao cofinanciamento compartilhados com o Estado de Sergipe, do valor em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do medicamento.

No recurso em análise a União alegou violação aos artigos 2º e 198 da CRFB/88, sustentando, em suma, sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo das demandas de saúde, vez que o SUS é guiado pelo princípio da descentralização e que a obrigação de fornecer e custear os medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais. Afirma ainda, não ter obrigação de custear o remédio requerido, quando, de modo indireto, já a cumpriu ao liberar verbas para os demais entes federados. Salienta que esta atribuição não faz parte de seus deveres constitucionais, não podendo ser responsabilizada pela omissão dos outros entes, sob pena de assumir o papel de verdadeira seguradora universal da saúde pública. Ressaltou ainda, a necessidade de impor limites à intervenção do Poder Judiciário por reconhecer apenas direitos individuais, sem observar as consequências práticas das ordens judiciais nas ações e programas em matéria de saúde já estabelecidos pelo poder público.

De outro modo, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o dever de prestar assistência à saúde é compartilhado entre a União e entes da Federação em favor de qualquer pessoa, notadamente das carentes, uma vez que envolve a temática de repartição constitucional de atribuições institucionais.

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, têm acentuado a responsabilidade solidária da União, o qual por sua vez não destoou da jurisprudência firmada pelo Plenário da Corte, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos

²⁴ Verificar o Anexo 1 - Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal

entes federados, podendo figurar no pólo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.

Do acórdão, observou-se que as questões suscitadas pela União em sede de Recurso Extraordinário, estão em comum acordo com o pensamento exarado pela corrente de juristas da saúde sanitaria especializados, que argumentam desfavoráveis a judicialização da saúde. Porquanto, o crescimento muito elevado das demandas de saúde tornam-se um problema para o Estado que alega não dispor de recursos suficientes para supri-los, apegando-se ao princípio da reserva do possível, fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais.

A respeito do parâmetro 2 (obrigação do Estado de fornecer medicamentos ou tratamentos não registros na ANVISA), o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0145.09.567017-3/002²⁵, entendeu que o registro do remédio na ANVISA é condição inafastável ao fornecimento do medicamento, surge, então, o questionamento: em se tratando de remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA há a obrigatoriedade de o Estado o custear? A resposta do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi em sentido negativo, quando assentou que, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, sob pena de vir a praticar autêntico descaminho, ressaltou a prevalência do interesse coletivo bem como dos princípios insertos no artigo 37 do Diploma Maior, a competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis.

No entanto, a última palavra sobre a matéria, ante os preceitos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal, que ao analisar o Recurso Extraordinário 657.718, MINAS GERAIS, admitiu a existência de repercussão geral, contudo no curso do processo a autora veio a falecer, diante disso, prevaleceu a tese de que, uma vez ocorrida a objetivação do processo com o reconhecimento da repercussão geral, a morte da autora não mudou o quadro, porquanto fora reconhecido interesses transindividuais, dos quais o particular não tem o direito de dispor desses interesses., portanto foi possível a continuidade do processo para que houvesse a fixação de tese.

Após a realização da discussão no plenário da corte, foi possível observar que, muito embora os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas sejam importantes, a ausência de previsão de um medicamento não é impedimento para o deferimento de

²⁵ Verificar o Anexo 2 - Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal

um pedido. Convém mencionar que o recurso está pendente de julgamento, e da análise dos votos é possível afirmar que ainda não há tese firmada pelo STF sobre a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos que não possuem registro na ANVISA. Entretanto, o voto do Min. Luís Roberto Barroso, deixou aberto o caminho para se entender, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido, quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultra raras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Por fim, quanto ao parâmetro 3 (Obrigação do Estado de fornecer medicamento previsto nas listas do SUS), foram utilizados como palavra chave no campo de busca “medicamentos, “fornecimento” e “políticas públicas” sendo encontradas apenas decisões da presidência, as quais restaram inválidas para a pesquisa, pois nenhuma estava em análise pelo tribunal pleno ou fora reconhecida a repercussão geral.

Com base nas informações acima percebeu-se que, o Supremo Tribunal Federal tem firmado teses no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados, incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte²⁶.

De tal sorte, o Poder Público federal, estadual ou municipal é responsável pelas ações e serviços de saúde, não podendo, cada um e todos, esquivar-se do dever de prestá-los de forma integral e incondicional.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu apresentar algumas questões importantes sobre o direito à saúde a partir do novo constitucionalismo o qual consolidado o entendimento de que a Constituição possui força normativa sobre toda a ordem jurídica a ela vinculada. Contudo, os

²⁶ Precedentes: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014, e ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teroi Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014.

estudos mostram que há necessidade de uma atuação positiva do Estado para que as demandas de saúde sejam realizadas sem a necessidade do controle jurisdicional do Poder Judiciário.

Em que pese, a Constituição de 1988 ter conferido ao Poder Judiciário, dentre outras funções, a competência de controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo, a área de atuação do Poder Judiciário foi alargada com a constitucionalização de uma ampla gama de direitos individuais e supraindividuais e da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, incumbindo-o da valorizando os direitos humanos.

Para tanto, é preciso que o poder legislativo e executivo estejam atentos às necessidades dos sistemas de saúde promovendo a indispensável adequação de políticas públicas resilientes, buscando respeitar os mecanismos democráticos. Isso é verdade também em relação aos administradores públicos, profissionais da área da saúde, que devem conhecer muito bem sua especialidade, tendo clareza de que ela serve à garantia de um direito e se preocupa, portanto, em fornecer todas as informações que foram relevantes para determinar sua escolha técnica. É indispensável que as decisões dos poderes sejam amplamente motivadas para permitir o exame de sua adequação às exigências constitucionais e legais aplicáveis. Porém, é necessário, sobretudo, reconhecer que É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo com se ensina Direito no Brasil.

Como bem destacado por Reynaldo Mapelli Júnior, a atuação do Estado é orientada por normas jurídicas e o direito à saúde pública, é constituído por um conjunto específico de normas que precisam ser conhecidas pelos juristas, em prol da adequada efetivação desse direito fundamental. Assim, a implementação do ensino do direito sanitário, no Brasil é inadiável.

Outrossim, é necessário que se conheça a realidade que envolve a adoção de uma determinada política pública e se amplie o campo de cognição além do interesse do autor que reclama a prestação jurisdicional, portanto, não basta identificar a existência de um direito fundamental social, é necessário que se enfrente as questões próprias de um direito mutável na sua concretização e execução.

Com efeito, não é possível vislumbrar um ordenamento jurídico, afinado ao sentido humanístico, que não respeite minimamente o direito à vida, e que não preveja a educação básica e a assistência à saúde como direitos inalienáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

AVELÃS, Antônio José; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILA, Luciana Souza; SALIBA, Graciane Rafisa. **A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 17, n. 3, p. 15-38, nov. 2016/fev.2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANELA JR., Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. Saraiva: São Paulo, 2011.

GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana H. da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: **direito, ciência e técnica**. Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 57-75, 2010.

Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. Revista de Direito Sanitário, v. 14, n. 1, p. 77-81, jun. 2013.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. **A construção das políticas públicas de saúde: competências administrativas, solidariedade processual e desafios para o fortalecimento do SUS**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 16, n. 2, p. 147-159, jul/out. 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 116-115.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo e CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas S/A, Brasil, 2000, p. 809-813.

BALERA, Wagner, apud RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde, de acordo com a constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin Brasil, 2.005, p. 137-139.

SILVA, Júlio César Ballerini, **Direito à Saúde na Justiça**, Leme, SP: Imperium Editora, 2020.

BALERA, Wagner, apud RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde, de acordo com a constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin Brasil, 2.005, p. 137-139.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen.

ELIAS, Paulo Eduardo. **A saúde como política social no Brasil**. Direitos Humanos – Visões Contemporâneas. São Paulo: Saraiva, Brasil, 2000, p. 62.

LUCENA, Cintia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna** Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 247-259.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008. p 42.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2001. p. 49-50.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 514.

Organização Mundial da Saúde <Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

Câmara, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** / Alexandre Freitas Câmara. - São Paulo: Atlas, 2015. cit. p. 25.

Acórdão 1270582, 07026995320208070000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 5/8/2020, publicado no DJE: 13/8/2020. Julgados do TJDF. <Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/da-tutela-provisoria-de-urgencia-de-natureza-antecipada> >

Acórdão 1271652, 07072187120208070000, Relator: ANA CANTARINO, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 5/8/2020, publicado no PJe: 14/8/2020. Julgados do TJDF. <Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/da-tutela-provisoria-de-urgencia-de-natureza-antecipada> >